

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE - PHD IN LEGAL STUDIES

Ciclo 33

Settore Concorsuale: 12/A1 - DIRITTO PRIVATO

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01 - DIRITTO PRIVATO

LA RIDUZIONE DELLE DONAZIONI LESIVE DELLA LEGITTIMA NEL DIRITTO
SPAGNOLO. UN CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA SUCCESSIONE
NECESSARIA

Presentata da: Valentin Navarro Caro

Coordinatore Dottorato

Renzo Orlandi

Supervisore

Angelo Riccio

Esame finale anno 2021

A mis padres,
Valentín y Mercedes,
con gratitud y cariño.

SINTESI

La cosiddetta successione necessaria pone una serie di problemi che hanno suscitato forti controversie nella dottrina di tutti i paesi dove essa vige. La maggior parte di questi problemi ha a che fare con la tutela dei legittimari, nel cui ambito la riduzione delle disposizioni lesive della legittima, e in particolare quella che riguarda gli atti *inter vivos* compiuti dal defunto, acquisisce un'importanza capitale.

Che tipo di limite impone la legittima — istituto del diritto successorio — alle disposizioni *inter vivos* poste in essere dal *de cuius*? Che tipo di inefficacia produce la riduzione? Come verrà operata la riduzione delle donazioni? Hanno diritto i legittimari agli specifici beni ereditari oppure soltanto a un valore monetario degli stessi? Sono solo alcune delle domande alle quali il presente lavoro vuole trovare una risposta.

Queste domande si annunciano particolarmente imperiose in un ordinamento giuridico come quello spagnolo, in cui l'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima, sebbene prevista dal diritto positivo, non è regolata integralmente dalla norma; sussistendo, infatti, tante questioni irrisolte, che richiedono da parte del giurista teorico un notevole sforzo interpretativo.

La presente ricerca approfondisce il regime giuridico della donazione lesiva della legittima quale contemplato nel Codice civile spagnolo, radunando le interpretazioni che di esso ha fatto la dottrina, nonché la sua applicazione da parte del Tribunale Supremo spagnolo. Questa ricerca viene arricchita dalle soluzioni apportate dalla dottrina italiana. L'impiego del metodo comparativo è giustificato dal fatto che la dottrina italiana, spesso chiara e precisa, ha proposto approcci interpretativi che possono servire da riferimento ad un'eventuale riforma del diritto spagnolo.

A questo scopo, la presente ricerca si focalizza, in primo luogo, sulla configurazione storica della riduzione delle disposizioni lesive come meccanismo di protezione quantitativa della legittima. È in questo spirito che vengono analizzate le origini dell'inofficiosità nei diritti romano e germanico, nonché la sua evoluzione durante il medioevo e la sua traduzione nella codificazione spagnola e italiana.

In secondo luogo, si cerca di enucleare un concetto di donazione lesiva della legittima. A tal fine vengono approfondite le nozioni di donazione e di legittima. In relazione a ciò viene anche esaminato in che tipo di inefficacia consista la riduzione delle donazioni lesive della legittima.

In terzo luogo, si passano in rassegna le operazioni di calcolo della legittima, rivolte a determinare se quest'ultima sia stata danneggiata. Verranno in questo modo indagate le operazioni di computazione (o riunione fittizia), imputazione e collazione, particolarmente in quanto riguardano la riduzione delle donazioni lesive della legittima.

In quarto luogo, si espone — con particolare attenzione al diritto spagnolo — il regime giuridico dell'azione di riduzione delle donazioni, analizzando ciascuno dei suoi aspetti: tra gli altri, la natura giuridica dell'azione, la legittimazione attiva e passiva, l'ordine di riduzione delle donazioni, le ipotesi di insolvenza del donatario e la valutazione del bene donato agli effetti della riduzione.

In quinto luogo, si considera il modo in cui debba effettuarsi la riduzione a seconda del tipo di donazione. Vengono esaminate le modalità classiche di donazione, nonché i diversi strumenti che attualmente vengono utilizzati per articolare la trasmissione dei beni in seguito al decesso del *de cuius*.

In sesto luogo, ci si sofferma sui modi in cui possa effettuarsi la riduzione. Si presentano i problemi generali che emergono a questo punto, e particolarmente la validità delle cosiddette “clausole di riduzione *in valorem*”, per mezzo delle quali il donante autorizza il donatario affinché questi possa conservare il bene oggetto della donazione tramite pagamento in denaro al legittimario della parte corrispondente la sua quota di legittima.

In conclusione, il presente lavoro di ricerca permette di individuare le caratteristiche dell'atto o negozio impugnabile tramite l'azione di riduzione della donazione e le linee essenziali della riduzione come categoria di inefficacia, il che a sua volta favorisce la risoluzione di alcuni dei più gravi problemi di applicazione della riduzione delle donazioni — intese in senso lato — che si trovano nell'ordinamento spagnolo. La ricerca, inoltre, permette di formulare alcune proposte *de lege ferenda* allo scopo di agevolare la pratica della riduzione e ridurre la litigiosità, salvaguardando gli interessi del legittimario e del donatario.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	xi
INTRODUZIONE	1

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONFORMACIÓN HISTÓRICA DE LA INOFICIOSIDAD COMO MECANISMO PROTECTOR DE LA LEGÍTIMA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	21
II. EL ORIGEN DE LA INOFICIOSIDAD EN EL DERECHO ROMANO	23
1. Derecho romano arcaico	23
2. Derecho romano clásico	28
3. Derecho romano justiniano y desarrollo posterior	36
III. LA INOFICIOSIDAD EN EL LLAMADO DERECHO GERMÁNICO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEDIEVAL	39
IV. LA INOFICIOSIDAD EN EL DERECHO DE CASTILLA HASTA LA CODIFICACIÓN	47
1. Los inicios del Derecho castellano. El Derecho visigodo: el Fuero Juzgo	47
2. El Derecho medieval castellano: el Fuero Real de Alfonso X, el Sabio	52
3. La recepción del Derecho romano: Las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio	55
4. El Ordenamiento de Alcalá	59
5. Las Leyes de Toro	60
6. La inoficiosidad en la etapa codificadora	64
6.1. El Proyecto de Código civil de 1851	64
6.2. El Anteproyecto de Código civil de 1888	67
V. NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA CODIFICACIÓN ITALIANA	70
1. El Código civil de 1865	72

CAPÍTULO SEGUNDO
LA DONACIÓN INOFICIOSA Y LA INOFICIOSIDAD COMO
CATEGORÍA DE INEFICACIA NEGOCIAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	79
II. LA DONACIÓN INOFICIOSA EN EL DERECHO ESPAÑOL	81
1. Concepto	81
1.1. Ámbito de aplicación del art. 636 CCE	95
1.2. Extensión del ámbito de aplicación	99
1.3. Interpretación sistemática	100
1.4. Naturaleza del límite contenido en el art. 636 CCE	101
1.5. Diferencia con el art. 634 CCE	103
1.6. La ausencia de <i>animus fraudis</i>	106
2. Régimen jurídico	108
3. Naturaleza jurídica	109
III. LA DONACIÓN INOFICIOSA EN EL DERECHO ITALIANO	117
1. Concepto de donación	117
1.1. La donación obligatoria	122
2. La separación de la donación con el negocio gratuito	125
3. Donación y disposiciones <i>mortis causa</i>	127
4. La legítima como límite a la facultad dispositiva <i>inter vivos</i>	129
IV. LA INOFICIOSIDAD COMO CATEGORÍA DE INEFICACIA NEGOCIAL	136
1. Consideraciones previas	136
2. La inoficiosidad entre las distintas categorías de ineficacia sobrevenida	144
3. Inoficiosidad y rescisión	154
4. Caracteres de la inoficiosidad como tipo de ineficacia negocial	158

CAPÍTULO TERCERO
LA DETERMINACIÓN DE LA INOFICIOSIDAD: OPERACIONES
PREVIAS A LA REDUCCIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	166
II. LA COMPUTACIÓN O REUNIÓN FICTICIA DE DONACIONES	171
1. La composición o conformación del activo bruto	174
1.1. La valoración del activo bruto. Una reflexión comparada	187
2. Conformación o composición del pasivo. Consideraciones desde la doctrina española e italiana.	194
3. La composición del <i>donatum</i> y su valoración en el Derecho español	197
III. LA IMPUTACIÓN DE ATRIBUCIONES, <i>INTER VIVOS</i> O <i>MORTIS CAUSA</i> , HECHAS POR EL CAUSANTE	219
1. El régimen legal de imputación o imputación por ministerio de la ley en el Derecho español	221
1.1. Reglas generales de imputación: la imputación de atribuciones hechas a legitimarios y a extraños	222
1.2. La imputación a mejora: el caso controvertido de la mejora tácita	225
1.3. Reglas especiales de imputación en supuestos determinados	230
2. La imputación de atribuciones hechas por la voluntad del donante/causante y los problemas de su revocación o modificación	235
3. La imputación de atribuciones hechas al legitimario premuerto, repudiante o desheredado	239
4. Algunas consideraciones sobre la imputación en el Derecho italiano	245
IV. LA COLACIÓN DE DONACIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL	251
1. Sujetos de la colación	256
2. Objeto de la colación. El problema de las donaciones no colacionables y su relación con la reducción de donaciones	261
V. DIFERENCIAS ENTRE IMPUTACIÓN, COMPUTACIÓN, COLACIÓN Y REDUCCIÓN	266

CAPÍTULO CUARTO
LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE DONACIONES INOFICIOSAS Y
SU EJERCICIO

I. NATURALEZA Y CARACTERES DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL (COMÚN) E ITALIANO	273
II. LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN EN EL DERECHO CASTELLANO Y SU DIFERENCIA CON OTRAS ACCIONES PROTECTORAS DE LA LEGÍTIMA Y LA HERENCIA. DIFERENCIAS CON LA EXPERIENCIA ITALIANA	280
III. LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN Y LA ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS REALIZADOS EN FRAUDE DE LEGÍTIMA. UNA REFLEXIÓN PARA EL DERECHO ESPAÑOL COMÚN	283
IV. LEGITIMACIÓN	299
1. Legitimación activa en el Derecho español común	299
1.1. Los legitimarios	299
1.2. Los herederos y causahabientes del legitimario	307
1.3. Carecen de legitimación activa. La legitimación activa de los acreedores del causante y del legitimario. Reflexiones desde el Derecho italiano	308
2. Legitimación pasiva	316
3. Algunas particularidades sobre legitimación en el Derecho italiano	320
V. PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA ACCIÓN. APORTACIONES DESDE LA DOCTRINA ITALIANA	327
VI. ORDEN EN LA REDUCCIÓN DE DONACIONES	330
1. La naturaleza imperativa o dispositiva del art. 656 CCE a la luz del art. 559 del Código civil italiano de 1942	331
2. El problema de la fecha de la donación en el Derecho español común: la antinomia entre los arts. 623 y 629 del Código civil de 1889	337
VII. EL PROBLEMA DE LA INSOLVENCIA DEL DONATARIO	344

VIII. VALORACIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE REDUCCIÓN. UNA REFLEXIÓN COMPARADA	352
IX. EFECTOS DE LA REDUCCIÓN Y MODOS DE LLEVARSE A CABO EN EL DERECHO ESPAÑOL COMÚN	360
1. Destino de los bienes objeto de reducción	361
2. Frutos, gastos, mejoras y pérdida de la cosa objeto de reducción	367
2.1. La entrega de los frutos	367
2.2. Los gastos hechos y la pérdida de valor de la cosa	370
2.3. La pérdida de la cosa	372
3. La reducción de la finca no sujeta a cómoda división	374
X. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DEL DERECHO ITALIANO	379
1. La acción de restitución contra el destinatario de la disposición sometida a reducción	381
2. La acción de restitución contra los terceros adquirentes del bien objeto de la disposición lesiva	382
XI. EFECTOS DE LA REDUCCIÓN EN SUPUESTOS DE LEGÍTIMA VIUDAL. EL CASO DEL DERECHO ESPAÑOL COMÚN	389
1. Régimen jurídico y caracteres principales de la legítima viudal	389
2. La posición del cónyuge supérstite en la sucesión del premuerto	397
3. Problemas más relevantes de la reducción de donaciones en supuestos de legítima viudal en el Derecho español común	398
3.1. La conmutación de la legítima viudal y su incidencia en la reducción de donaciones	399
3.2. Bienes gravados y orden de reducción de donaciones	402
XII. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO CIVIL ITALIANO	405
1. Renuncia	405
2. Plazo para el ejercicio de la acción	410

CAPÍTULO QUINTO
MODOS DE REDUCIRSE DE ALGUNAS DONACIONES
CONCRETAS EN EL DERECHO ESPAÑOL COMÚN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	418
II. DONACIONES MODALES O CON CARGA	427
1. Concepto, régimen jurídico y naturaleza	427
2. Reducción de la donación modal	430
3. La valoración de la carga o gravamen	432
4. El modo imposible, indeterminado o ilícito	435
5. El incumplimiento de la carga o gravamen	438
III. DONACIONES REMUNERATORIAS	444
1. Concepto	444
2. Naturaleza y régimen jurídico	448
3. La valoración del servicio prestado	454
4. La donación hecha a profesional por el servicio prestado en ámbito de su actividad profesional	458
IV. DONACIÓN POR MÉRITOS	460
1. Concepto	460
2. Naturaleza y régimen jurídico. Consecuencias para la reducción	462
V. DONACIÓN CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN	465
1. Concepto. La especificidad de la reversión	465
2. Efectos de la reversión. Su incidencia en la reducción	470
2.1. Reversión pactada en favor del donante	470
2.2. Reversión pactada en favor de un tercero	473
VI. DONACIÓN CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER	477
1. Concepto	477
2. Naturaleza jurídica	477
3. Características propias de la facultad de disponer	479
4. La reducción de la donación con reserva de la facultad de disponer	483

VII. DONACIÓN DE BIENES FUTUROS	485
1. La prohibición de donar bienes futuros	485
2. La donación de bienes futuros del art. 1341.II CCE	487
3. La reducción de la donación de bienes futuros del art. 1341.II CCE	488
VIII. LA DONACIÓN <i>MORTIS CAUSA</i> EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMÚN	489
1. Cuestión previa	489
2. Concepto y características	489
3. Reducción	491
IX. LOS REGALOS DE BODA CONSISTENTES EN JOYAS, VESTIDOS, O EQUIPO	493
1. El concepto de “regalo de boda” a efectos del art. 1044 CCE	493
2. La reducción del regalo de boda consistente en joyas, vestidos y equipo	494
X. LAS LLAMADAS LIBERALIDADES DE USO	496
1. Concepto	496
2. Naturaleza jurídica	497
3. Régimen jurídico	498
4. Reducción	499
XI. LOS CONTRATOS GRATUITOS	500
1. Concepto y deslinde con la donación	500
2. Reducción	503
XII. DETERMINADOS SUPUESTOS ESPECIALES	505
1. El <i>negotium mixtum cum donazione</i>	505
1.1. Concepto	505
1.2. Naturaleza y régimen jurídico	507
1.3. Reducción	511
2. El contrato de vitalicio	511
2.1. Concepto	511
2.2. Naturaleza y régimen jurídico: deslinde con la donación modal	515
2.3. Reducción	522
3. El contrato de seguro de vida con beneficiario distinto del tomador	526

3.1. Concepto	526
3.2. Reducción	527

CAPÍTULO SEXTO

MODOS DE LLEVARSE A CABO LA REDUCCIÓN. EL PROBLEMA DE LAS CLÁUSULAS DE REDUCCIÓN *IN VALOREM* Y SU INCIDENCIA SOBRE LA LEGÍTIMA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	533
II. MODOS DE LLEVARSE A CABO LA REDUCCIÓN	534
III. LAS CLÁUSULAS DE REDUCCIÓN <i>IN VALOREM</i>	537
1. Supuesto práctico y juicio doctrinal	537
2. La validez de las cláusulas de restitución <i>in valorem</i> : intangibilidad cualitativa y reducción de donaciones	539
3. Algunas consideraciones finales	567
CONCLUSIONI	572
BIBLIOGRAFÍA	590

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
CE	Constitución Española de 1978.
CI	Costituzione della Repubblica Italiana de 1948.
CCE	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
CCI	Codice Civile – R. D. 16 marzo 1942, n. 262.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
CPC	Codice di Procedura Civile - Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
LBCC	Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma.
LOPDH	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
LPPD	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
LN	Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
PCC 1851	Proyecto de Código Civil español de 1851.
ACC 1888	Anteproyecto de Código civil español de 1882-1888.
L./l.	Legge.
R. D.	Regio Decreto.

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
C. Cass.	Corte di Cassazione
C. Cost.	Corte Costituzionale
RDC	Revista de Derecho Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
RIDROM	Revista Internacional de Derecho Romano
AHDE	Anuario de Historia del Derecho
AJI	Actualidad Jurídica Iberoamericana
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.

AGRADECIMIENTOS

Atardece en la bella, vetusta y sabia ciudad de Bolonia. Sus paredes rojizas arrancan reflejos escarlatas de los últimos rayos del sol. Entre las colinas que la rodean, parece un hermoso buque movido por un oleaje suave y sereno. El atardecer, aunque hermoso y pacífico, siempre evoca o anticipa un final: es la patria de todas las conclusiones.

Quizá por ello, cuando se terminan las últimas líneas de este trabajo, vienen a mi mente tantos atardeceres vistos desde las ventanas del Real Colegio de España. Especialmente aquellos del mes de junio, cuando lo alegre y festivo de la ciudad contrasta, en gran medida, con la nostalgia que siente el colegial que debe abandonar esos muros para siempre.

Terminar es, en cierto modo, también, recordar. Recordar lo hecho y lo vivido. Es, también, agradecer. Y agradecer no es sino reconocer lo que en la conducta de los otros hay de “acto no debido” en el sentido más estrictamente jurídico del término.

Por ello, llegados al final de este capítulo de mi vida que ha sido el período doctoral, no puedo sino reconocer expresamente que la presente investigación no hubiera sido posible sin la ayuda y concurso de las personas e instituciones que aquí se mencionan:

En primer lugar, debo (¡quiero!) dar gracias a Don Gil Álvarez de Albornoz, hombre preclaro y generoso, modelo de intelectual comprometido con su tiempo y con su sociedad. Él, con espíritu abierto y profético, supo ver a través de los siglos y dar vida a una institución secular que sigue sosteniendo y apoyando a los jóvenes investigadores españoles. La deuda que la sociedad española tiene contraída con Don Gil es tal que nunca podrá ser saldada del todo.

En segundo lugar, al Real Colegio de España en Bolonia y, muy especialmente, a su Junta de Patronato, que, de manera generosa y altruista, me concedió la beca sin la cual la presente investigación no habría podido siquiera iniciarse.

Una especial y sentida palabra de agradecimiento es debida a la memoria Don Íñigo de Arteaga, Duque del Infantado; y también a su hijo, Don Iván de Arteaga, que continúa manteniendo viva y operante la obra de Don Gil.

En tercer lugar, quiero dar las gracias al Magnífico Rector del Real Colegio de España, Don Juan José Gutiérrez Alonso, punto de apoyo y referencia de todos los Colegiales.

En cuarto lugar, he de dar las gracias a mi *relatore*, el Prof. Angelo Riccio, por su ayuda, consejo, apoyo y sustento durante estos años de investigación.

En quinto lugar, a mis compañeros del Real Colegio de España, nuevos y viejos, amigos con el devenir del tiempo, intelectuales de gran talla llamados a construir la sociedad del futuro. Gracias por haberme dado la oportunidad de compartir algunos años a vuestro lado.

En quinto lugar, a mis padres, Valentín y Mercedes, y a mi hermana, Marta, familia solícita que ha sabido comprender, animar, disculpar y sostener.

Finalmente, debo dar las gracias a Verónica, que, durante estos años, ha sido todo lo que necesitaba justo cuando lo necesitaba.

Con todas estas personas tengo contraída una enorme deuda de gratitud, valga este pequeño reconocimiento como primer pago de cuota.

INTRODUZIONE

DELLE MONACHE¹ sottolinea che l'obiettivo della successione è, in ultima istanza, assicurare la continuità dei rapporti patrimoniali oltre la morte del titolare degli stessi. La morte, come fenomeno antropologico, è una caratteristica intrinseca dell'umanità, alla quale tutti i popoli e tutti gli individui hanno dovuto dare una risposta collettiva a livello sociale, filosofico, spirituale, nonché giuridico².

Pertanto, RESCIGNO³ indica che l'ambito successorio appartiene al cosiddetto "nocciolo duro" del diritto privato: se c'è qualcosa che appartiene all'individuo in quanto tale è il fatto di dover lasciare definitivamente questo mondo. Allo stesso modo, l'ordinamento successorio ha a che fare con due istituzioni essenziali del diritto civile: da un lato, il diritto di proprietà (inteso come proprietà-istituzione, cioè un insieme di istituzioni e rapporti che stabiliscono l'ambito e la modalità della ricchezza che può essere oggetto di appropriazione privata) e, dall'altro, la famiglia e l'insieme dei rapporti che la caratterizzano⁴.

Come spiegheremo di seguito, il diritto considera sempre la morte come un fenomeno che colpisce la comunità. Infatti, la scomparsa del titolare dei rapporti giuridico-patrimoniali obbliga l'ordinamento, fin dalle sue origini *quasi religiose*⁵, a stabilire i meccanismi attraverso i quali tali rapporti sopravvivranno al titolare. La risposta a questo dilemma è stata eterogenea e si è organizzata con il tempo in due grandi sistemi ideali: quello romano, caratterizzato dall'assoluta libertà di disporre per testamento⁶, e quello germanico, strutturato attorno al concetto di *Hausgemeinschaft* (o proprietà familiare)⁷.

¹ DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. Milano: Giuffrè Editore. 2008. pag. 21.

² LEICHT, Pier Silverio. *Storia del Diritto italiano. Il Diritto privato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1960. p. 24: "La personalità umana si estingue colla morte".

³ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1990. pag. 51.

⁴ Ed è così fin dalle origini. Si veda BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. Milano: Giuffrè. 1961. pag. 2.

⁵ In merito, si veda: D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: EUNSA. 2008. pag. 285.

⁶ KASER, Max. *Derecho romano privado*. Madrid: Reus. 1968. pag. 301.

⁷ BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. Barcelona: Editorial Labor. 1936. pag. 237: "Los comienzos del derecho hereditario se remontan a una comunidad patrimonial que en vida del causante existía entre él y los herederos reunidos en su hogar". MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1992. pagg. 18 a 27.

Analogo al problema della sorte dei rapporti giuridici, è quello del *dovere*, dell'*officium*, che il titolare del patrimonio familiare aveva nei confronti dei parenti più stretti. Un dovere che non poteva trascurare, poiché

“Ni lo sagrado e intangible del derecho de la personalidad, ni lo ilimitado y comprensivo del derecho de propiedad, pueden legitimar la ilimitada libertad de testar, porque, aceptados y reconocidos esos derechos en toda la amplitud de su concepto, esto no obsta a las legítimas imposiciones de la ley, ya que no se trata del hombre abstracto y solitario, sino del hombre que ha de moverse en el concierto social”⁸.

Il diritto, infatti, ha sempre considerato la morte per l'essenza stessa di ciò che è la norma giuridica e delle finalità che persegue dal punto di vista sociale e di gruppo. Per il diritto si potrebbe dire che non muore mai “l'uomo”, ma “l'uomo-con”, ragione per cui la regolamentazione di questo fenomeno tiene sempre conto degli interessi di terzi⁹.

È in questo contesto dei rapporti e, in certo modo, di contesa tra interesse individuale e interesse collettivo — all'interno del quale l'aspetto familiare ha molta forza — che emerge l'istituzione romana della legittima, limitando la libertà di redigere un testamento esistente in teoria in questo periodo, accompagnata dai suoi meccanismi di protezione¹⁰.

Tra tutti i meccanismi di protezione esistenti, per la loro configurazione e funzionamento specifico, uno dei più interessanti da analizzare dal punto di vista giuridico è quello che affronta la tutela del legittimario contro gli atti compiuti *inter vivos* dall'ereditando. Ciò si deve al fatto che l'azione di riduzione delle donazioni (o delle attribuzioni gratuite) lesive della legittima collega due istituzioni di diritto privato veramente complesse e rilevanti per il diritto privato: la legittima e la donazione o atto gratuito *inter vivos* e il rapporto tra i due ambiti.

⁸ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo III. Derecho de sucesiones*. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín. 1959. pag. 194. Tuttavia, non bisogna dimenticare che in alcuni diritti successorii iberici, la successione necessaria può diventare meramente formale, come nel caso del diritto di Navarra (Spagna).

⁹ È il caso soprattutto degli interessi dei parenti più stretti, ma non solo: tutta la regolamentazione del fenomeno successorio non è altro che un tentativo di articolare un sistema che garantisca che, alla morte dell'ereditando, non siano lesi gli interessi giuridico-patrimoniali di nessuno, compresi i creditori e lo Stato stesso (o *res publica*). La morte, quindi, pur essendo un'esperienza individuale, è vista dal punto di vista dei rapporti. Si veda, RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. pag. 561.

¹⁰ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca imperiale e giustiniana*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1996. pagg. 57 e segg.

A questo proposito, NAPPA¹¹ argomenta che la proiezione della legittima agli atti *inter vivos* è ciò che rende così difficile la sua integrazione nel diritto successorio. Difatti, la legittima implica un “controllo retrospettivo” degli atti di alienazione a titolo gratuito compiuti dall'ereditando nel corso di *tutta* la sua vita.

Attraverso la figura della riduzione delle disposizioni lesive, la legittima si proietta sull'intera eredità, intesa come patrimonio relitto, e anche *trascendendo* quest'ambito, sulle donazioni in senso lato effettuate *inter vivos*. È in questo *trascendere* che la legittima e la donazione si intersecano. Ciò genera molteplici difficoltà per lo studio individuale di ciascuna di queste istituzioni e, allo stesso tempo, rispecchia quel carattere relazionale sopra menzionato e con cui il diritto contempla la morte di ogni individuo.

Le continue interferenze tra la donazione e la legittima rendono inoltre complesso considerare la donazione nell'ambito degli obblighi e dei contratti¹². Nonostante gli sforzi di un autore spagnolo¹³, la donazione sarà sempre legata alla successione dell'ereditando. Ciò perché, come sottolinea MANRESA:

“Desde el momento en que hay actos por los que se transmite gratuitamente la propiedad en vida, y actos por los que gratuitamente se transmite la propiedad para después de la muerte, la ley tiene que imponer a unos y otros actos iguales limitaciones”¹⁴.

Entrambe le istituzioni sono quindi “destinate” a condividere alcuni elementi, prospettive e ragioni comuni.

Quanto detto basterebbe, a nostro avviso, a giustificare l'importanza — teorica, dogmatica e dottrinale — del tema oggetto di questo studio. Attualmente, bisogna inoltre tener conto della maggior importanza che stanno acquisendo le modalità di trasmissione dei beni al di fuori dei canali ereditari in senso stretto (come assicurazioni, fondi pensione, ecc.). Si tratta di strumenti paratestamentari o parasuccessori che possono essere lesivi

¹¹ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. Padova: CEDAM. 1999. pag. 2. All'interno della dottrina spagnola, va sottolineata questa doppia proiezione della legittima, ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. Sevilla: Editorial Edelce. 1951.

¹² BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese editore. 1961. pag. 7.

¹³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. Madrid: Centro de Estudios Registrales. 2006. pagg. 35 e segg.

¹⁴ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. Madrid: Reus. 1972. pag. 128. È opportuno aggiungere che questo vale, ovviamente, nella misura in cui vi sono terzi con diritti imperativi sulla successione di un individuo.

della legittima, pur sfuggendo ai meccanismi di controllo classici del diritto di successione. Ne evince l'importanza di determinare quale sia il vero scopo dell'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima e se questa, dato il suo regime e configurazione, si possa utilizzare contro questi nuovi meccanismi di trasmissione della ricchezza con sostanziali effetti *mortis causa*. Occorre poi aggiungere che la donazione classica non è oggi scomparsa dalla prassi giuridica¹⁵.

Pertanto, nonostante le continue e crescenti voci a favore di riforme, se i diversi sistemi di legittima si manterranno come finora, è prevedibile che la riduzione delle donazioni lesive della legittima riemerge in futuro. Crediamo che ciò influenzerà sia la donazione classica, e le sue diverse manifestazioni, sia i diversi meccanismi e istituzioni paratestamentarie, purché fundamentalmente assolvano le stesse funzioni socio-economiche degli atti gratuiti di attribuzione di ricchezza.

Nel caso del diritto spagnolo, questo fenomeno potrebbe generare molteplici problemi, soprattutto se si tiene conto che non esiste un regime giuridico chiaro e preciso per il funzionamento dell'azione di riduzione. A questo proposito, il diritto e la dottrina italiana, che pure prendiamo in esame, possono essere di somma utilità per qualsiasi ricercatore spagnolo.

Siamo convinti che l'importanza o attualità di questo studio di ricerca si debba anche al numero esiguo di studi monografici che esistono sulla riduzione delle donazioni lesive della legittima. Tale scarsità che è più flagrante se confrontata con il numero di monografie esistenti su altre istituzioni del diritto successorio. In Spagna, in particolare, gli ultimi anni sono stati caratterizzati da infinite pubblicazioni sulla tensione tra la legittima e la libertà di redigere testamento¹⁶.

All'interno della dottrina italiana, le donazioni lesive della legittima si studiano abitualmente, con grande profondità e chiarezza, in opere di carattere generale sulla successione, sulla successione necessaria o in commenti specialistici al Codice civile del 1942.

¹⁵ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. pag. 8.

¹⁶ Come esempi, ricordiamo, tra molti altri: CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales; ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel y ARANGUREN URRIZA, Francisco José (dir.). *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Pamplona: Aranzadi. 2019 o VAQUER ALOY, Antoni; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BOSCH CAPDEVILLA Esteve (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Marical Pons. 2018.

Questo trattamento dottrinale della riduzione delle donazioni, forse inferiore a quello sviluppato rispetto ad altre questioni, non deve far pensare che si tratti di una questione risolta. Al contrario, troviamo ancora una serie di tematiche aperte, che sono ancora oggetto di dibattito.

La prima si riferisce alla *qualificazione* dell'atto/negozio che potrebbe essere contestato dall'azione di riduzione delle donazioni. Questo perché, come sottolinea ancora BIONDI¹⁷, la donazione, nonostante il suo carattere perenne ed importanza pratica, è uno degli atti più complessi e astrusi del diritto. In effetti, esistono dubbi praticamente su tutti gli elementi del suo regime giuridico.

Legato a questo primo problema è il secondo, quello del collegamento tra la donazione lesiva e la legittima. La donazione, infatti, è lesiva perché viola il limite minimo rappresentato dalla cosiddetta successione necessaria. La donazione è indissolubilmente vincolata a quella legittima e, pertanto, questa istituzione non può essere ignorata *de lege lata*, pur coscienti di quanto sia oggetto di dibattito e contestazione attualmente¹⁸. Per quanto riguarda la legittima, la dottrina mette in discussione se costituisce o meno una terza forma di delazione successoria¹⁹, se differisce al legittimario una *quota di eredità*²⁰, una *porzione di beni*²¹ o un mero diritto di credito²², nonché se gli conferisce²³ o meno²⁴ la condizione di successore universale dell'ereditando, ecc.

Questi dilemmi, legati alla riduzione delle donazioni, saranno determinanti per la risoluzione del terzo grande dilemma relativo alla materia in esame: il *tipo di inefficacia*

¹⁷ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. pag. 9.

¹⁸ Come è avvenuto in altri momenti storici. In merito, si veda: VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Las legítimas. Tomo I*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1974.

¹⁹ Questione risolta per la dottrina italiana, per la quale la successione necessaria costituisce una manifestazione della successione legale, pur senza identificarsi con essa. Tra gli altri, CICU, Antonio. *Legittima e dei legittimari*. Milano: Giuffrè. 1943. pag. 246. PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. Milano: Giuffrè Editore. 1996. pag. 508.

²⁰ DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. pag. 23; GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. Madrid: Lex Nova. 1863. pag. 282.

²¹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. Barcelona: Bosch. 1991. pag. 23.

²² ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*. Madrid: IDE. 1981. pag. 62.

²³ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. Padova: CEDAM. 1982. pag. 216.

²⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. "Comentario a los arts. 806 a 857" in ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI. Arts. 806 a 857*. Jaén: Edersa. 1978. pag. 23

negoziale a cui ascrivere la riduzione, vale a dire se originerà nullità²⁵, annullabilità²⁶, risoluzione²⁷, rescissione²⁸, ecc. o se, al contrario, si configurerà come una categoria di inefficacia a sé *sui generis*.

L'articolazione e la configurazione delle modalità con cui si può effettuare la riduzione dipenderà anche, in larga misura, dalla natura che viene data alla legittima. Emerge qui la questione se il legittimario abbia o meno il diritto di essere soddisfatto, anche in caso di riduzione, *in natura*²⁹ o se, con determinati requisiti, il donatario possa essere soddisfatto *in valorem*³⁰. Infatti, se la legittima è concepita come diritto alla *pars hereditatis* o *pars bonorum*, i casi di pagamento della legittima con denaro extra-ereditario avranno sempre un carattere eccezionale e un'interpretazione restrittiva³¹. Se, invece, al legittimario viene attribuito il diritto ad una *pars valoris*, non sussisteranno problemi nel generalizzare i casi di pagamento dell'oggetto della riduzione con i beni del donatario. Come vedremo, questo non è che un corollario del problema più generale dell'intangibilità qualitativa della legittima³².

Analogamente, pur non facendo parte *stricto sensu* dell'oggetto di questo studio, sarà necessario alludere ai tentativi di modificare il regime successorio per porre fine alla legittima³³ o per ridurne le quote e l'impatto. Senza dubbio, uno dei problemi più urgenti che appare in materia di legittima è la tensione esistente tra questa e la libertà di

²⁵ Rifiutata, in generale, da ogni dottrina. Si veda: PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. pag. 558.

²⁶ Así, ACOSTA MÉRIDA, María del Pino. *Seguro de vida y derecho de sucesiones*. Madrid: Dykinson. 2005. pag. 248

²⁷ La rifiuta GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. Padova: CEDAM. 2012. pag. 713.

²⁸ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. Barcelona: Bosch. 1991. pag. 142. “Los efectos de la reducción de donaciones por inoficiosidad son los propios de la rescindibilidad por lesión entre personas que, como en la acción Pauliana, no están vinculadas contractualmente entre sí”.

²⁹ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. pag. 155. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo. *La legítima en el Código civil*. Oviedo: Gráficas Lux Santa Ana. 1964. pag. 149.

³⁰ Possibilità sempre presente per il terzo acquirente dei beni nel diritto italiano secondo l'art. 563, comma 3. CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. Milano: Giuffrè Editore. 2009. pag. 571.

³¹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Madrid: Reus. 2012. pag. 23.

³² DE FUENMAYOR, Amadeo. “La intangibilidad de la legítima” in *Anuario de Derecho civil. Vol. I. Num. I*. 1948. pag. 57.

³³ Un esempio di come la dottrina si muove nel diritto comune spagnolo è fornito da SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz. “Límites constitucionales a la libertad de testar” in VAQUER ALOY, Antoni; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BOSCH CAPDEVILLA Esteve (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. cit. pag. 8.

disposizione *mortis causa*; un problema che, come già indicato, accompagnerà necessariamente tutta l'indagine.

Dal punto di vista più pratico e meno dottrinale, i dibattiti esistenti nella dottrina interessano, da un lato, l'insieme delle *operazioni precedenti* da realizzare per determinare la quota di legittima che corrisponde a ciascuno dei legittimari. Appaiono qui la distinzione, separazione e relazione tra la riunione fittizia delle donazioni (in senso lato), l'imputazione delle attribuzioni gratuite ricevute dall'ereditando e la collazione di donazioni (di nuovo in senso lato).

Dall'altro, interessano il *regime giuridico* dell'azione di riduzione delle donazioni. Soprattutto nel diritto spagnolo, tale regime è solo delineato nella norma, senza mai essere del tutto sviluppato. Per questo, esistono molteplici questioni irrisolte, dalla legittimazione attiva per l'esercizio dell'azione, al modo in cui i beni oggetto della riduzione andrebbero valutati.

Tutti questi problemi derivavano dal fatto che l'azione di riduzione delle donazioni differisce molto dalle altre azioni di protezione del legittimario. Infatti, questa azione, a differenza di quelle di “complemento” o di riduzione dei legati del Diritto civile spagnolo [artt. 815 e 817 Codice civile spagnolo (CCE)], va oltre l'ambito successorio interessando persone che, in realtà, esulano dall'ambito e dal rapporto successorio³⁴.

Con i termini dell'attuale dibattito giuridico *subiecta materia* presentati in questo modo, è opportuno domandarsi quali sono i contributi offerti dal presente studio.

Le pagine che seguono non sono che una presentazione dell'analisi del regime giuridico dell'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima nel diritto castigliano o comune (uno dei diritti territoriali spagnoli, quello con la più ampia estensione territoriale) e dei problemi ad esso connessi.

Con questa prospettiva, si affronta il problema della qualificazione del negozio giuridico che può essere inofficioso, cercando di fare ciò attraverso le sue caratteristiche essenziali e non mediante il suo *nomen iuris*.

Allo stesso modo, si presentano varie considerazioni teoriche sulla natura e sul regime giuridico della legittima, nonché un tentativo di articolare la riduzione come un

³⁴ BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. Madrid: Tecnos. 2009. pag. 454.

tipo di inefficacia con peculiarità proprie. Pertanto, la riduzione viene esaminata come categoria di inefficacia legata alla legittima e quest'ultima, in quanto istituzione giuridica, come legata al meccanismo della riduzione. Invece di intendere l'inofficiosità come una mera clausola di chiusura del sistema, la si utilizza per prendere in esame la natura della legittima. Questo perché, come spesso accade, siamo del parere che cambiando il punto di vista o l'angolazione da cui si osserva un fenomeno è possibile rivedere questioni classiche sotto una luce nuova o diversa.

Una volta definite le linee essenziali di risoluzione dei problemi che tormentano la dottrina specialistica, si procede, con un'analisi dettagliata della dottrina e della giurisprudenza, ad esaminare i problemi pratici derivati dall'esercizio dell'azione di riduzione delle donazioni, al fine di articolare soluzioni plausibili per i medesimi.

Il presente studio si completa con una sezione su come occorre procedere per la riduzione delle diverse tipologie o classi di donazioni, nonché i diversi negozi che possono essere contestati dall'azione di riduzione. Inoltre, si espone una riflessione sulle modalità, presenti e possibilmente future, in cui questa riduzione può o potrà aver luogo.

Si tratta, quindi, di un'indagine teorica e pratica, il cui maggiore valore per il dibattito in corso sta, a nostro avviso, nel fornire un'analisi completa della riduzione delle donazioni lesive della legittima, funzionale per risolvere i problemi che l'esercizio pratico dell'azione può provocare quotidianamente.

Con questa prospettiva, l'oggetto di studio è ben delimitato: si esaminerà il regime giuridico dell'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima nel diritto comune o castigliano e quello, ad esso legato, della donazione (intesa come atto o negozio che può essere impugnato da questo meccanismo), quello della legittima e quello della riduzione come categoria di inefficacia.

Sarà inoltre necessario approfondire le diverse tipologie di donazioni che esistono nel nostro ordinamento, così come gli altri negozi a titolo gratuito, per vedere come verrà effettuata la riduzione in ciascuno dei casi.

Va tenuto presente che l'oggetto principale dello studio che segue è il regime giuridico dell'azione di riduzione del diritto comune o castigliano. Si è optato per questo ordinamento perché, come già indicato, qui l'azione non è ben differenziata, determinata o regolamentata, il che implica molteplici problematiche pratiche e un campo di intervento molto ampio per il ricercatore.

Quando indichiamo che l'oggetto sarà il diritto comune o castigliano, vogliamo sottolineare che ci atterremo al regime giuridico stabilito dal Codice civile comune, senza entrare in dettaglio nell'ordinamento sviluppato da ciascuno dei diritti territoriali spagnoli, tra cui quelli *forales*. Difatti, quando si parla di diritto privato spagnolo, è necessario tener conto della complessa realtà politica della Spagna (descritta nell'art. 149.1.8 della Costituzione spagnola [CE]). Come abbiamo indicato, non esamineremo questa realtà in dettaglio, ma ci limiteremo a farvi riferimento quando il dibattito potrà essere utile per la risoluzione di problemi specifici³⁵.

Il motivo è chiaro: si potrebbe affermare che il Codice civile comune è il diritto privato rappresentativo dell'ordinamento civile spagnolo. Inoltre, a causa della sua data di pubblicazione (1889), fu profondamente influenzato dal Codice civile italiano del 1865, che consente un approfondito studio storico e comparativo tra diritto spagnolo e diritto italiano³⁶.

Le tematiche oggetto di studio delle seguenti pagine saranno, quindi, le donazioni lesive della legittima, in generale, e il modo di effettuarne la riduzione, in particolare.

In particolare, l'*obiettivo generale* di questa ricerca è quello di approfondire il regime giuridico della riduzione delle donazioni lesive della legittima, come stabilito nel Codice civile spagnolo, raccogliendo le relative interpretazioni offerte dalla dottrina, nonché l'applicazione del medesimo da parte del Tribunale Supremo spagnolo. Si vuole dunque integrare tale regime giuridico, parziale e frammentario, con le soluzioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana. La scelta di quest'ultimo ordinamento si deve, come si spiegherà, alle somiglianze che esistono tra il Codice spagnolo e quello italiano e all'altissima qualità tecnica con cui la dottrina italiana ha tradizionalmente affrontato la questione della legittima³⁷ e della sua tutela³⁸.

³⁵ Si tenga conto che, come avverte ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José A. *Curso de Derecho Hereditario*. Madrid: Civitas. 1990. pag. 169, la realtà territoriale *foral* è molto più complessa e profonda di quanto sembri a prima vista. Lungi dal rappresentare semplicemente la coesistenza nello stesso territorio di diversi ordinamenti civili, nasconde due sistemi diversi di organizzazione della proprietà e, di conseguenza, due sistemi sociali diversi di organizzazione del potere (feudalesimo contro monarchia centralizzata).

³⁶ Molto meno utile e difficile rispetto ad altri diritti spagnoli, con caratteristiche molto più radicate nell'Antico regime o, ad ogni modo, come nel caso del catalano, ha intrapreso strade del tutto singolari, vista la recente data della sua riorganizzazione.

³⁷ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. Roma: Editori Laterza. 1999. pagg. 8 e segg.

³⁸ Per esempio, l'opera citata di CICU, Antonio. *Legittima e dei legittimari*. cit. Più recentemente, l'opera di riferimento scritta da MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit.

Questo obiettivo principale o generale si articola, a sua volta, nei seguenti *obiettivi specifici*:

1. Conoscere e approfondire il contesto storico, sia romano che germanico, dell'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima, nonché la relativa espressione all'interno della tradizione giuridica spagnola e italiana.
2. Giungere a un concetto di donazione lesiva della legittima, attraverso lo studio delle due istituzioni che in essa si intersecano: la donazione e la legittima, al fine di *qualificare* il negozio che può essere contestato dall'azione di riduzione.
3. Considerare la riduzione, come categoria di inefficacia negoziale, all'interno delle diverse tipologie di inefficacia che il diritto riconosce o, ove opportuno, delineare le caratteristiche specifiche e distintive che questa potrebbe presentare all'interno di tali tipi generali.
4. Distinguere la riduzione delle donazioni dall'imputazione, dalla riunione fittizia e dalla collazione di donazioni.
5. Analizzare il regime giuridico dell'azione di riduzione, prestando particolare attenzione ai problemi che presenta la prassi giuridica.
6. Sistematizzare i diversi tipi di donazioni riducibili e come si dovrebbe procedere alla riduzione delle stesse, in base alle loro caratteristiche speciali.
7. Analizzare le modalità con cui è possibile effettuare la riduzione delle donazioni, al fine di chiarire se si possono articolare modi nuovi o generali, diversi da quelli esistenti, capaci di ridurre i contenziosi salvaguardando gli interessi di tutte le parti.

Per raggiungere questi obiettivi, si è scelto di sviluppare un lavoro prevalentemente descrittivo. Il metodo di lavoro utilizzato è stato, principalmente, quello della rassegna bibliografica.

In questo contesto, sono state raccolte le informazioni bibliografiche delle opere teoriche, delle monografie e degli articoli esistenti sul concetto di donazione lesiva della legittima e sull'azione di riduzione. Inoltre, si è proceduto ad esaminare, studiare e analizzare le principali opere relative alla donazione e alla legittima.

Tale rassegna bibliografica si è integrata con l'analisi della giurisprudenza spagnola e italiana, principalmente delle sentenze emesse dai massimi organi di giurisdizione

civile, vale a dire il Tribunale Supremo spagnolo e la Corte di Cassazione italiana. Raramente si è fatto riferimento o è stato necessario ricorrere alla giurisprudenza costituzionale.

La rassegna bibliografica e giurisprudenziale è stata accompagnata, come metodologia di lavoro, dalla tecnica comparata. Infatti, il presente studio è un'indagine di diritto comparato, anche se differisce dalle tipologie solitamente pubblicate in questo ambito. Si è impiegato il metodo comparativo come aiuto e supporto alla riflessione, nel tentativo di risolvere i problemi pratici del diritto spagnolo mediante un proficuo dialogo con il diritto privato italiano.

Per questo motivo, si è rinunciato a un capitolo comparativo, che riducesse l'intera questione comparata ad un allegato o appendice dello studio. Si è optato piuttosto per sezioni specifiche in quei capitoli in cui il ricorso alla legislazione o alla dottrina italiana potrebbe servire a chiarire le zone più buie dell'ordinamento spagnolo.

Questa metodologia non solo ci permette di riscontrare le profonde somiglianze e le notevoli differenze che esistono tra questi ordinamenti, ma stimola anche il dialogo tra i due ordinamenti giuridici, nonché, addirittura, tra autori di tempi e luoghi diversi. Ciò ci consente di cogliere l'origine comune della maggior parte delle istituzioni di diritto privato e, in particolare, di quelle oggetto di questo studio.

Questo metodo comparativo per sezioni ci ha permesso di risolvere, con il supporto della normativa e della dottrina italiana, alcuni problemi particolarmente complessi del regime giuridico dell'azione di riduzione nel diritto spagnolo, come si può vedere, in particolare, nei capitoli 2 e 4.

Sebbene sia vero che il cosiddetto diritto europeo ha implicato una rivoluzione copernicana negli ordinamenti giuridici nazionali³⁹, non è stato dedicato alcun capitolo o sezione al Regolamento europeo in materia di successioni [Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, di seguito denominato "Regolamento UE

³⁹ ACETO DI CAPRIGLIA, Salvatore. *Nuove frontiere della successione necessaria*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2008. pag. 9.

650/2012”]. Tale decisione non è motivata da ragioni legate all'ignoranza o all'indifferenza, ma dall'oggetto di studio stesso.

Infatti, l'art. 21 del suddetto regolamento stabilisce, in primo luogo, che, salvo diversa disposizione, la legge applicabile all'intera successione sarà quella dello Stato in cui l'ereditando risiedeva abitualmente al momento del decesso. Questo articolo prosegue affermando che, se eccezionalmente si riscontrasse che l'ereditando aveva un rapporto più stretto con un altro Stato al momento della morte, verrà applicata la legislazione relativa ai legami più stretti.

Esiste un'eccezione alla regola generale del sopra citato art. 21 quando è l'ereditando stesso a scegliere la legislazione da seguire. A tal proposito, l'art. 22 segnala che qualsiasi individuo può designare la legislazione dello Stato di cui possiede la cittadinanza al momento della scelta o della morte.

Il seguente articolo, n. 23, del Regolamento UE 650/2012 indica che, una volta selezionata la legge della successione, questa sarà applicabile, tra l'altro, alle legittime e alle altre limitazioni al potere di disposizione *mortis causa*. Ne consegue, pertanto, che, in linea di principio, una volta scelta la legge della successione, il regime giuridico della successione necessaria e della relativa tutela sarà quello stabilito dall'ordinamento giuridico interno che risulti come diritto applicabile. Per questo motivo, si è scelto di non menzionare espressamente questo regolamento né in un capitolo né in una sezione, poiché le questioni da esso regolate saranno anteriori (scelta della legislazione) o successive (riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie) al meccanismo della riduzione, ma non lo influenzeranno direttamente⁴⁰.

Fatte queste precisazioni, che delimitano l'oggetto e l'ambito dello studio che si presenta di seguito, è inoltre opportuno spiegarne la struttura.

Il primo capitolo si concentra sul contesto storico della riduzione come meccanismo di tutela quantitativa della legittima. Lo studio storico è particolarmente rilevante in questo campo⁴¹ in quanto gran parte degli attuali problemi relativi alla configurazione

⁴⁰ Solo indirettamente, determinando se si applicherà una legislazione nazionale piuttosto che un'altra.

⁴¹ ALPA, Guido. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*. Bologna: Il Mulino. 2018. pag. 474. BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. pag. 9. Soprattutto per la donazione, fa notare che “la disciplina della donazione è il risultato di una millenaria stratificazione storica di elementi, talvolta contrastanti, non sempre coordinati”.

della donazione lesiva della legittima, così come di altre istituzioni di diritto privato, sono motivati da ragioni storiche⁴².

A tal fine, bisognerà approfondire le origini romane della riduzione, legata all'attività di creazione giuridica del Consiglio dei *Centumviri*⁴³, all'*officium pietatis* come obbligo di pietà⁴⁴ e alla *querella inofficiosi testamenti*⁴⁵ (ad immagine della quale si svilupperà la *querella inofficiosae donationis*⁴⁶). Pertanto, in precedenza, si dovranno delineare le regole generali dell'evoluzione dell'ordinamento successorio romano, fin da un sistema originario — che di solito viene ricostruito come di piena libertà di disposizione *mortis causa* — finché vi emergono alcune limitazioni, legate alla legittima formale — che, secondo alcuni autori⁴⁷, getta le basi, in sostanza e/o successivamente, della cosiddetta legittima materiale —. Questo viaggio all'interno del diritto romano si concluderà con una breve analisi delle innovazioni introdotte dal diritto giustiniano⁴⁸.

Successivamente faremo altrettanto con il cosiddetto diritto germanico o non romano, citando gli aspetti generali di un regime successorio articolato attorno al concetto, non di legittima, bensì di riserva e di *Hausgemeinschaft* (o comproprietà familiare). Tale regime, sotto l'influenza della Chiesa cattolica e del diritto canonico⁴⁹ si incrina nel tempo e apre le porte ad una (inizialmente) piccola *portio* dell'ereditando, che può essere utilizzata prima a favore della sua anima e poi di qualsiasi persona.

Il cosiddetto diritto germanico eserciterà molta influenza sul diritto medievale francese e italiano. Soprattutto nel primo, emerge un'azione simile a quella della riduzione delle donazioni lesive della legittima, la *action en rétranchement*⁵⁰, legata all'istituzione della riserva.

⁴² MENGONI, Luigi. *Scritti I. Metodo e Teoria Giuridica*. Milano: Giuffrè Editore. 2011. pag. 13.

⁴³ GAGLIARDI, Lorenzo. *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 2002. pagg. 508-509.

⁴⁴ MURGA GENER, José Luis. *Derecho romano clásico II. El proceso*. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza. 1983. pag. 68 (nota 54).

⁴⁵ VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Successione ab intestato e successione testamentaria*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1963. pag. 670.

⁴⁶ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. pag. 47.

⁴⁷ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. pag. 202.

⁴⁸ In merito all'importanza di queste innovazioni per la successiva evoluzione del diritto, BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. pag. 188.

⁴⁹ TULLIO, Antonio. “La tutela dei diritti dei legittimari” in BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni. Vol. III*. cit. pag. 377. WACKE, Andreas. “Una porción hereditaria para Jesucristo. La influencia del cristianismo sobre el Derecho de sucesiones” in *Studia et documenta historiae et iuris*. N° 66. 2000. pag. 148.

⁵⁰ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p 27.

Il diritto medievale si arricchirà, in tutta Europa, con il rinascimento del diritto romano, che avrà una forte influenza in Castiglia⁵¹ e nella penisola italiana, dove sorgerà la scuola bolognese dei glossatori⁵².

Con questo rinascimento, per quanto riguarda il diritto successorio, l'istituzione della riserva entra in contatto con quella della legittima romana⁵³, dando luogo ai regimi successori contemplati nei Codici civili di Spagna⁵⁴ e Italia⁵⁵.

Oltre ad altre questioni di grande rilevanza, questa ricostruzione storica indicherà la necessità che la tutela del legittimario raggiunga, per la sua necessaria e completa efficacia, gli atti *inter vivos* per i quali l'ereditando ha disposto beni del proprio patrimonio a titolo gratuito⁵⁶. A tal fine, questa tutela può essere articolata solo come un tipo di inefficacia negoziale, una tipologia le cui note caratteristiche vengono determinate dal suo legame con le due istituzioni rispetto alle quali si articola: la legittima e la donazione (in senso lato).

Il secondo capitolo, di natura più teorica e dottrinale, mira a ottenere un concetto di donazione lesiva de la legittima. Per questo è necessario, in primo luogo, analizzare il concetto di donazione e, in secondo luogo, quello di legittima. Il punto in cui le due istituzioni si incontrano è quello della riduzione delle disposizioni lesive della legittima. Questo perché, attraverso questa istituzione, l'ordinamento privato cerca di conciliare due principi che, in senso stretto, si scontrano tra loro: il rispetto della libertà dispositiva e la repressione degli eccessi nell'esercizio di tale libertà⁵⁷. Difatti:

⁵¹ FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. Madrid: Librería de Leocadio López, Editor. 1880. pag. 214.

⁵² BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. pag. 185.

⁵³ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. pag. 507.

⁵⁴ ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto. Derecho de sucesiones I*. Barcelona: Bosch. 1976. pag. 80.

⁵⁵ Quest'aspetto viene criticato da VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. Roma: Editrice Studium. 1970. pag. 67, secondo il quale questa affermazione è ancora un mito storiografico, che omette il vero processo formativo del diritto medievale, le cui caratteristiche sono più ampie della mera opposizione tra questi due sistemi giuridici.

⁵⁶ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. Barcelona: Bosch. 1956. pag. 96.

⁵⁷ FERRI, Luigi. *Legittimari*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore. 1981. pag. 5. "Intorno alla legittima giocano e si compongono due esigenze antitetiche: quella di assicurare un adeguato trattamento, in ambito successorio, a certe categorie di più stretti congiunti ed al coniuge, anche contro la volontà del de cuius, e quello di preservare e garantire una certa sfera di libera disponibilità dei beni".

“El amparo que la ley quiere prestar a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge viudo; el reconocimiento de un derecho cierto y necesario en la herencia del que muera con testamento o sin él, sería letra muerta, constituiría una imposición tan inocente como ineficaz, si el mismo ser a quien ese amparo y ese derecho de reserva pudiera ser despojado en vida del causante por permitir a éste donar sin más limitaciones que las contenidas en los arts. 634 y 635”⁵⁸.

Per quanto riguarda il concetto di donazione, dovremo soffermarci sulle relative definizioni, oltre che sulla questione, molto dibattuta, della sua natura giuridica. Qui sarà di particolare rilevanza il ricorso alla dottrina e alla legislazione italiana.

Allo stesso modo, dovremo prendere in esame il concetto e la regolamentazione della legittima. In quel contesto, pur brevemente, emerge la questione della sua natura giuridica: se costituisce o meno un *tertium genus* di delazione successoria e, aspetto anche più rilevante per la questione in esame, se salvaguarda il diritto a beni specifici per il legittimario o, al contrario, gli attribuisce solo il diritto a un valore specifico o, ove opportuno, se il diritto del legittimario può manifestarsi in molteplici modi. Occorre inoltre studiare la posizione che il legittimario occupa all'interno della successione e se tale posizione ha alcuna rilevanza pratica, vale a dire, con un'effettiva attuazione giuridica, già durante la vita dell'ereditando.

A tal proposito, è opportuno notare che, come indica la dottrina maggioritaria⁵⁹, prima dell'apertura della successione, il legittimario occupa una posizione giuridicamente irrilevante e, come tale, priva di qualsiasi tipo di tutela. Questo, tuttavia, non è del tutto vero. Vedremo come nel *patto di famiglia* [artt. 768 bis e segg. Codice civile Italiano (CCI)] e nel diritto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4 CCI) compare una sorta di tutela o effetto *inter vivos* della condizione di legittimario, almeno della condizione di legittimario *in pectore*. Ciò rappresenta una sostanziale differenza con il diritto spagnolo, da quando il legittimario è stato privato dell'incondizionata legittimazione attiva per l'azione di prodigalità (sebbene, ad esempio, si possa ancora studiare che la possibile condizione futura di legittimario supporta la legittimazione attiva in certe azioni di filiazione).

⁵⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. pag. 213.

⁵⁹ Si veda CROTTI, Luca, D'ALESSANDRO, Pietro et al. “Dei legittimari” in SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici.* cit. pag. 889.

Infine, si potranno presentare un concetto e la natura giuridica della donazione lesiva della legittima, che non sarà — lo anticipiamo fin da ora — una donazione nulla, ma valida, ogniqualvolta non incorre in alcun tipo di vizio, né originario né sopravvenuto.

In relazione a quanto sopra, e sempre all'interno del secondo capitolo, si prenderà in esame il tipo di inefficacia in cui consiste la riduzione delle disposizioni lesive della legittima, che è diversa dalla nullità, annullabilità, revoca, risoluzione e rescissione.

Quindi, nel terzo capitolo affronteremo l'importanza delle precedenti operazioni di computo della legittima. Queste sono destinate a determinare, in primo luogo, se esiste la legittima e, in secondo luogo, quale quota di essa corrisponderà a ciascun avente diritto ad una quota di legittima. Ciò si appurerà mediante operazioni di riunione fittizia (art. 818 del CCE e art. 556 CCI), imputazione (tra gli altri, art. 819 CCE e 564, comma 2 CCI) e collazione (artt. 1034 e segg. CCE e artt. 737 e segg. CCI). Tali operazioni obbligano a prendere in considerazione gli atti gratuiti, *lato sensu*, compiuti dall'ereditando, rilevando, inoltre, a quale parte dell'eredità va attribuito ciascuno di essi; difatti, nessuno di questi può superare, in linea di principio, la parte di libera disposizione⁶⁰.

Lo scopo della computazione è quello di porre i beni dell'ereditando in una situazione simile a quella in cui si sarebbero trovati se questi non avesse effettuato alcuna donazione⁶¹, in senso lato; di conseguenza, permette di conoscere la base ideale per il computo della legittima.

L'imputazione, d'altra parte, rende più facile stabilire a quale porzione ideale dell'eredità debbano essere addebitate le donazioni e gli atti di liberalità in senso lato che l'ereditando ha effettuato in vita. Questa operazione è particolarmente rilevante dal punto di vista comparativo, in quanto il diritto spagnolo la regola come operazione autonoma (art. 819 CCE), mentre quello italiano come un onere (in senso giuridico), che va

⁶⁰ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. Anotaciones a COLIN Ambrosio y H. Capitant. *Curso elemental de Derecho civil. Tomo VIII*. Madrid: Reus. 1981. pag. 510: “Si nadie puede dar ni recibir por donación más de lo que puede dar o recibir por testamento, siendo inoficiosa toda donación en lo que exceda de esa medida (art. 636 del Código civil); y si las donaciones que con arreglo a tal criterio sean inoficiosas, computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso (art. 654 del Código civil), resulta indispensable, una vez fallecido el *de cuius*, examinar si las donaciones caben dentro de los límites que la ley les señala”.

⁶¹ Così suggerito da PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. pag. 162.

adempito dal legittimario che voglia agire in riduzione (art. 564, comma 2 CCI)⁶². Non mancano, tuttavia, voci coscienti del fatto che ci troviamo di fronte a un'operazione di computo che deve essere comunque eseguita⁶³.

Infine, la collazione — che, a differenza delle precedenti, non è un'operazione di computo della legittima, ma un'operazione di divisione ereditaria⁶⁴ — aiuterà a stabilire, tra varie questioni, la distribuzione definitiva da effettuare della ricchezza relitta, che contribuirà a determinare chi tra i legittimari sono i veri lesi che, pertanto, possono esercitare l'azione⁶⁵.

Uno dei problemi più delicati che dovremo affrontare in questo capitolo, all'interno del diritto spagnolo, è quello della valutazione del *relictum* e del *donatum*. Si tratta invece di una questione risolta nel diritto italiano e la cui soluzione potrebbe servire d'esempio per l'ordinamento spagnolo.

Successivamente, nel quarto capitolo, si presenta il regime giuridico dell'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima, analizzando ogni suo aspetto: natura giuridica dell'azione, differenza e separazione rispetto all'azione di nullità, legittimazione attiva e passiva, modalità di svolgimento della riduzione delle donazioni, ordine nella riduzione delle donazioni, casi di insolvenza del donatario, valutazione del bene donato ai fini della riduzione, destinazione dei beni oggetto della riduzione, ecc.

Qui esporremo in dettaglio i dilemmi riscontrati nella prassi in ciascuna di queste questioni o sezioni, con un'analisi dettagliata della giurisprudenza emanata dal Tribunale Supremo spagnolo e dalle voci più autorevoli della dottrina. Ricorrendo, come già detto, al diritto comparato, prenderemo in considerazione il diritto italiano, in quanto le soluzioni offerte dalla dottrina di questo Paese possono contribuire alla ricerca di una soluzione plausibile. Nonostante le somiglianze tra i due sistemi, di rado le soluzioni si limiteranno ad essere estrapolabili nella loro integrità senza riserve; pertanto, pur

⁶² GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. pag. 725.

⁶³ PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi. 1965. pag. 247.

⁶⁴ Come si può dedurre dalla collocazione sistematica degli artt. 1045 e segg. CC.

⁶⁵ Poiché la legittimazione attiva sarà conferita dal pregiudizio subito nella quota individuale di legittima. MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. Milano: Giuffrè. 1952. pag. 219. CARINGELLA, Francesco y GIOVAGNOLI, Roberto. *Studi di Diritto Civile I. Famiglia e Successioni*. Milano: Giuffrè Editore. 2007. pag. 756.

dovendo utilizzare il metodo comparativo, occorrerà anche effettuare un lavoro di riflessione e adattamento.

A tal proposito, segnaliamo che, nonostante le somiglianze citate, l'ordinamento spagnolo e quello italiano partono da una base diversa. Il codice civile spagnolo regola, infatti, tre azioni di riduzione: quella dell'istituzione dell'erede, quella di riduzione dei legati e quella di riduzione delle donazioni, ciascuna con un proprio regime giuridico (artt. 815, 817 e 636 CCE). Il codice civile italiano, invece, regola un'unica azione di riduzione (art. 557 CCI) e, secondo la dottrina maggioritaria⁶⁶ (salva la posizione di FERRI⁶⁷), due azioni di restituzione: una nei confronti del destinatario della disposizione lesiva e l'altra nei confronti di terzi acquirenti dei beni oggetto della donazione.

Dopo aver analizzato gli aspetti più rilevanti e problematici del regime giuridico dell'azione di riduzione delle donazioni nel diritto privato spagnolo, nel quinto capitolo procederemo ad analizzare come la riduzione va effettuata a seconda del tipo di donazione o atto a titolo gratuito in questione. Studieremo qui le modalità classiche di donazione: modale, remuneratoria, con riserva della facoltà di disporre, con clausola di reversibilità, ecc., ma anche gli atti a titolo gratuito (*negotium mixtum cum donatione*, contratto di vitalizio, ecc.), nonché i diversi strumenti che si utilizzano attualmente per coordinare la trasmissione dei beni dopo la morte dell'ereditando (assicurazioni sulla vita, assicurazioni di rendita vitalizia, ecc.). Determineremo in particolare se questi possano essere contestati dall'azione di riduzione.

Infine, nel sesto capitolo, affronteremo la delicata questione delle modalità generali in cui si può effettuare la riduzione: *in natura* o *in valorem*. Considereremo le problematiche generali che emergono al riguardo e, soprattutto, la presenza e validità nell'atto di donazione delle cosiddette “clausole di riduzione *in valorem*”, attraverso le quali il donante autorizza il donatario affinché, se in futuro si considera la donazione lesiva della legittima, possa mantenere il bene oggetto della donazione versando al legittimario il corrispettivo in denaro della sua quota di legittima.

Queste clausole, fino ad ora poco frequenti, sono state accettate dalla giurisprudenza e dalla dottrina spagnola⁶⁸; tuttavia, non sono state, a nostro avviso, sufficientemente

⁶⁶ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. pag. 557. GENGHINI, Lodovico e CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. pag. 708.

⁶⁷ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. pag. 202.

⁶⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. pag. 235.

analizzate. In realtà, prevedono un caso di commutazione, indiretta o impropria, diversa da quelle contemplate dal codice civile e che si origina, a nostro avviso, nell'ampio potere conferito all'ereditando dagli artt. 841 e segg. CCE.

Questo ci obbliga ad analizzare i casi di commutazione contenuti nel codice civile spagnolo (artt. 1056.II, 829 e 841 e segg. CCE, senza tener conto della commutazione della legittima del vedovo) e nel codice civile italiano (inteso come fenomeno di commutazione il *patto di famiglia* degli artt. 768 bis e segg. CCI). Ci spinge inoltre a metterli in relazione con l'istituzione della riduzione delle disposizioni lesive della legittima: in realtà, i casi di commutazione non sono altro che un modo di prevenire o evitare che si attivi il meccanismo della riduzione, garantendo, mediante l'ordine/facoltà di pagamento in denaro extra-ereditario, che il destinatario della disposizione possa mantenerla *in natura* a tutti i costi.

Questi casi di commutazione diretta (quelli contemplati nella norma) e indiretta (attraverso clausole valide nei negozi gratuiti) ci fanno passare da una legittima *pars hereditatis* o *pars bonorum* a una legittima concepita come *pars valoris* o *pars valoris bonorum*.

Siamo consapevoli che questa conclusione è audace e sarà oggetto di dibattito. Non ci viene nascosto che, come spiegheremo nel corso di questo studio, la legittima è profondamente legata all'istituzione della famiglia, al punto che alcuni autori segnalano la solidarietà familiare come suo fondamento⁶⁹. Lo si nota, infatti, nella legittimazione attiva per esercitare le istituzioni a tutela della legittima (analogamente in Spagna, *ex art.* 807 CCE, e in Italia, art. 536 CCI, con qualche differenza di ordine). Tuttavia, non si può negare nemmeno che i cambiamenti nell'istituzione della famiglia dovranno essere accompagnati — perché così lo prevede il legislatore o per forza di cose — da cambiamenti ugualmente significativi nel diritto successorio, in generale, e nella successione necessaria, in particolare⁷⁰.

⁶⁹ CROTTI, Luca, D'ALESSANDRO, Pietro et al. "Dei legittimari" in SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. pag. 888.

⁷⁰ A tal proposito si veda, tra gli altri, il commento all'art. 42 della Costituzione italiana in SESTA, Michele. "Costituzione" in SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. pagg. 7 e segg.

Attualmente, infatti, come suggerisce RESCIGNO⁷¹, assistiamo ad una vera e propria “rivolta dei fatti contro il codice”: la realtà supera la norma in materia di successioni e avviene una rottura tra norma e società che, alla fine, porta a una perdita dell'efficacia sociale della norma⁷².

Si tratta di dilemmi che, a nostro avviso, sarebbero risolti se si abbandonassero alcuni dogmi, forse troppo aprioristici, solitamente elaborati in materia di legittimazione, e si adottasse una maggiore flessibilità nel relativo pagamento. Riteniamo che su questo punto si concentrano le clausole di riduzione del diritto spagnolo.

In definitiva, le donazioni lesive della legittima sono un'istituzione in qualche modo apolide in termini legali: non fanno parte del sistema giuridico delle donazioni né di quello delle successioni, ma si trovano solo a metà strada tra i due. Da un lato, riflettono la forza e l'incidenza che il diritto successorio in generale e la legittima in particolare hanno sulla sfera patrimoniale di ogni individuo, influenzando anche determinati atti compiuti *inter vivos*; dall'altro, sottolineano che le donazioni, pur avvenendo *inter vivos*, risentono in certa misura della natura giuridica delle disposizioni *mortis causa*.

Allo stesso modo, l'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima mostra⁷³ con straordinaria chiarezza che la legittima supera di gran lunga la sfera puramente ereditaria (nel senso di eredità come ricchezza relitta), consentendo al legittimario di reclamare beni che non facevano già parte del patrimonio dell'ereditando alla sua morte. In questo senso, partendo dalle sue conseguenze, ci sembra uno strumento ideale per studiare la natura giuridica della legittima e chiarire lo status giuridico del legittimario.

Tali questioni non sono futili dal momento che innumerevoli cause legali relative al diritto successorio avvengono in merito alla legittima. Inoltre, sebbene non si possano risolvere nel presente studio, riflettono l'importanza che hanno nella prassi queste tematiche, che sono state tradizionalmente considerate teoriche.

⁷¹ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. pag. 83. “Rivolta dei fatti contro il Codice” (usando qui il celebre titolo del libro di MORIN, Gaston. *La révolte des faits contre le Code*. Grasset. 1920).

⁷² VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. pag. 76. In merito alla tensione tra società, norma e le contraddizioni che questa genera, si veda anche al di fuori del campo giuridico e nell'ambito della riflessione storico-antropologica: HARARI, Yuval Noah. *Sapiens, de animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Barcelona: Debate. 2018. pagg. 336 e segg.

⁷³ Insieme al computo dell'art. 818 CC.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONFORMACIÓN HISTÓRICA DE LA INOFICIOSIDAD COMO MECANISMO PROTECTOR DE LA LEGÍTIMA

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. EL ORIGEN DE LA INOFICIOSIDAD EN EL DERECHO ROMANO. 1. Derecho romano arcaico. 2. Derecho romano clásico. 3. Derecho romano justiniano y desarrollo posterior. III. LA INOFICIOSIDAD EN EL LLAMADO DERECHO GERMÁNICO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEDIEVAL. IV. LA INOFICIOSIDAD EN EL DERECHO DE CASTILLA HASTA LA CODIFICACIÓN. 1. Los inicios del Derecho castellano. El derecho visigodo: el Fuero Juzgo. 2. El Derecho medieval castellano: el Fuero Real de Alfonso X, el Sabio. 3. La recepción del Derecho romano: Las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio. 4. El Ordenamiento de Alcalá. 5. Las Leyes de Toro. 6. La inoficiosidad en la etapa codificadora. 6.1. El Proyecto de Código civil de 1851. 6.2. El Anteproyecto de Código civil de 1888. V. NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA CODIFICACIÓN ITALIANA. 1. El Código civil de 1865. 2. El Código civil de 1942.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El tiempo, lejos de ser un mero hecho jurídico, es un elemento que va decantando cada institución jurídica concreta, actuando en ella internamente a través de la aplicación y la interpretación de las normas que la contienen⁷⁴. Las instituciones jurídicas son, así, en gran medida, lo que el tiempo y la historia hacen de ellas. Nacidas en su mayoría de la necesidad, de la circunstancia, el régimen jurídico que las regula es fruto de un desenvolvimiento progresivo⁷⁵.

El Derecho, como toda creación humana, no sólo vive en el tiempo, sino que es temporal, lo que hace que se vea afectado por él y que las instituciones que ahora estudiamos sean fruto de una larga y continuada *traditio*, que, recibida, debe ser

⁷⁴ MENGONI, MENGONI, Luigi. *Scritti I. Metodo e Teoria Giuridica*. cit. p. 13.

⁷⁵ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. México D.F.: Editorial Porrúa. 1977. p. 3.

actualizada en atención al contexto y “a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (art. 3.1 CCE).

De ahí la importancia metodológica de la perspectiva histórica para todo estudio o investigación jurídica. Perspectiva ésta que – quizá – se esté perdiendo, arrastrada por ese espíritu del tiempo (*Zeitgeist*), que lleva a sustituir el valor de la tradición por la atractiva idea del progreso y la innovación y que lleva a mirar solo hacia el futuro, cerrando los oídos a los ecos del pasado. Se olvida así, quizá, que el Derecho se crea y nace a través de la sedimentación histórica y que, quizá, una importante vía para resolver los problemas presentes sea retrotraerse al origen de los mismos⁷⁶.

Necesario es, por consiguiente, iniciar este estudio sobre la inoficiosidad de las donaciones haciendo alusión a sus antecedentes históricos y legislativos. Para ello, sin pretensiones de exhaustividad y de manera esquemática y general, analizaremos el nacimiento de la inoficiosidad de las donaciones como instrumento protector de la legítima en el Derecho romano, así como en el llamado Derecho germánico, junto con su desarrollo durante la Edad Media y su presencia en el Derecho castellano e italiano inmediatamente anterior a la codificación.

Este carácter esquemático y general hace que las advertencias hechas en la Introducción sobre el método comparado deban ser ahora nuevamente repetidas, pero aplicadas al estudio histórico: se usará, habida cuenta de su importancia, para mejor ilustrar el origen, desarrollo y (posible) solución de los problemas que se abordarán en los capítulos siguientes.

Para ello, seguiremos y nos atendremos al relato de los especialistas, incluso en lo que puedan tener de conjetural, sabiendo que, en ocasiones, lo fragmentario de las fuentes (y la ausencia de las mismas) no permite ir más allá de meras aproximaciones⁷⁷.

Objetivo de esta introducción será, por consiguiente, rastrear el origen de la legítima como límite a la libertad dispositiva – *inter vivos* y *mortis causa* – del causante y de la inoficiosidad de las donaciones como instrumento protector de su intangibilidad cuantitativa. Instrumento protector que será tanto más interesante, desde el punto de vista jurídico, en tanto que se configurará como un tipo o modo especial de ineficacia negocial.

⁷⁶ ALPA, Guido. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*. cit. p. 474.

⁷⁷ A salvo todas las críticas que este relato o estas reconstrucciones reciben. Al respecto, puede verse VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. pp. 77 y 78.

Para ello, con carácter previo, y por la relación que la inoficiosidad de las donaciones, en tanto que integrada dentro de los mecanismos protectores de la legítima, guarda con el Derecho de sucesiones, se hace obligatorio – también – introducir unas líneas acerca de la conformación histórica de la sucesión y, concretamente, de la llamada sucesión legitimaria.

II. EL ORIGEN DE LA INOFICIOSIDAD EN EL DERECHO ROMANO

1. Derecho romano arcaico

Como se ha indicado en las consideraciones previas, especialmente en este punto (por la ausencia y lo fragmentario de las fuentes), nos atendremos al relato de los especialistas y a las reconstrucciones por ellos realizadas como fruto de sus investigaciones.

En el origen del Derecho sucesorio romano no se encuentra, según un importante sector doctrinal⁷⁸, el derecho de propiedad y/o el poder de disposición a él usualmente conexo, sino el culto a los dioses. Muerto el *pater familias*, cabeza del rito doméstico, sus herederos deben continuar la veneración a los antepasados. El fin principal de la sucesión *mortis causa* es así, *ab origine*, la continuación y perpetuación de la personalidad del causante⁷⁹, siendo una mera consecuencia la continuación de las relaciones jurídicas mantenidas por éste.

Esta relación entre culto religioso y sucesión hace que el concepto de heredero, al menos en este primer momento, se encuentre despatrimonializado⁸⁰: el heredero no tiene algo, sino que es algo. En efecto, si todo ciudadano romano, todo *sui iuris*, debe tener quien ocupe su posición en la jefatura de la casa y en la presidencia del rito, no es – para

⁷⁸ Por todos, KASER, Max. *Derecho romano privado*. cit. p. 299.

⁷⁹ Como si el sucesor tomara para sí, metafóricamente, la máscara del difunto, según D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 285. En contra, BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. Volume sesto. Le successioni. Parte generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1974. p. 51.

⁸⁰ JORDANO FRAGA, Francisco. *La sucesión en el "ius delationis". Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria "mortis causa"*. Madrid: Civitas. 1990. p. 24.

los autores que seguimos – por una cuestión meramente patrimonial⁸¹, sino por la importancia que el culto doméstico tiene en la cosmovisión romana.

A favor de este origen despatrimonializado de la figura del heredero, pero en contra del origen religioso de la misma, se sitúa, dentro de la doctrina italiana, BONFANTE⁸², para quien el heredero romano no es, en sus orígenes, un mero receptor o adquirente del patrimonio del difunto, sino un verdadero sucesor en la potestad (*potestas*) que el difunto tiene sobre las personas de la familia, siendo una mera consecuencia y efecto necesario de esta sucesión que adquiriera también las relaciones jurídicas del difunto⁸³. BONFANTE sostiene, por consiguiente, que la sucesión – y la figura del heredero – nace vinculada a la necesidad de transmitir el poder que el causante *sui iuris* tiene sobre las personas y las cosas⁸⁴.

Es por esto por lo que, por ejemplo, no puede testar el *filius familias*, que sí puede, con permiso paterno, donar *inter vivos* y *mortis causa*. Sin embargo, no puede otorgar testamento porque la potestad sobre el grupo familiar sólo puede transmitirla el que es su cabeza (y esta potestad y no otra cosa es el contenido de la institución de heredero)⁸⁵.

Esta posición defendida por BONFANTE⁸⁶ es asumida y se encuentra en algunos civilistas españoles. PUIG BRUTAU, por ejemplo, dice textualmente, al hablar del origen

⁸¹ Como en la actualidad, en la que los sucesivos llamamientos *ab intestato*, que operan en defecto de los testamentarios, tienen por objeto que siempre haya quien ocupe las titularidades de las relaciones jurídicas y patrimoniales que quedan yacentes a la muerte del causante, de modo que haya quien responda de las deudas y cumpla las obligaciones del *de cuius* (lo que, por otra parte, no es sino una consecuencia lógica de la progresiva patrimonialización de la figura del heredero).

⁸² BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. Volume sesto*. cit. p. 101. Por esta tesis se inclina también, hablando de la importancia del testamento, BIONDI, Biondo. *Successione testamentaria e donazioni*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1943. p. 5. “Questa importanza, che rispondeva un tempo alla esigenza di perpetuare non già i “sacra”, giacché questi erano indipendenti dalle disposizioni di ultima volontà, ma l’unità della famiglia sotto un nuovo capo...”.

⁸³ En este sentido, también, BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 4, que señala, no obstante, que este régimen jurídico no fue extendido a los *peregrini*, ni se expandió por las Provincias, en las que el concepto de *patria potestas* fue generalmente extraño.

⁸⁴ En este sentido, también, para el Derecho griego: CABRERO, María del Carmen. “El Derecho de sucesiones en la *Electra* de Sófocles” en *Emérita: Revista de Lingüística y filología clásica. Vol 67. Número 2*. 1999. p. 346. Y SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.1. Derecho de sucesión*. Navarra: Analecta Editorial. 2008 (ed. Facsímil 1910). p. 13, que señala que la palabra heredero puede derivar de *herus* (señor o amo) o *haereo* (estar junto o pegado a otro). También, en RESCIGNO, Pietro. “La successione a titolo universale e particolare” en RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni*. Padova: CEDAM. 1994. p. 7.

⁸⁵ D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 290

⁸⁶ Lo dicho por nosotros sobre la teoría de BONFANTE no deja de ser, en realidad, un pequeño matiz de su gran teoría sobre la sucesión en el mundo romano, que le lleva a unir los conceptos de sucesión *inter*

de las sucesiones en el mundo romano, que “no había sucesión en los bienes, sino únicamente en el cargo de jefe doméstico. De lo que llegaba el caso era de tener que cubrir el cargo de gestor familiar, vacante por muerte del *pater familias*. Había que transferir los poderes agnaticios, de manera parecida a lo que ocurre en la sucesión de la Corona”⁸⁷.

Se opte por un origen religioso o no del Derecho sucesorio, sí que puede señalarse que – al menos en la opinión de los autores citados - el fin principal originario de la sucesión *mortis causa* es la continuación y perpetuación de la personalidad del causante, ya como cabeza del rito doméstico, ya como jefe de familia, siendo una mera consecuencia de esta sucesión de carácter – podríamos decir- personalísimo la continuación de todas las restantes relaciones jurídicas del *de cuius*, incluyendo las patrimoniales⁸⁸.

Y este origen no patrimonial del Derecho de sucesiones y de la figura del heredero, lejos de quedar sepultado por el paso del tiempo, llega hasta nosotros – siquiera remota y mínimamente –, encontrándose reminiscencias de este origen, por ejemplo, en el hecho de que el heredero sea llamado (antes que a adquirir un patrimonio) a asumir una cualidad personal (y, de hecho, mientras que la herencia es transmisible, como derecho de contenido patrimonial, no lo es la cualidad de heredero, que se configura como personalísima; del mismo modo, también se adquiere la condición de heredero aunque no haya bienes en la herencia). Y también se observan ecos de lo dicho, según algunos autores, en la misma terminología del suceder y del fenómeno sucesorio, que denotaría la entrada en una potestad o condición o incluso soberanía⁸⁹.

vivos y *mortis causa*, y a separar ambos de la – en su opinión – mal llamada sucesión particular. Sobre la misma, puede verse: BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. Volume sesto*. cit. pp. 51 y ss.

⁸⁷ PUIG BRUTAU, José. “La naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral” en ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. p. 110. Posición ésta que no ha estado – tampoco – exenta de críticas. A este respecto, puede verse VOICI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1994. p. 601, que critica esta idea de sucesión en la *potestas* del causante sobre la base, entre otros argumentos, de que: (i) los restantes hijos del causante no devienen *alieni iuris* del instituido heredero; (ii) la sucesión intestada señala como herederos a todos los que se encuentran en una determinada relación de parentesco o proximidad con el difunto (lo que mal se coordina con la idea de que el heredero sucede en la potestad familiar, que habría de ser única); (iii) es posible señalar a más de una persona como heredero (dándose la paradoja, así, de que diferentes personas tendrían una igual potestad sobre las mismas personas).

⁸⁸ LÓPEZ GÜETO, Aurora. *Pietas romana y sucesión mortis causa*. Valencia: Tirant. 2016. p. 35. Sin embargo, con el discurrir del tiempo, fruto de la evolución jurídica, este mantenimiento y continuidad de las relaciones jurídicas del causante desplaza al fin originario, provocando una paulatina patrimonialización de la figura del heredero.

⁸⁹ Así lo observa BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. Volume sesto*. cit. p. 106-107.

Es precisamente a esta necesidad originaria de que todo *sui iuris* tenga un sucesor que continuase su personalidad – como cabeza del rito o jefe de la familia – a la que, en principio, responde el mecanismo de la llamada sucesión necesaria.

El Derecho romano de este período se caracteriza, así, por la existencia de los *heres sui et necessarii*, que son instituidos incluso en contra de la voluntad del causante. Son éstos los sometidos a la *patria potestas* del *de cuius*⁹⁰: sus descendientes, sus hijos adoptivos, su mujer *in manu* y las mujeres *in manu* de los sometidos a *potestas*. También lo es el esclavo instituido heredero y manumitido en el propio testamento (que, en este caso, recibe el nombre de *heres necessarius*)⁹¹.

Estos herederos necesarios, al contrario que los voluntarios, adquieren automáticamente la herencia, sin posibilidad de repudiarla. JORDANO FRAGA⁹² señala, a este respecto, que la adquisición se produce en este caso sin la voluntad del llamado a heredar e, incluso, contra la misma, imputándosele la condición de heredero de manera automática.

Este automatismo responde, en opinión de VOICI⁹³, además de a las citadas vinculaciones del Derecho sucesorio con el fenómeno religioso, a que el *heres* es considerado titular de un derecho de copropiedad latente, cuyo objeto es la totalidad del patrimonio familiar, que hace innecesaria la realización de la *additio* por parte del llamado. Se acercan así, al menos originariamente, los fundamentos de la sucesión en el Derecho romano arcaico y en el llamado Derecho germánico (o no romano), cuyo fundamento es – según la doctrina más autorizada⁹⁴ – la *Hausgemeinschaft* o copropiedad familiar⁹⁵.

⁹⁰ Esta pluralidad de sucesores es, recordemos, uno de los escollos que VOICI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 601 opone a la teoría del origen del Derecho de sucesiones como instrumento de perpetuación y continuación de la *potestas* familiar.

⁹¹ JORDANO FRAGA, Francisco. *La sucesión en el ius delationis*. cit. p. 24.

⁹² *Ibidem*, p. 22.

⁹³ VOICI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 562.

⁹⁴ BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. p. 237: “Los comienzos del derecho hereditario se remontan a una comunidad patrimonial que en vida del causante existía entre él y los herederos reunidos en su hogar”.

⁹⁵ También de esta opinión, DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 1956. p. 13, para quien esta semejanza se explica por compartir los romanos y los pueblos germánicos un antecedente común, los pueblos indoeuropeos, que organizaban su sociedad sobre esta copropiedad familiar, entendida en sentido amplio.

Disiente de esta interpretación JORDANO FRAGA⁹⁶, para quien el único objetivo de esta regla es dotar al causante de un sucesor y no reflejar la existencia de un latente derecho de copropiedad. Derecho éste que, además, difícilmente es compatible con el hecho de que el siervo manumitido en testamento, que nunca fue copropietario del patrimonio familiar, pueda heredarlo.

Tampoco es pacífico, por la ausencia de fuentes y testimonios, si la herencia les es deferida a estos herederos necesarios prevalentemente por delación testada o intestada, existiendo un fuerte debate doctrinal en torno a qué delación – la testada o la intestada – ostenta la primacía en este período⁹⁷.

Así, hay autores que sostienen la primacía de la sucesión legal sobre la testada, quedando el testamento (*calatis comitiis*⁹⁸) reservado únicamente para aquellos supuestos en los que el causante no tiene un heredero necesario⁹⁹. Y autores que, al contrario que los anteriores, defienden la primacía del testamento, bien por la importancia que el mismo tiene dentro de la cultura romana¹⁰⁰ (que lo transmitió a las generaciones y culturas posteriores), bien por la importancia que las XII Tablas dan al testamento como modo prioritario de ordenar la propia sucesión¹⁰¹. En cualquier caso, sí que es pacífico afirmar que el núcleo del testamento es la designación de un heredero¹⁰².

Destaca, para el tema que nos ocupa, dentro de este primer período formativo del Derecho romano, el hecho de que – por las razones que sean – la institución de heredero y la figura del heredero necesario se encuentran, al menos en principio, despatrimonializadas (que no vacías de contenido patrimonial).

⁹⁶ JORDANO FRAGA, Francisco. *La sucesión en el ius delationis*. cit. p. 24.

⁹⁷ Debate que recoge y del que se hace eco, con abundante bibliografía, CASTRO SÁENZ, Alfonso. *Herencia y mundo antiguo. Estudios de Derecho sucesorio romano*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 2002. p. 57.

⁹⁸ Que únicamente podía formalizarse ante los comicios curiados (presididos por el *Pontifex maximus*), que se reunían el 24 de marzo y el 24 de mayo. En opinión de IGLESIAS, Juan. *Derecho romano. Instituciones de Derecho romano*. Barcelona: Ariel, S.A. 1987. p. 655. Al *testamentum calatis comitiis* se suma, en caso de guerra o batalla, el *testamentum in procinctu*, realizado ante el ejército antes de entrar en combate.

⁹⁹ Así, en parte, a favor de la primacía de la sucesión abintestato VOICI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 562: “L’ordine di acquisto, in parte implicito nella norma, è dunque questo. Viene prima il “suus”; se non c’è il “suus”, viene l’erede nominato nel testamento; se non c’è un testamento, viene l’agnato secondo il criterio della prossimità di grado”.

¹⁰⁰ BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. Volume sesto*. cit. p. 78.

¹⁰¹ En este sentido, pueden verse los argumentos esgrimidos por CASTRO SÁENZ, Alfonso. *Herencia y mundo antiguo. Estudios de Derecho sucesorio romano*. cit. pp. 63 y ss.

¹⁰² VOICI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 601.

El heredero es en este período más un sucesor de la persona del causante que un continuador de sus relaciones jurídicas (si es que ambos aspectos son, en efecto, escindibles). Es posteriormente, fruto de la evolución jurídica y de la complejidad alcanzada por la sociedad romana, cuando la figura del heredero queda plenamente patrimonializada, identificándose al heredero no solo como al que *es*, sino también como al que *tiene*¹⁰³.

Sí, en efecto, esto es así, es decir, si, *ab origine*, como creen los autores citados, la sucesión y la institución de heredero tienen un fuerte sentido no patrimonial, entonces, no puede hablarse – en términos actuales – de un verdadero derecho de legítima con contenido patrimonial (y eso pese a las continuas identificaciones que el Derecho posterior hace entre sucesión legitimaria y sucesión forzosa/necesaria¹⁰⁴).

Al no existir este derecho de legítima de contenido patrimonial, tampoco tiene sentido hablar – con propiedad, al menos – de instrumentos protectores de su intangibilidad cuantitativa, que no se advierten – como tal – en este período. Habrá que esperar, por consiguiente, al período llamado Clásico del Derecho romano para asistir al nacimiento de estos instrumentos, primero, vinculados al testamento y, después, a las donaciones, lo que hace imperativo continuar con el relato histórico.

2. Derecho romano clásico

D'ORS¹⁰⁵ nos informa de que la llamada Época Clásica del Derecho romano (que abarca del 130 a.C. al 230 d.C.) puede dividirse en tres etapas: la primera etapa clásica (130 a.C. – 30 a.C.), la etapa clásica alta o central (del 30 a.C. al 130 d.C.) y la etapa clásica tardía (130 d.C. – 230 d.C.). No obstante tener presente esta división y la subsiguiente evolución que el Derecho romano experimenta durante este período, haremos un relato unitario de la conocida como Época Clásica, al menos en lo que a

¹⁰³ JORDANO FRAGA, Francisco. *La sucesión en el ius delationis*. cit. pp. 24 y 25. Señala este autor que será el *ius honorarium*, a través del *beneficium abstinendi* (que permite al heredero necesario, sin perder su condición de heredero *iure civile*, quedar fuera de la relación sucesoria a efectos patrimoniales) el que haga nacer la concepción patrimonialista del heredero que, finalmente, se acabará imponiendo como la única.

¹⁰⁴ Puede verse, como ejemplo, entre otros, el art. 807 CCE. Error éste en el que no incurre el *Codice civile*, toda vez que, como señala DOSSETTI, Maria. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni. Vol. III. La successione legittima*. cit. p. 5, en el mismo no aparece la fórmula *successione necessaria* que, no obstante, sigue siendo usada de forma reiterada por la doctrina.

¹⁰⁵ D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 40.

legítima e inoficiosidad se refiere, con el objeto de mejor sistematizar las cuestiones que guardan conexión con el objeto de estudio.

Superada la Época Arcaica, se produce una gradual relajación de la forma de la testamentifacción, cifrada, principalmente, en el paso del *testamentum calatis comitiis* al *testamentum per aes et libram*, que comienza siendo un negocio fiduciario¹⁰⁶ y que sólo progresivamente adquiere la condición de testamento¹⁰⁷. Dicha relajación formal favorece, a su vez, la extensión y socialización de la libertad dispositiva *mortis causa* ya en época republicana¹⁰⁸.

Esta generalización de la libertad dispositiva *mortis causa*, sin embargo, da lugar a una serie abusos¹⁰⁹, que, sumados a otros factores, provocan la aparición del límite de la inoficiosidad.

Entre estos otros factores que provocan el surgimiento de dicho límite, tal vez el más importante es el representado por el *officium pietatis*, que es el que aún hoy da nombre al tipo de ineficacia provocada por la acción de reducción (de legados y/o donaciones)¹¹⁰.

La doctrina no es pacífica al afirmar el origen o procedencia de esta idea o principio. Así, hay autores¹¹¹ que lo sitúan en la filosofía griega, cuya influencia determina el pensamiento de que el testador, en presencia del *heres sui*, está sometido a límites sustanciales en su libertad de disponer, siendo injusto que, mientras se beneficia a un tercero, dicho *heres* quede apartado de la sucesión. Se considera esto contrario al deber de piedad que el testador tiene hacia sus hijos (y demás herederos necesarios), que lo obligan a dejarles, al menos, parte de sus bienes¹¹².

¹⁰⁶ VOICI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo*. cit. p. 89.

¹⁰⁷ IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. cit. p. 656, señala, haciendo referencia a las formalidades del acto, que, en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos púberes y del *libripens*, el testador mancipa formulariamente su patrimonio a otra persona, el *familiae emptor*, que pronuncia unas palabras rituales. Seguidamente se golpea la balanza con un trozo de cobre, y lo entrega al testador, y éste pronuncia entonces la *numcupatio*, teniendo en la mano las tablas del testamento.

¹⁰⁸ KASER, Max. *Derecho romano privado*. cit. p. 301.

¹⁰⁹ BERNAD MAINAR, Rafael. “De la legítima romana a la reserva familiar germánica” en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano. N° 14*. 2015. p. 4 señala que el testador podía designar como heredero a cualquier persona dotada de *testamenti factio pasiva*.

¹¹⁰ DOSSETTI, María. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 7.

¹¹¹ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 187. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch. 1981. p. 421.

¹¹² CASTRO SÁENZ, Alfonso. *Herencia y mundo antiguo*. cit. p. 19.

Discrepa de esta teoría SANGUINETTI¹¹³, para quien el *officium pietatis* se introduce en el Derecho romano por influencia de las provincias orientales. En estas provincias – siempre según su opinión – existiría una reserva general a favor de todos los hijos del difunto, cuyo montante ascendería a un cuarto del as hereditario paterno¹¹⁴.

Más allá de esta disputa en torno al origen, sí es pacífico afirmar que es la irrupción del *officium pietatis*, junto con los abusos observados en el uso de la libertad dispositiva *mortis causa*¹¹⁵, la que provoca que se comiencen a impugnar ante el Consejo¹¹⁶ de los Centumviri¹¹⁷, sobre la base de la inoficiosidad, aquellos testamentos en los que el testador, postergando a sus hijos, instituye heredero voluntario a un tercero¹¹⁸.

MURGA GENER sostiene que la intervención de este órgano, que tiene competencia en materia sucesoria¹¹⁹, se hace especialmente necesaria cuando empiezan a darse supuestos,

“[C]ada día más llamativos y escandalosos, de testadores que, utilizando a su capricho el régimen de absoluta libertad testamentaria, tradicional y antiquísimo, posponían a sus hijos y tras una pura y formal desheredación, instituían heredero voluntario con grave quebranto para los desheredados familiares”¹²⁰.

¹¹³ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. pp. 57 y ss. que vincula esta institución con el gobierno de Marco Aurelio (161-180 d.C.).

¹¹⁴ Sin que falten otras teorías, como, por ejemplo, la de que el *officium* se encuentra ya presente – sin necesidad de influencia externa alguna – en la llamada legítima formal u obligación de instituir heredero a un *heres sui* (puede verse, a este respecto, ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. *Curso de Derecho Hereditario*. cit. p. 167). O la de DI LELLA, según el cual este límite es impuesto en una época de bonanza económica para evitar que, mediante instituciones testamentarias, los advenedizos asciendan en la escala social. Así – en opinión de este autor – con la excusa de proteger los vínculos de sangre, se impide la atribución del patrimonio a extraños, protegiendo la jerarquía social establecida y evitando conflictos políticos (DI LELLA, Luigi. *Querela inofficiosi testamenti. Un contributo allo studio della successione necessaria*. Napoli: E. Jovene. 1972. pp. 73 y ss.).

¹¹⁵ ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. cit. p. 179.

¹¹⁶ Pese a que es común denominar a este órgano juzgador con el nombre de Tribunal, nosotros seguimos aquí la indicación de GAGLIARDI, Lorenzo. *Decemviri e Centumviri*. cit. p. 99 (nota 2) y optamos por los términos que él propone: colegio, órgano juzgador y consejo.

¹¹⁷ Un órgano corporativo de jueces, formado por 105 miembros, que, en opinión de MURGA GENER, José Luis. *Derecho romano clásico II*. cit. p. 68, juzgaba dividido en secciones de 20 ó 30 personas.

¹¹⁸ Así, VOICI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 622. “Il principio, su cui si fonda il regime della *querela inofficiosi testamenti* è che esista un dovere d’affetto (*officium pietatis*) verso i parenti più stretti: il testamento di chi non adempia questo dovere è da considerare simile a quello di un folle, e perciò non può avere effetti”.

¹¹⁹ GAGLIARDI, Lorenzo. *Decemviri e Centumviri*. cit. pp. 508-509.

¹²⁰ MURGA GENER, José Luis. *Derecho romano clásico II*. cit. p. 68 (nota 54).

Y el mecanismo utilizado para esta impugnación del testamento de la que venimos hablando es la *querella inofficiosi testamenti*, definida por VOICI como:

“L’azione con cui taluno, appartenente alla cerchia dei parenti più stretti del testatore, credendosi ingiustamente diseredato o trascurato nel testamento, ne impugna la validità, con la conseguenza che, negato valore alle disposizioni in esso contenute, si apre la successione *ab intestato*”¹²¹.

La importancia de esta acción para el tema que nos ocupa, además de que está en el origen del surgimiento de la categoría de la inoficiosidad, viene dada porque, siguiendo su ejemplo, se configura la querella de donaciones inoficiosas, antecedente remoto y directo de la acción objeto de este estudio.

Los orígenes de la querella de testamento inoficioso son inciertos¹²², si bien hay autores¹²³ que vinculan su nacimiento a la constitución, en torno al s. III a.C.¹²⁴, del Consejo de los Centumviri¹²⁵.

Mediante ella se permite a los hijos, sobre la base de la inoficiosidad, impugnar un acto, el testamento que los posterga, que, *iure civile*, es perfecto y válido y cuyo único “vicio” es infringir el *officium pietatis*, que tiene base social o moral¹²⁶, pero no jurídico-legal¹²⁷. Es precisamente esta ausencia de base jurídica para la impugnación del testamento la que hace que los retóricos tengan que acudir a la ficción de la *insania o dementia* del testador¹²⁸.

¹²¹ VOICI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo*. cit. p. 670.

¹²² VOICI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 622.

¹²³ En este sentido, LÓPEZ GÜETO, Aurora. *Pietas romana y sucesión mortis causa*. cit. p. 37.

¹²⁴ GAGLIARDI, Lorenzo. *Decemviri e Centumviri*. cit. p. 486. Basa Gagliardi esta datación en diferentes argumentos, siendo uno de los más importantes el hecho (p. 487) de que las XII Tablas, que mencionan al *iudex*, al *arbiter* y (según algunos) a los *recuperatores*, no mencionen a los *centumviri*.

¹²⁵ La importancia de este órgano jurisdiccional para el origen de la legítima la señala también AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 203.

¹²⁶ KASER, Max. *Derecho romano privado*. cit. p. 323: “La cuestión de la infracción del derecho de legítimas, no constituye una cuestión jurídica, sino que plantea más bien el problema de determinar si se ha quebrantado o no un uso social, razón ésta que justifica que la solución dependa del arbitrio del juez y que permite un empleo a fondo de la oratoria”.

¹²⁷ Así, MURGA GENER, José Luis. *Derecho romano clásico II*. cit. p. 69 (nota 54, que continúa de la p. 68).

¹²⁸ VOICI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 622. D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 352.

Ahora bien, no deja de ser esta alegación del *color insaniae* un recurso retórico¹²⁹, necesario al atacarse un acto que, como se ha indicado, es perfecto y válido *iure civile*. GAGLIARDI¹³⁰ sostiene que este recurso retórico no se encuentra en los estadios iniciales de la *querella* y que el Consejo de los Centumviri solo recurre a él, en estos primeros estadios, cuando quiere abrir la sucesión intestada. En los restantes casos, por el contrario, se basa en razones de equidad para dictar lo procedente. Y esto porque quien priva a sus hijos de participar en sus bienes les hace una *iniuria*, lo que no deja de ser un acto ilícito¹³¹.

La cantidad que deben recibir los postergados en el testamento no es, sin embargo, fija y constituye función del Consejo de los Centumviri decidir caso por caso si la cantidad dejada al heredero necesario es acorde con el *officium*¹³². Es más, LÓPEZ GÜETO llega a afirmar que, *ab initio*, “los centumviri no habrían tenido la obligación de atribuir una determinada cuota al heredero, sino de valorar si era suficiente lo que se les había dejado en el testamento”¹³³.

Lo dicho es indicativo de la inexistencia – al menos durante este período – de una legítima material, entendida como porción de bienes (o porción de valor de los bienes) fija e invariable que deba recibir el legitimario en todo caso. A este respecto, con la claridad que le caracteriza, señala CLEMENTE DE DIEGO que “querella se llamó, y no acción, porque ningún derecho asistía al demandante, puesto que el testador era árbitro de instituirle o desheredarle”¹³⁴.

Ahora bien, en torno al s. I d.C., por disposición de Domiciano¹³⁵, el Consejo de los Centumviri decide, en lugar de resolver caso por caso, fijar un límite mínimo, superado el cual no podría triunfar la *querella* intentada por el heredero necesario¹³⁶. Este límite es,

¹²⁹ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 78. “Lo stesso ricorso ad un artificio retorico come il “color insaniae”, che con fatica i giuristi impiegarono per giustificare l’impugnabilità dell’atto di ultima volontà testimonia questa fatica”.

¹³⁰ GAGLIARDI, Lorenzo. *Decemviri e Centumviri*. cit. p. 284. En efecto, según este autor, las fuentes que a la *insania* se refieren son de los ss. II y III d.C.

¹³¹ ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. cit. p. 179.

¹³² KASER, Max. *Derecho romano privado*. cit. p. 323.

¹³³ LÓPEZ GÜETO, Aurora. *Pietas romana y sucesión mortis causa*. cit. p. 47.

¹³⁴ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo III*. cit. 196 (nota 1). A lo que GAGLIARDI añade “il *ius civile* non conosceva alcuna successione necessaria materiale” (GAGLIARDI, Lorenzo. *Decemviri e Centumviri*. cit. p. 263).

¹³⁵ D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 352.

¹³⁶ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 48.

por influencia de la *Lex Falcidia*¹³⁷, la cuarta parte de lo que le corresponda *ab intestato*¹³⁸ al querellante.

Este límite no se configura como un derecho de contenido patrimonial para el heredero necesario postergado en el testamento, sino como un límite procesal. Así lo señala SANGUINETTI¹³⁹, para quien el límite de la cuarta parte de los bienes que correspondan *ab intestato* se introduce, además de por razones de agilidad procesal, para limitar el número de pleitos sucesorios y, también, para obstaculizar la impugnación de los testamentos, que no dejan de ser actos válidos y perfectos.

Al igual que no existe, al menos en este período, una legítima material, tampoco hay una lista de legitimarios propiamente dichos, que puedan invocar la inoficiosidad del testamento. No obstante, es pacífico afirmar que legitimados activamente para la interposición de la querrela están, en principio, descendientes, ascendientes, hermanos (y hermanas) de doble vínculo o sólo de padres (consanguíneos) a quienes el testador no ha dejado una porción de bienes igual a una cuarta parte de lo que les corresponda por ley¹⁴⁰.

Ahora bien, el mero parentesco con el testador no basta para tener derecho, *eo ipso*, a una parte determinada de sus bienes, o de su valor. El *officium pietatis* es, en efecto, como suele decirse, un camino de ida y vuelta. De ahí que, ejercitada la *querella*, el Consejo de los Centumviri tenga que someter a un juicio de mérito al querellante frente a los herederos testamentarios, a fin de dilucidar si merece los bienes del testador más que los instituidos¹⁴¹.

¹³⁷ Importante es señalar que – al menos en principio – la *Lex Falcidia* (43 a.C.) no guardaba ninguna relación con la institución que posteriormente se denominará legítima. Su verdadero objetivo era, en realidad, salvaguardar una parte del patrimonio hereditario que debía ser deferido al heredero. Así, se impedía que el testador repartiera toda la herencia en legados, dejando vacía de contenido patrimonial la institución de heredero, lo que provocaría la renuncia del instituido y la apertura de la sucesión intestada, “mal” que el testamento pretendía evitar (sobre este particular, puede verse, BERNAD MAINAR, Rafael. “De la legítima romana a la reserva familiar germánica” en *RIDROM*. cit. p. 10).

¹³⁸ D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 352. BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 187. Sobre la influencia de la *Lex Falcidia* en la futura configuración de la legítima, puede verse DE MONTAGUT ESTRAGÉS, Tomás. “Testamento inoficioso en las partidas y sus fuentes” en *Anuario de Historia del Derecho Español*. N° 62. 1962. p. 258.

¹³⁹ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 4.

¹⁴⁰ En este sentido, VOCI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 623. IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. cit. p. 695.

¹⁴¹ Sobre en qué consistía este juicio de mérito, puede verse LÓPEZ GÜETO, Aurora. *Pietas romana y sucesión mortis causa*. cit. p. 45. Y esto porque, como advierte VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo*. cit. p. 677, “il testatore non ha il dovere di lasciare la *portio debita* a una persona, che non abbia bene meritato”.

Respecto a su naturaleza jurídica, SANGUINETTI¹⁴² es firme al sostener el carácter rescisorio de la querella, toda vez que se dirige a dejar sin efecto un acto válido y perfecto *iure civile*, como ya hemos indicado. Este carácter rescisorio será más paladino en la querella de donaciones inoficiosas.

Finalmente, respecto al plazo de ejercicio de la querella de testamento inoficioso, la doctrina mayoritaria señala que el mismo es de cinco años¹⁴³.

Posterior a la querella de testamento inoficioso, la *querella inofficiosae donationis* nace “tra la fine dell’epoca classica e l’avvento del Dominato”¹⁴⁴, esto es, en torno al s. III d.C., vinculada a un Rescripto del Emperador Alejandro Severo (222-235 d.C.), que concede a determinados sujetos una protección, también, contra las liberalidades *inter vivos* hechas por el causante y que sean lesivas de la legítima¹⁴⁵. Así lo señala VALLET DE GOYTISOLO¹⁴⁶, cuando dice que,

“Papiniano, en el libro XIV de sus *Respuestas*, en un fragmento recogido en el D. 31, 89, 3, reprodujo un rescripto del Emperador Alejandro Severo dirigido a Claudio Juliano: Si te constare carísimo Juliano que para impedir la querella de testamento inoficioso la abuela consumió su patrimonio en donaciones hechas a su nieto, exige la razón que se revoque respecto a la mitad de lo que donó”.

Se trata, por consiguiente, de una institución postclásica, siguiendo la cronología y ordenación realizada por D’ORS¹⁴⁷.

La querella de donaciones inoficiosas es fruto de una importante evolución normativa y de una mayor complejidad alcanzada por el Derecho de sucesiones romano. Para que la misma pueda darse, es ya necesaria la existencia de una legítima – podríamos decir, siguiendo nuestra nomenclatura clásica – material, configurada como porción de bienes (o cuota de valor) que ha de ser atribuida necesariamente a determinadas personas.

¹⁴² SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 1.

¹⁴³ VOCI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 624. IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. cit. p. 696.

¹⁴⁴ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 15.

¹⁴⁵ VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo*. cit. p. 727.

¹⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *Anuario de Derecho Civil. Volumen 26. Número 1*. 1973. p. 143.

¹⁴⁷ D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 44.

En efecto, como señala SANGUINETTI¹⁴⁸, al final del s. III d.C. se abre camino la idea de que a determinados sujetos (hijos, nietos y, en algunos casos, ascendientes) les corresponde una cuota del patrimonio del causante, igual a aquella que impide el ejercicio de la querrela de testamento inoficioso.

Sólo la existencia de esta – incipiente – legítima material puede hacer surgir un instrumento protector de su intangibilidad cuantitativa. En efecto, sólo cuando existe el deber jurídico (no ya meramente moral) de dejar una porción de bienes a determinados sujetos, puede el mismo burlarse a través de disposiciones *inter vivos*, encaminadas a vaciar el patrimonio del causante, de modo que no queden a su muerte bienes suficientes con los que dar cumplimiento al deber citado.

La querrela de donaciones inoficiosas se configura, como ya se ha indicado, *ad exemplum*¹⁴⁹ de la querrela de testamento inoficioso, diferenciándose, no obstante esta cercanía, en diferentes e importantes aspectos:

La querrela de inoficioso testamento, como hemos expresado *supra*, se dirige a impugnar un acto realizado *mortis causa*, el testamento, que es válido *iure civile*. Se pretende con ella la rescisión total del mismo y, como consecuencia de dicha rescisión, la apertura de la sucesión intestada¹⁵⁰.

La querrela de donaciones inoficiosas, por su parte, también se dirige contra un acto válido, aunque éste realizado *inter vivos*, las donaciones. Y al contrario que la querrela de testamento inoficioso, no tiene por objeto la rescisión total del negocio, sino que basta (las más de las veces) con la rescisión parcial, pues busca reducir la donación en lo que tenga de excesiva, sin afectar a la validez del acto/negocio¹⁵¹. Finalmente, el ejercicio de la querrela de donaciones inoficiosas no tiene incidencia alguna sobre la delación testamentaria, de modo que no produce, como sí lo hace la de testamento inoficioso, la apertura de la sucesión intestada¹⁵².

Respecto a la legitimación activa para el ejercicio de la querrela, VOCI¹⁵³ menciona a los hijos, nietos y ascendientes. Al contrario de lo que ocurre en el Derecho vigente, en

¹⁴⁸ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querrela alla portio legitima*. cit. p. 47.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵¹ Aunque esto, como se verá, no es pacífico.

¹⁵² VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 143.

¹⁵³ VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo*. cit. p. 728.

que la acción tiene carácter individual, SANGUINETTI¹⁵⁴ sostiene que – al menos originariamente – puede un legitimario ejercitar la querella en beneficio de la legítima colectiva.

El objeto de la querella, como se acaba de decir, son las donaciones *inter vivos* con las que el causante haya empobrecido el propio patrimonio, hasta el punto de no dejar a los hijos, nietos y ascendientes un cuarto de lo que les corresponda en la sucesión intestada¹⁵⁵.

Respecto a los efectos de la acción, existe controversia doctrinal, no siendo pacífico si la donación viene revocada por entero¹⁵⁶, o únicamente reducida hasta conseguir que el legitimario recupere su cuota intestada¹⁵⁷, o reducida hasta reintegrar al querellante una porción correspondiente a la que le cerrara el paso a la legitimación activa de la querella de testamento inoficioso¹⁵⁸.

La importancia de esta acción, en combinación con la de testamento inoficioso, viene dada porque va a contribuir a que se vaya abriendo camino la idea de que la legítima, que no ha sido, hasta ahora, más que un mero límite moral (derivado del *officium pietatis* y de la *pietas* romana en general, que limita éticamente al padre de familia en el ejercicio de sus potestades), es, además, un derecho subjetivo de personas concretas, frente al causante, con un contenido concreto, manifestado en específicas acciones y facultades.

Puede decirse que es en este período cuando nace la legítima como una institución con un contenido concreto. Y lo hace vinculada o pareja a la categoría de la inoficiosidad. De tal modo que puede decirse que no es que la inoficiosidad nazca para proteger la legítima, sino que la legítima es una consecuencia de la inoficiosidad. La inoficiosidad – realmente – precede a la formulación de la legítima.

3. Derecho romano justiniano y desarrollo posterior

La concepción de la legítima romana como un derecho con un contenido concreto, y no como un mero límite, se va a consolidar con la regulación justiniana.

¹⁵⁴ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 17.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ KASER, Max. *Derecho romano privado*. cit. p. 325. “La donación lesiva de la legítima se considera ineficaz y lo donado ingresa de nuevo en la herencia”.

¹⁵⁷ D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 354 (nota 1).

¹⁵⁸ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 22.

El emperador Justiniano, con la intención de depurar y recuperar la tradición jurídica romana¹⁵⁹, inicia la compilación de un nuevo Código en el s. VI d.C. La comisión de expertos por él nombrada alumbra, primero, un *Codex Primus* o *Vetus*, que no ha llegado hasta nosotros, y, después, el *Digesta*, las *Novellae* y las *Instituta*. Cuando estas obras comienzan a imprimirse juntamente, el editor de las mismas, Dionisio Godofredo, les da el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

BESTA¹⁶⁰ señala que Justiniano introduce diferentes novedades en materia de legítima.

En efecto, es en época justiniana, mediante la Novela 18 (año 535 d.C.) cuando aparece configurada la legítima como un régimen jurídico que, de manera definitiva, pone fin a la plena libertad dispositiva *mortis causa* del causante. En ella se establece la obligación del causante de reservar a los hijos una tercera parte de los bienes (si son cuatro o menos) o una mitad de ellos (si son más de cuatro)¹⁶¹. También se extiende la legítima a los hermanos uterinos.

Mediante esta disposición, se introduce la cuota móvil de la legítima, que pretende corregir, en opinión de POLO ARÉVALO¹⁶², el que los hijos, con independencia de su número, tengan que repartirse siempre y únicamente la cuarta parte del caudal relicto.

Las disposiciones justinianas, movidas por su afán recopilador, funden y asimilan los regímenes jurídicos de los diferentes instrumentos que protegen la cuota de legítima expectante a los parientes con derecho a ella, creando una serie de instrumentos cuyo funcionamiento es parejo en un punto: se dirigen contra una disposición, *inter vivos* o *mortis causa*, de carácter excesivo, con la intención de reducir dicho exceso y atribuirlo al legitimario lesionado (quedan en otro plano la preterición y la desheredación injusta).

Igualmente, comparten estos instrumentos reductores dos características, que se van a mantener ya constantes a lo largo de la historia: (i) se otorgan al legitimario que – habiendo recibido menos de lo debido – ha sido, sin embargo, destinatario de una atribución patrimonial; y (ii) no se dirigen contra el testamento propiamente dicho, sino

¹⁵⁹ Así, SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. Barcelona: Cálamo. 2001. p. 171.

¹⁶⁰ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 188.

¹⁶¹ POLO ARÉVALO, Eva María. “Concepto y naturaleza de la legítima en Derecho sucesorio español: Precedentes y actualidad” en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*. N° 10. 2013. p. 333.

¹⁶² *Ibidem*, p. 334.

contra la atribución excesiva, por lo que no provocan, salvo excepciones, la anulación del testamento y la apertura de la sucesión intestada.

El mayor exponente – por su carácter genérico – de este tipo de instrumentos es la *actio ad implendam legitiman*, que se otorga al legitimario heredero que ha recibido menos de lo debido, pero que, en tanto que destinatario de una atribución patrimonial en el testamento, no puede impugnarlo, provocando su caída, pero sí solicitar el complemento de la cuota que a él le corresponda¹⁶³.

La evolución normativa de la legítima en el mundo romano se cierra con la Novela 115, que funde el régimen de la *exhereditio* y de las querellas de inoficiosidad¹⁶⁴. Aparece entonces la desheredación causal y tasada y se establece una cuota variable de legítima (ya explicada).

Igualmente, se fija en este período el número y clase de personas que tienen derecho de legítima, que son los ascendientes, descendientes, hermanos germanos y consanguíneos¹⁶⁵.

La práctica justiniana se reproduce en la *Summa perusina* y en la *Lex Romana burgundionum*, en la que la *falcidia* es la cuota que singularmente debe ser atribuida (o debe quedar) a cada hijo, nieto o, en su defecto, a los progenitores¹⁶⁶.

No ahondamos más sobre esta cuestión porque sobre el régimen jurídico de la legítima justiniana habremos de volver, en este mismo capítulo, cuando hablemos de la recepción romanista en el Derecho medieval.

Baste por ahora decir, como conclusión a este itinerario histórico por el Derecho romano, que la inoficiosidad es una categoría de ineficacia negocial que nace, sin base en la norma escrita y como fruto de la actividad jurisprudencial, vinculada a (i) el *officium pietatis* y (ii) a un límite de naturaleza procesal. Este límite se basa en la existencia de un pretendido deber de piedad que el causante tiene hacia determinados parientes y que le

¹⁶³ Es precisamente esta dinámica la que hace que esta *actio* alcance en este período su máximo desarrollo, pues, como señala POLO ARÉVALO, Eva María. “Concepto y naturaleza de la legítima en Derecho sucesorio español: Precedentes y actualidad” en *RIDROM*. cit. p. 343, permite subsanar la lesión sufrida por el legitimario sin impugnar o atacar el testamento.

¹⁶⁴ VOCI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. cit. p. 625.

¹⁶⁵ BERNAD MAINAR, Rafael. “De la legítima romana a la reserva familiar germánica” en *RIDROM*. cit. p. 26.

¹⁶⁶ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 188.

impone la obligación de dejarles, al menos, partes de sus bienes, *inter vivos* o *mortis causa*.

La legítima, por su parte, nace pareja a la categoría de inoficiosidad, de tal modo que puede decirse, como ya se ha indicado *supra*, que no es que la inoficiosidad – al menos en principio – surja para proteger la legítima, sino que la legítima nace como consecuencia de considerar contrario al deber de piedad que el causante deje todos sus bienes a un extraño. En el origen de la legítima encontramos, así, un conjunto de medidas de freno a la libertad de testar, que, posteriormente, se extiende a determinados actos lucrativos realizados *inter vivos*.

Esta conexión de origen y desarrollo entre la inoficiosidad y la legítima justifica, a nuestro juicio, analizar – como se hará en el último capítulo – las características de la segunda, desde la perspectiva de la primera. Y esto porque, si bien es cierto que la legítima ha evolucionado de manera autónoma respecto de la inoficiosidad, adquiriendo caracteres propios y totalmente desvinculados de ella, no es menos cierto que siguen manteniendo una importante relación y que, quizá, el modo en que debe llevarse a cabo la reducción por inoficiosidad, tal y como está configurado en los Códigos vigentes, nos traslade alguna información acerca de la naturaleza jurídica de la legítima y de las posibles reformas que pueda proponerse sobre la misma.

III. LA INOFICIOSIDAD EN EL LLAMADO DERECHO GERMÁNICO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEDIEVAL

Al inicio de este epígrafe ha de hacerse una indicación metodológica y advertir que somos conscientes de que, en la actualidad, hay una corriente que minimiza el valor de las reconstrucciones doctrinales del Derecho germánico, calificándolas de míticas. En efecto, las tribus germánicas eran tan variadas, que es difícil adscribirles algo común y que no sea vaporoso o difuso¹⁶⁷. Aún así, como ya hemos indicado, presentamos aquí – someramente y sólo en atención al tema que nos ocupa – el relato de los especialistas y estudiosos.

¹⁶⁷ Es especialmente crítico con las reconstrucciones del Derecho germánico VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. p. 69.

Fuera de los límites del Derecho romano, también surge un antecedente remoto de la acción de reducción en los sistemas llamados de Derecho germánico (denominación que utilizamos aquí – siguiendo lo que es uso común de la manualística – para referirnos al “conjunto de normas y usos jurídicos propios de los pueblos germánicos”¹⁶⁸).

Ha de señalarse que no estamos ya aquí dentro de los contornos de la legítima romana, sino en los de la conocida como reserva germánica¹⁶⁹, basada, no en un supuesto deber moral del padre hacia los hijos (el tan repetido *officium pietatis*), sino en la existencia de una comunidad doméstica de los bienes destinados al sostenimiento de la familia: la copropiedad familiar.

Dicha copropiedad familiar tiene su origen, en opinión de PLANITZ¹⁷⁰, en los pueblos indoeuropeos que, según él, basan su economía sobre una explotación agrícola común, en la que participan todos los miembros de la familia (e, incluso, en ocasiones, extraños), que poseen y explotan comunalmente los bienes, principalmente los de naturaleza rústica.

De ahí la importancia originaria, para los pueblos germánicos, de la conocida como *Sippe* o “grupo de personas que descienden de un tronco común y que se sienten unidas por la descendencia de un mismo linaje”¹⁷¹. Y que, en origen, es más amplia que la familia¹⁷², si bien se va reduciendo con el tiempo, hasta quedar circunscrita al padre y a los hijos, casados o no.

En un principio, la *Sippe* es propietaria de todos los bienes del linaje y sólo se exceptúan los objetos de uso personal de cada miembro, como las armas o las ropas, que

¹⁶⁸ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. 1993. p. 15. El mismo autor, más adelante (p. 21) señala que el Derecho germánico es creado por stirpes y pueblos materialmente distintos, lo que, a pesar de sus elementos comunes, hace muy difícil su estudio y su exposición como un todo sistemático y general.

¹⁶⁹ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 204, subraya, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que el régimen jurídico de la legítima hunde sus raíces en el mundo romano, mientras que el régimen de la reserva hace lo propio con el mundo del Derecho germánico.

¹⁷⁰ PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. Barcelona: Bosch. 1957. p. 343.

¹⁷¹ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 17. Esta unión o sentimiento de pertenencia va mucho más allá del aspecto patrimonial y el mismo autor señala que la *Sippe* podía vengar la muerte de cualquiera de sus miembros y, a la vez, era comúnmente responsable de las faltas cometidas por cualquiera de las personas que la integraban.

¹⁷² A este respecto, señala PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. cit. p. 17 que a la *Sippe* pueden añadirse “personas libres, no parientes del grupo, que adopten sin embargo el parentesco con él mediante actos artificiales y jurídico-formales de filiación (*Affathomia*) o de fraternidad artificial”.

cada cual usa ordinariamente (y que conforman, como diremos, la *Totenteil*). Sin embargo, pasado el tiempo, la institución evoluciona y las propiedades comunales de la *Sippe* pasan a formar parte de la propiedad particular de familias menos extensas. Nace así la *Hausgemeinschaft*, o derecho de copropiedad familiar del Derecho germánico, que va a tener, junto a la legítima romana, una fuerte incidencia en la historia del Derecho de sucesiones¹⁷³.

La institución de la *Hausgemeinschaft*, en función de la cual los bienes familiares son patrimonio común de la comunidad doméstica, lleva a BRUNNER¹⁷⁴ a sostener que, en estos sistemas, a la muerte del cabeza de familia, no se produce una verdadera transmisión de bienes a los hijos, sino que estos actualizan el derecho potencial que ya tienen sobre los bienes¹⁷⁵.

La base de esta copropiedad familiar es la falta de un sólido poder político¹⁷⁶, que convierte a la familia virtualmente en la única estructura con carácter perpetuo¹⁷⁷. De ahí que la *Sippe* tenga una función jurídico-pública y asistencial, garantizando a sus miembros “defensa para sus derechos, promoción social y personal y solidaridad jurídica, especialmente penal y procesal”¹⁷⁸. En esta línea, señala MENGONI¹⁷⁹ que la falta de una robusta organización política produce, como consecuencia, la necesidad de una fuerte organización de los grupos familiares. Se llega, así, a una concepción solidaria de la familia y a un poder privado, el del padre, que no se concibe como soberanía, sino como deber de protección (el *Munt* o *Mundium*¹⁸⁰).

¹⁷³ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 18.

¹⁷⁴ BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. p. 237.

¹⁷⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “La naturaleza de la legítima” en *Anuario de Derecho Civil. Volumen 38. Número 4*. 1985. p. 852 (nota 11).

¹⁷⁶ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 17.

¹⁷⁷ ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José A. *Curso de Derecho Hereditario*. cit. p. 168 (Nota 2). TULLIO, Antonio. “La tutela dei diritti dei legittimari” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni. Vol. III*. cit. p. 376.

¹⁷⁸ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. cit. p. 18.

¹⁷⁹ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. pp. 18 a 27.

¹⁸⁰ BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. p. 224. DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 17 señala: “La *Sippe* germánica no fue, como la primitiva familia patriarcal y la *gens* romana, una comunidad doméstica organizada sobre la base de la potestad de un jefe, sino una asociación de miembros iguales en derechos y en la que estaban jurídicamente equiparados, no sólo los jefes domésticos que la componían, sino todos los miembros masculinos que hubiesen llegado a la mayoría de edad”.

En base a esta copropiedad familiar, al padre no se le reconoce un verdadero poder de disposición sobre los bienes domésticos (sean muebles o inmuebles), sino un mero derecho de disfrute de los mismos, la *Gewere* o tenencia vitalicia de ellos, por lo que no puede realizar por sí mismo actos de enajenación de bienes concretos, ni *inter vivos*, ni *mortis causa*¹⁸¹.

La copropiedad familiar de los bienes destinados al sostenimiento de la familia trae consigo el principio *nullum testamentum apud Germanos*¹⁸², que niega todo poder de disposición al causante¹⁸³, pues, a la muerte de éste, como se ha indicado, los copropietarios potenciales de los bienes familiares adquieren la propiedad actual, entrando en la plena posesión de dichos bienes¹⁸⁴. Y esto porque el Derecho germánico reconoce a los hijos un derecho de expectativa – *Wartrecht* – sobre los bienes que no puede ser sustraído por el causante¹⁸⁵. Esto convierte al heredero¹⁸⁶ no tanto en verdadero sucesor, como en un cotitular de los bienes que integran el patrimonio familiar, que nunca llegan a ser de propiedad completa y plena del causante¹⁸⁷.

Esta cotitularidad – central para el Derecho de sucesiones germánico – tiene dos manifestaciones principales, que ya se han insinuado: la primera, que la parte de la que el causante puede disponer *mortis causa* es muy pequeña, en comparación con el total del

¹⁸¹ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 19.

¹⁸² BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. p. 237. “Las disposiciones de última voluntad o se desconocían o estaban prohibidas”.

¹⁸³ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 177.

¹⁸⁴ Si bien – dice BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. p. 238 – habían de esperar 30 días para hacer la partición. “El tiempo hasta el día trigésimo, ultimado con una fiesta religiosa, era tiempo de tribulación que no debían perturbar mudanzas en la vida doméstica”.

¹⁸⁵ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 19.

¹⁸⁶ BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. p. 240. Deja constancia de la posición de los parientes femeninos dentro de la sucesión del causante en los orígenes del Derecho germánico, que variaba según el Derecho del que se tratase (frisio, bávaro, sajón-longobardo). No obstante, parece claro que los parientes femeninos, o bien estaban excluidos de la sucesión, o bien estaban limitados a una pequeña cuota en la sucesión.

¹⁸⁷ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. cit. p. 72 señala, como una de las claves del Derecho sucesorio germánico, el principio de “subordinar la circulación de los bienes, con ocasión de la muerte de las personas, a la continuidad de su explotación por parte de los grupos de parentesco cuya subsistencia depende materialmente del aprovechamiento de ese patrimonio”.

caudal hereditario¹⁸⁸; la segunda, que las enajenaciones de bienes raíces que realice el cabeza de familia deben contar con el consentimiento de los (potenciales) herederos¹⁸⁹.

De esta propiedad común, en el período primitivo del Derecho germánico, se separa, como se ha indicado, el atuendo de guerra – *Heergewäte*¹⁹⁰ – del marido y la *Gerade*¹⁹¹ de la mujer, que, a la muerte de cualquiera de ellos, conforman la conocida como *Totentheil* (o porción del muerto¹⁹²), que es enterrada para acompañar al difunto en el más allá¹⁹³. PLANITZ¹⁹⁴ informa que, por influencia de la Iglesia, desaparece esta costumbre funeraria, pasando el atuendo de guerra del padre a sus próximos parientes de espada (masculinos de la línea paterna) y los objetos de uso personal de la madre a sus parientes del huso o de la rueca (femeninos más masculinos de la línea materna)¹⁹⁵. Aparece ya así, casi desde el inicio del Derecho germánico, la separación troncal de bienes dentro del patrimonio de una misma persona, lo que será uno de sus rasgos característicos.

Igualmente son el Derecho canónico y la Iglesia¹⁹⁶, los que, invitando a sus fieles a distribuir los propios bienes entre obras de carácter religioso y caritativo, abren camino a la legitimidad de las disposiciones particulares *mortis causa*, en atención a las cuales se reconoce cierta libertad de disponer *mortis causa* sobre una parte de la herencia¹⁹⁷: la *portio sua* del causante, nombre éste que se debe a que, en su primera fase de desarrollo,

¹⁸⁸ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 19.

¹⁸⁹ BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. p. 244. “La enajenación hecha sin consentimiento de los herederos puede impugnarse por el más próximo dentro del año y día con el efecto de traer a sí el bien enajenado”.

¹⁹⁰ Conformado por vestidos, armas y caballo.

¹⁹¹ Formada por vestidos y adornos de uso personal.

¹⁹² BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 1: “Le cose appropriate al singolo vanno distrutte col suo cadavere. Il timore di postume vendette allontana le cupidigie altrui. Nessuno succede al defunto”.

¹⁹³ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 18 señala que estos eran los únicos bienes que, originariamente, caían fuera de la propiedad comunitaria de la *Sippe*. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. cit. p. 72 señala que “no estaba permitido que nadie añadiese, por afecto por ejemplo, ningún objeto adicional a esa cuota”

¹⁹⁴ PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. cit. p. 343.

¹⁹⁵ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. cit. p. 17.

¹⁹⁶ BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*. Padova: CEDAM. 1971. p. 118, sostiene que el Derecho canónico y la Iglesia cumplen durante la Edad Media tres funciones: conservar, modificar y suplir al Derecho romano.

¹⁹⁷ WACKE, Andreas. “Una porción hereditaria para Jesucristo. La influencia del cristianismo sobre el Derecho de sucesiones” en *Studia et documenta historiae et iuris*. cit. p. 148. “Junto con la evangelización, los monjes iro-escoceses difundieron la idea de la libertad testamentaria en Europa central”.

el padre no puede disponer de la misma sino después de haber dividido con los hijos¹⁹⁸. Esta *portio* puede utilizarse, en sus primeros estadios, únicamente para ordenar legados de piedad o *pro anima*¹⁹⁹.

VISMARA²⁰⁰, sostiene que esta influencia del Derecho canónico es, para la evolución del Derecho medieval, más importante que la contraposición entre los elementos romano y germánico²⁰¹.

Y esto porque durante la Edad Media es determinante, por un lado, la importancia antropológica que tiene el fenómeno de la muerte y, por otro, la visión escatológica de la misma que ofrece el cristianismo, dividiendo el más allá en cielo e infierno, lo que convierte a los testamentos medievales no sólo en actos de disposición, sino también en verdaderas reflexiones sobre la propia vida y la salvación del alma (las *arengae* de los actos *mortis causa* medievales). La influencia de esta visión escatológica religiosa es la que produjo la evolución desde la *Totenteil* hasta la disposición *pro anima*.

Esta *portio* de la que el causante puede disponer en bien de su alma no atenta contra el derecho hereditario de los hijos. Y esto porque, como señala PLANITZ²⁰², la Iglesia enseña en este período que debe contarse a Cristo como uno más de los hijos del causante que, a través de su bautismo, lo ha aceptado dentro de su familia. Es por esto por lo que se permite – teológica, moral y jurídicamente – que el causante dispusiera de bienes concretos – e incluso de una cuota parte de su patrimonio – en beneficio de su alma.

¹⁹⁸ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 178.

¹⁹⁹ Nótese que, aunque la doctrina ve en esta *portio* los orígenes remotos de la actual porción de libre disposición, lo cierto es que, al menos *ab origine*, no se trata de una porción menos vinculada que la destinada a reserva. El causante, en realidad, no podía disponer libremente de esta parte de la herencia, sino que necesariamente debían emplearla en realizar los mencionados legados de piedad. Será posteriormente cuando se le reconozca libertad para adjudicar esta porción a quien tuviera por conveniente. A este respecto, puede verse PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. cit. p. 77, que habla incluso de “legítima eclesiástica”.

²⁰⁰ VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. pp. 77 y 78.

²⁰¹ Esta contraposición no es, para este autor, sino un tópico de la historiografía.

²⁰² PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. cit. p. 364, que realiza una breve y didáctica exposición de las ideas – principalmente de San Agustín – que llevaron al nacimiento de la disposición *pro anima*. En el mismo sentido, RESCIGNO, Pietro. “La successione a titolo universale e particolare” en RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni*. cit. p. 14.

Una corrección de lo anterior en VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. p. 79. Según este autor, fueron los padres de la Iglesia de Capadocia quienes primero introdujeron esta *portio pro anima*, recibiendo Agustín su influencia a través de San Jerónimo.

Así, en su primer estadio, el testamento se introduce en el Derecho germánico, por influencia de la Iglesia, como una manera de ordenar legados²⁰³.

Esto, sin embargo, aunque lo suaviza, no llega a alterar el sistema anterior, por lo que, en principio, todo el patrimonio relicto es indisponible, permitiéndose al testador disponer tan solo de una pequeña fracción del mismo²⁰⁴. Esto se aprecia en el Derecho visigótico, que, en el s. VII d.C., limita la disponible a un quinto del caudal. Entre los Francos, según informa, BESTA²⁰⁵, la disponible se circunscribe a un sexto.

Dentro del Derecho germánico, se extiende, como ya hemos indicado *supra*, el principio que distingue diversos tipos de bienes dentro del patrimonio del causante, según su origen y naturaleza. Se diferencia, así, entre los bienes muebles, los de conquista (adquiridos mediante el trabajo, el mérito o la fortuna), los paternos y los maternos (inmuebles que el causante ha recibido por vía de donación o sucesión de sus ascendientes o personas de su linaje y que también reciben el nombre de propios)²⁰⁶.

En España, esta distinción, que se consolida a lo largo de la Edad Media, va a diferenciar entre bienes de abalengo, que pertenecen a la familia y se transmiten de padres a hijos; y bienes de ganancia, que son los adquiridos por el causante como fruto de su ingenio o industria. Cada uno de estos bienes o categorías de bienes sigue un cauce o régimen sucesorio distinto²⁰⁷.

²⁰³ BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. p. 247. Que añade que, “para independizar su ejecución de la buena voluntad del heredero se hizo uso de ciertas personas intermediarias, fiduciarios, erogadores, ejecutores, a quien se confiaba la liquidación de la sucesión, institución de que toman origen los ejecutores testamentarios”. En esta línea, señala BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*. cit. pp. 117-118, que precisamente por esta conexión entre el testamento y los legados píos, se consideró la materia testamentaria como competencia de la Iglesia.

²⁰⁴ PUIG BRUTAU. “Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral”, en ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado II*. cit. p. 133.

²⁰⁵ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 179. Más adelante (p. 180) sostiene que este sistema de cuota fija no fue seguido por otros pueblos germánicos. Por ejemplo, entre los Longobardos, la fracción disponible era el resultado de dividir el caudal hereditario por el número de hijos varones.

²⁰⁶ Una explicación detallada de esta división y clasificación y de su evolución en las diferentes etapas del Derecho germánico puede consultarse en PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. cit. p. 344.

²⁰⁷ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 34.

La reserva en favor de los hijos afecta, principalmente, a los bienes propios del causante²⁰⁸, de los que el heredero debe recibir una importante porción, quedando sustraídos de la libre disposición testamentaria (pues, en la medida en que son bienes del linaje, no pertenecen totalmente al causante).

Ahora bien, la reserva – en principio, ya superada, por el paso del tiempo, la facultad del hijo para anular las enajenaciones realizadas sin su consentimiento – afecta únicamente al poder de disposición por testamento, pero no por liberalidades entre vivos²⁰⁹, lo que deja en una posición muy precaria a los herederos forzosos, que pueden ver dilapidados los cuatro quintos que a ellos corresponden a través de sendos actos de liberalidad por parte del causante (inmediatamente veremos la solución que a este caso pone, dentro del Derecho castellano, el Código de las Siete Partidas).

Esta desprotección frente a la donación se explica – en un primer momento – por la escasa importancia que esta institución tiene para el Derecho llamado germánico. PLANITZ²¹⁰, en efecto, señala que la donación – con sus mimbres actuales – es desconocida para el antiguo Derecho germánico, donde el “donatario” debe entregar siempre – para que el acto se perfeccione y sea irrevocable – una contraprestación de valor equivalente al donante – el *launegildo* -, que evite que el donante pudiera revocar discrecionalmente la donación.

Al existir esta “contraprestación”, la donación carece del carácter gratuito que ahora le es propio. Como, además, el *launegildo* – aunque pueda ser de valor inferior – usualmente suele ser del mismo valor que el bien donado, en realidad, la donación no comporta un verdadero vaciamiento del patrimonio del donante y, por consiguiente, no puede apreciarse peligro – ni siquiera potencial – para la reserva.

Y esto porque, como se indicará en los capítulos 2 y 4, la acción de reducción es un mecanismo protector de la intangibilidad cuantitativa, por lo que entra en funcionamiento frente a actos que – por su carácter gratuito – comportan salida de bienes del patrimonio

²⁰⁸ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 25. AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. pp. 204 y ss. Sostiene este autor, en efecto, que mientras la reserva se refería a los bienes propios del causante, la legítima se circunscribía a los adquiridos. Si con los primeros no se podía satisfacer la cuota expectante al legitimario, se cubría con los segundos, de los que sí había podido disponer el causante.

²⁰⁹ PUIG BRUTAU. “Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral”, en ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado II*. cit. p. 133. “Esta cuota de reserva sólo se refería a la herencia estricta, de manera que para su cálculo no se tomaban en cuenta las donaciones hechas en vida”.

²¹⁰ PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. cit. p. 239.

del causante, sin contraprestación, pues estos son los únicos que pueden poner en peligro la subsistencia de la futura reserva.

Al carecer la donación *inter vivos*, en este primer período al menos, de dicho carácter gratuito, es lógico que los mecanismos de protección de la reserva no afecten a la misma.

Posteriormente, fruto de la evolución²¹¹ del Derecho germánico y de su contacto con las instituciones romanas, la donación adopta otro carácter, más parecido al de hoy día, y adquiere las notas del acto gratuito. Es entonces cuando, dentro del régimen de protección de la reserva, surge una acción, que extiende la limitación constituida por la reserva, también, a determinados actos *inter vivos*. Esto se plasma, señala MENGONI, en la *action en rétranchement*, “che costituisce l’antecedente immediato della moderna azione di riduzione”²¹².

La importancia de este derecho de copropiedad familiar de corte germánico – que sirve de base a la reserva – viene dada porque, como sostiene BESTA²¹³, con el renacimiento del Derecho justiniano, la reserva no desaparece, sino que se reviste de los ropajes de la legítima romana, conviviendo con esta última²¹⁴ e influyendo de forma decisiva en la configuración de los sistemas de legítima europeos.

Para el caso de la Península Ibérica, DE VALDEAVELLANO²¹⁵, señala que es éste – el germánico – el sistema que existe antes de la primera llegada de las tropas romanas. De ahí que, como se dirá inmediatamente *infra*, cuando los pueblos godos llegan a la Península, encuentren que el derecho consuetudinario preexistente a la invasión romana – que ha permanecido en las zonas rurales – se aviene bien a sus propias instituciones góticas.

²¹¹ *Ibidem*, p. 240.

²¹² MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 27.

²¹³ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. 1961. p. 185.

²¹⁴ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 205. Nos dice que, durante este período, en Francia, en los países del Derecho escrito rige la legítima, mientras que en los del Derecho consuetudinario rige la reserva.

²¹⁵ DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 11.

IV. LA INOFICIOSIDAD EN EL DERECHO DE CASTILLA HASTA LA CODIFICACIÓN

La particularidad del objeto de estudio – que se refiere al Derecho español común – obliga a examinar con un poco más de detenimiento la influencia del Derecho romano y del Derecho germánico en la formación de la tradición jurídica española.

1. Los inicios del Derecho castellano. El Derecho visigodo: el Fuero Juzgo

El Derecho español, señala DE VALDEAVELLANO,

“[E]s un derecho formando en la Edad Media como resultado de la fusión de elementos distintos, algunos de los cuales tal vez se remonten al derecho primitivo de la España prerromana, pero que proceden, sobre todo, del Derecho romano y del Derecho germánico”²¹⁶.

Y lo mismo, *mutatis mutandi*, puede decirse de la legítima actual, que es fruto – no solo en España – de la imbricación entre legítima romana y reserva germánica²¹⁷. Posición esta que, no obstante, es duramente atacada por BESTA²¹⁸, que sostiene que el Derecho medieval es una suma de elementos procedentes del Derecho romano, canónico, feudal y estatutario.

En esta imbricación son determinantes los pueblos godos (ostrogodos y visigodos). Los primeros visigodos llegan a la Península Ibérica en torno al s. V d.C., procedentes de la Galia, de donde habían sido expulsados por los francos²¹⁹. Pese a que se hacen con el control de la Península, su población nunca es abundante y es pacífico afirmar que constituyen una minoría frente a la población hispanorromana, mucho más numerosa²²⁰.

²¹⁶ Ídem.

²¹⁷ ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto*. cit. p. 80. BILOTTI, Emanuele. “Fondamento costituzionale della tutela dei legittimari e prospettive di riforma” en VAQUER ALOY, Antoni; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BOSCH CAPDEVILLA Esteve (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. cit. p. 42. Sostiene este autor que las dos ideas de fondo que han hecho avanzar la evolución de la legítima en los sistemas europeos son el *officium pietatis* del Derecho romano y la *Hausgemeinschaft* del derecho germánico.

²¹⁸ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 9.

²¹⁹ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 74. El mismo autor señala que la primera invasión germánica de la Península – protagonizada por suevos, vándalos y alanos – se produjo en el año 409 d.C. (p. 71).

²²⁰ *Ibidem*, p. 75 cuenta unos 200.000 visigodos frente a unos siete u ocho millones de hispanorromanos.

En lo que al aspecto jurídico se refiere, haciendo gracia de toda la cuestión política de la federación con Roma y la posterior emancipación e independencia, VALDELOMAR²²¹ sostiene que, en un principio, los visigodos – en aplicación del principio personal²²² – mantienen vigente la legislación romana para la población local, salvedad ésta que ha de tenerse en cuenta, sobre todo, a la hora de valorar la incidencia real de las disposiciones analizadas. Sin embargo, la doctrina más moderna se decanta por el llamado principio territorial, en función del cual las normas se aplican a toda la población de un mismo territorio, con independencia de su origen²²³.

VALDELOMAR²²⁴, en la pormenorizada introducción histórica que hace a su edición del Fuero Juzgo de 1798, sostiene que la legislación gótica se basa, primeramente, en costumbres²²⁵, aunque, como señala SÁNCHEZ-ARCILLA²²⁶, no hay apenas información sobre cómo es el Derecho de estos pueblos antes de su asentamiento en las provincias romanas.

No es hasta el reinado de Eurico (466-484 d.C.) que aparecen las primeras manifestaciones de leyes escritas²²⁷. La importancia del reinado de Eurico radica en que el mismo coincide con la caída del Imperio Romano de Occidente, lo que le permitió separar el Reino Gótico de la antigua federación que había mantenido – hasta ese momento – con el Imperio Romano²²⁸.

El primer Derecho gótico – aplicable, recordemos, únicamente a los godos, no a la población local – es de raíz e influencia germánica (o no romana), por lo que su primitivo régimen sucesorio se basa en el sistema de copropiedad familiar²²⁹.

²²¹ DE LA REGUERA VALDELOMAR, Juan. *Extracto de las Leyes del Fuero Juzgo*. Madrid: Imprenta de la Viuda e Hijo de Marín. 1798 [ed. Facsímil de 2015]. p. XXIX.

²²² También en este sentido DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 80, para quien la legislación visigoda no se aplicó, en principio, a la población hispanorromana.

²²³ En este sentido, SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. pp. 92-95. En apoyo de esta tesis señala que las normas visigodas que han llegado hasta nosotros (i) no hacen alusión alguna al principio de aplicación personal y (ii) en muchas de ellas (como en el Breviario de Alarico o el *Liber Iudiciorum*), se recuerda a los jueces que sólo deben aplicar esa norma cuando decidan los litigios sometidos a su consideración.

²²⁴ DE LA REGUERA VALDELOMAR, Juan. *Extracto de las Leyes del Fuero Juzgo*. cit. p. XXXI.

²²⁵ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. cit. p. 22. DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 73.

²²⁶ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 81.

²²⁷ Promulga el conocido como Código de Eurico, cuya aparición se produce entre los años 469 y 481 d.C.

²²⁸ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 77.

²²⁹ PUIG BRUTAU. “Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral”, en ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado II*. cit. p. 134.

Sin embargo, el contacto entre las instituciones góticas y romanas se cifra en una progresiva romanización de las primeras, apreciable ya en el Breviario de Alarico (506 d.C.), también conocido como *Lex Romana Visigothorum*. Se redacta bajo el reinado de Alarico II (484-507 d.C.) y es aprobado por una asamblea de obispos y electores romanos y visigodos. En él se recopilan exclusivamente textos romanos (procedentes de la Galia y de Hispania²³⁰), a los que se añaden distintas interpretaciones²³¹.

DE VALDEAVELLANO²³² subraya también esta romanización, al sostener que el Derecho visigodo que ha llegado hasta nosotros – incluida las normas aquí comentadas– adolecen ya de una acentuada romanización²³³ (aunque en otras, como en materia de legítima, sigue apegado al llamado Derecho germánico, toda vez que, por ejemplo, únicamente reconoce al causante poder de disposición sobre una pequeña parte del caudal: un quinto).

El siguiente texto legislativo visigodo relevante para introducir la norma que comentamos es el *Liber Iudiciorum*, promulgado – en su redacción final revisada por el VIII Concilio de Toledo – por Recesvinto en el año 654 d.C y destinado al uso de los Tribunales²³⁴. SÁNCHEZ-ARCILLA señala que se trata del “texto jurídico más importante de la Hispania Visigoda”²³⁵. Consiste en una recopilación, dividida en 12 libros, en la que se recogen normas de distinta procedencia. Tiene una vigencia prolongada en el tiempo y es sometido a múltiples revisiones, destacando la de Ervigio en el 681 d.C. y la de Egica y el XVI Concilio de Toledo del año 693 d.C. Este texto normativo tiene una enorme trascendencia posterior: una vez el reino visigodo de Toledo es derrocado, la vigencia del *Liber* continúa. Tanto es así que termina redactándose en lengua romance, sobre todo en Cataluña y el Reino Asturleonés. Es la traducción de esta norma la que se denomina *Fuero Juzgo*.

²³⁰ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 80.

²³¹ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 87. Que subraya el hecho de que, aunque el rey ostente ahora el monopolio legislativo, el carácter asambleario del Derecho germánico primitivo se deja sentir en que la norma deba ser promulgada/aprobada por una asamblea.

²³² DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. p. 23.

²³³ PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. cit. p. 366 señala – como ejemplo de esta romanización del pueblo visigodo – que el testamento, originariamente, solo se abrió camino entre ellos y los burgundios.

²³⁴ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 82.

²³⁵ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 88.

Dicha traducción es atribuida a Fernando III, el Santo, y se fecha a mediados del s. XIII. Nos detenemos en ella debido, primero, a que – por su traducción – se configura como una de las primeras normas castellanas escritas en romance; y segundo, a su conexión – pues se trata de una traducción – con el Derecho germánico romanizado, que va a tener fuerte influencia en el desarrollo legislativo posterior.

El Fuero Juzgo, influenciado ya por el largo contacto con las instituciones romanas, en la Ley 1 del Título V del Libro IV, reconoce una porción legítima, que debe ser obligatoriamente atribuida a los descendientes del *de cuius*, únicos parientes con derecho a legítima²³⁶. En ausencia de descendientes, el testador puede disponer de sus bienes como tenga por conveniente.

No se contienen en esta norma, al menos en la edición de VALDELOMAR, disposiciones atinentes a la reducción de donaciones por inoficiosidad, lo que no significa que no se den en la práctica. En realidad, se aplican, para la población local no visigótica, las leyes romanas, que ya contienen un sistema depurado de instrumentos protectores de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. En lo que se refiere a la población gótica – minoritaria – lo no regulado por normas escritas, está regido por la costumbre.

La importancia de esta norma viene dada porque continúa el camino abierto por la recepción del Derecho romano, que llegará a un punto álgido con el Código de Las Siete Partidas (en Cataluña la recepción es más intensa y se prolonga durante mucho más tiempo). Permite al investigador observar cómo, desde los inicios de la legislación castellana, la misma va a conformarse como un sistema mixto entre el Derecho previo, de raíz germánica, y el Derecho recibido, de carácter romano²³⁷. Esta combinación pasará a la legítima y, también, como se verá, a sus instrumentos protectores y, en cierta medida, llegará hasta el Código vigente.

²³⁶ A los que el propio causante puede desigualar a través de la institución de la mejora, que aparece ya expresamente en la ley *Dum Inlicita* de Chindasvinto, que declara indisponible las cuatro quintas partes de la herencia (a este respecto, puede consultarse PUIG BRUTAU. “Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral”, en ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado II*. cit. p. 135).

²³⁷ Esto lo afirmamos siguiendo las exposiciones al uso y el relato de los especialistas, sin intención alguna de originalidad, e incluso con el objetivo de mejor exponer el objeto de estudio. No se nos oculta, sin embargo, que hay importante doctrina que rechaza esta aproximación y que defiende que el derecho castellano se forma por necesidades propias de la época.

2. El Derecho medieval castellano: el Fuero Real de Alfonso X, el Sabio

El Fuero Real, originariamente llamado Fuero del Libro o de las Leyes, se redacta a comienzos del reinado de Alfonso X, el Sabio (1252-1284 d.C.), por lo que – en opinión de FERNÁNDEZ ELÍAS²³⁸ – es posible que estuviese ya publicado en 1255. Se edita con forma de Código general y está compuesto por normas extraídas del Fuero Juzgo y de diversos Fueros municipales²³⁹. Permanece en vigor hasta el año 1274 en que es sustituido por el Fuero Viejo de Castilla²⁴⁰.

El Fuero Real dedica su Libro III, entre otros temas de Derecho privado, a las sucesiones, siguiendo, a grandes rasgos, las líneas maestras de la tradición jurídica precedente. En este sentido, la Ley 9 del Título V del Libro III reconoce y acepta la institución visigótica de la mejora.

Respecto a la reducción por inoficiosidad, la misma se reconoce expresamente, como límite a la libertad dispositiva *inter vivos*, en la Ley 7 del Título XII del Libro III, que dice así:

“Otro si mandamos que si alguno fizier donacion des todo lo que oviere, maguer que non aya fijos, no vala et si fijos oviere o nietos o dent ayuso, non pueda dar mas que su quintos et si por aventura mas diere, la donacion no vala en aquello que es demas, e vala en aquello que pudo dar”²⁴¹.

Ya aparece este límite, aplicado a supuestos concretos, en la Ley 3 del Título XII del Libro III, para las donaciones entre cónyuges, que se reducen al quinto (no se revocan) en caso de superveniencia de hijos; y en la Ley 9 del Título V del Libro III, referida a la mejora.

El Fuero Real, en lo que a reducción por inoficiosidad se refiere, contempla únicamente la legítima de los hijos, únicos parientes a los que otorga la condición de

²³⁸ FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. cit. p. 208.

²³⁹ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 91.

²⁴⁰ Lo que supone una victoria del poder local sobre el monárquico, según señala SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 224. DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. pp. 91 y 92 señala que el Fuero Real nunca rigió en todo el reino, sino que se aplicó únicamente – y no totalmente – en las ciudades concretas a las que fue concedido.

²⁴¹ Según la redacción que se contiene en PÉREZ MARTÍN, Antonio (ed.). *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. 2015. p. 95.

legitimarios²⁴². Como ocurre en el Código español común actual, la inoficiosidad atiende a una legítima, concebida como límite, que se proyecta a (concretos) actos realizados *inter vivos*, determinando que el donante no pueda disponer por donación de más de lo que puede disponer por testamento: un quinto de su caudal.

La importancia del Fuero Real radica, para el tema objeto de estudio, en que en el mismo aparecen ya algunas ideas o características sobre la reducción de donaciones inoficiosas que se van a mantener constantes en la normativa o Derecho posterior. Algunas de estas ideas son:

1. La reducción por inoficiosidad guarda una importante y singular relación con la legítima concebida como límite a la facultad dispositiva (también) *inter vivos*. En efecto, puede decirse que la inoficiosidad es el resultado de proyectar sobre la donación una concepción de la legítima entendida como límite a la facultad dispositiva de una persona (el futuro causante). La norma expresa con toda claridad que el causante puede disponer del quinto de sus bienes, lo que conforma la porción de libre disposición, de la que también puede disponer por testamento. Pero no puede ir más allá. Nótese que – con técnica legislativa mantenida hasta el Código español vigente (art. 636 CCE) – el Fuero Real enuncia el límite de la inoficiosidad con una fórmula negativa o prohibitiva (“non pueda dar mas que su quintos”²⁴³). La inoficiosidad expresa así todo su sentido de límite superado el cuál el negocio afectado por el mismo habrá de devenir ineficaz, al menos parcialmente.
2. Asimismo, salvaguarda el derecho que asiste al legitimario. Sólo cuando la legítima se concibe, además de como límite, como derecho con contenido cuantitativo concreto, puede adquirir la inoficiosidad de las donaciones toda su fuerza como instrumento protector de la intangibilidad cuantitativa, esto es, el valor o cantidad que corresponde a cada legitimario²⁴⁴.

²⁴² VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. p. 86 señala que esta centralidad del hijo en el Derecho medieval puede deberse, entre otros factores, a la concepción religiosa: el hijo era el heredero natural dado por Dios al causante. En este sentido, también, BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 6.

²⁴³ Que recuerda a la redacción actual del art. 636 CC: “ninguno puede dar ni recibir, por vía de donación...”

²⁴⁴ Nótese que hablamos siempre de valor o cantidad (intangibilidad cuantitativa) y no de bienes concretos (intangibilidad cualitativa), porque, como se dirá en el capítulo 6, la inoficiosidad es un mecanismo que protege la cantidad o integridad de la cuota, pero que no se dirige – por su propia configuración y como allí se argumentará – a la obtención de bienes determinados. Dicho con otras palabras: la inoficiosidad de las donaciones y la reducción por ella producida no protegen la intangibilidad cualitativa de la legítima.

3. Vinculado a su sentido de límite, aparece ya aquí, también, el presupuesto de la acción de reducción y de la inoficiosidad como ineficacia: la lesión sufrida en la legítima por alguno de los legitimarios. Dicha lesión será consecuencia de haber dispuesto el donante de bienes situados más allá del quinto del que puede disponer. Es precisamente esta disposición excesiva la que provoca la lesión a la legítima que, a su vez, funda el ejercicio de la acción, como se señalará en el capítulo 4.
4. La reducción por inoficiosidad y la acción vinculada a ella se presentan como un instrumento protector de la intangibilidad cuantitativa, no cualitativa de la legítima. La reducción por inoficiosidad protege la cuota de legítima individual que corresponde a cada legitimario. En este sentido, ya en estos primeros estadios del Derecho castellano, la acción se configura como acción de reducción y complemento, bastando el ejercicio exitoso de la misma para obtener (i) la declaración de inoficiosidad, (ii) la reducción de la disposición excesiva y (iii) la restitución de los bienes al legitimario lesionado.
Al contrario de lo que ocurre en el Derecho italiano, no existe ni ha existido en Derecho español común una diferencia entre la acción de reducción y la acción de restitución, sino que el ejercicio de la primera llevaba, implícito, el ejercicio de la segunda.
5. La inoficiosidad como ineficacia va a afectar, además de a las disposiciones *mortis causa*, a un tipo concreto de acto *inter vivos*: la donación, lo que es tónica general desde los inicios de la acción en el Derecho romano. Con alguna salvedad (que se explicará *infra*), la inoficiosidad nunca va a afectar a actos o negocios calificados como onerosos, lo que será un criterio constante y que ayudará, como veremos en el capítulo 5, a determinar si puede solicitarse la reducción de determinados actos o negocios, situados en la frontera entre el acto oneroso y el acto gratuito.
6. En la Ley 7, Título XII del Libro III del Fuero Real, *in fine*, se declara expresamente que la inoficiosidad no afecta a toda la donación, sino únicamente al exceso de la misma. Por regla general, y salvo que toda la donación sea excesiva, estaremos ante supuestos de ineficacia parcial, que dejará constante y subsistente el título principal (la donación) en todo lo que no tenga de excesivo o lesivo para la legítima.

7. La legitimación activa para el ejercicio de esta acción se reserva a quien tiene derecho a legítima, excluyendo a todos los demás sujetos. Será este un principio constante, que ayudará a realizar una recta interpretación del primer párrafo del art. 655 CCE vigente y de su mención – confusa – al legatario de parte alícuota.

Sobre muchas de las ideas transcritas habremos de volver en los capítulos siguientes, bien porque se repitan, como constantes del régimen jurídico de la inoficiosidad, bien porque las mismas nos ayuden a iluminar algún punto oscuro.

3. La recepción del Derecho romano: Las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio

El Código de las Siete Partidas, obra cumbre del Derecho medieval castellano²⁴⁵, surge a impulsos del Rey Alfonso X, apodado el Sabio, inserto en un movimiento de revitalización y difusión del derecho común y de fortalecimiento de la monarquía²⁴⁶. Su composición es lenta, según la opinión doctrinal más extendida²⁴⁷, y abarca casi nueve años (del 1256 y 1265), lo que transmite una idea de su extensión, profundidad y complejidad. Aunque se desconoce la identidad de sus redactores, es pacífica la doctrina española al afirmar que entre los mismos debían encontrarse grandes conocedores de los Derechos civil y canónico²⁴⁸.

Sin embargo, LLORENTE/VALLEJO²⁴⁹ informan de que no tienen una buena acogida, con toda seguridad por su tendencia pro-monarquía²⁵⁰, lo que provoca una reacción contra las mismas por parte de los poderes y potentados locales, defensores de la legislación municipal. Este rechazo explica que, pese a la calidad técnica del texto, Las Partidas no adquieran fuerza obligatoria – como derecho supletorio – hasta el reinado de

²⁴⁵ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 93. “El más preciado monumento de nuestra historia legislativa”.

²⁴⁶ DE MONTAGUT ESTRAGÉS, Tomás. “Testamento inoficioso en las partidas y sus fuentes” en *AHDE*. cit. p. 241.

²⁴⁷ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 94, que señala que se compone tomando materiales del Fuero Juzgo, Fuero Real, Fuero de Cuenca, Derecho justinianeo y la fuerte influencia del Derecho canónico y de la doctrina itálica de la época.

²⁴⁸ LLORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús. *Manual de Historia del Derecho*. Valencia: Tirant lo blanch. 2012. p. 198.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 198.

²⁵⁰ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 222. Señala que el objetivo que Alfonso X se propone con su obra legislativa es “el reconocimiento del monopolio normativo del monarca y la unificación jurídica”.

Alfonso Onceno²⁵¹. Lo que no obsta para que, debido a su importante valor doctrinal, tengan un gran influjo – *de facto* – en la práctica del Derecho²⁵².

Las Siete Partidas constituyen – a decir de FERNÁNDEZ ELÍAS – la mejor expresión de la recepción romanista en el Derecho medieval de Castilla²⁵³. Según su Prólogo, responden a un triple motivo: (i) cumplir con el deseo del Rey Fernando el Santo, padre y antecesor en la Corona del Rey Alfonso X²⁵⁴; (ii) servir como instrucción y guía de gobierno para los sucesores del Rey Sabio; y (iii) mostrar, en concordancia con el tono elevado y teológico de la época, el camino de la Justicia (con mayúsculas).

En lo que al Derecho de sucesiones respecta, FERNÁNDEZ ELÍAS²⁵⁵ sostiene que el Código Alfonsino sigue – como todo el texto – el modelo romano, separándose de lo que hasta entonces había sido la tradición jurídica castellana, lo que provoca – siempre en su opinión – que muchas de sus disposiciones, incluso cuando el texto adquiere fuerza de Derecho (supletorio), caigan en desuso o no lleguen a utilizarse nunca²⁵⁶.

A este respecto, por ejemplo, Las Siete Partidas introducen un nuevo régimen testamentario, abanderado por la libertad de testar. Igualmente, modifican – en opinión de DE MONTAGUT²⁵⁷ – la concepción de la riqueza, que deja de pertenecer a la familia, para integrarse en el patrimonio individual del sujeto que la ha generado. Finalmente, no hacen ninguna mención a la mejora, institución propiamente castellana, muy arraigada en la práctica.

²⁵¹ FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. cit. p. 214. La vigencia del Código de Las Siete Partidas la resolverán – como veremos – las Cortes de Alcalá en 1348, dándole valor de derecho supletorio.

²⁵² DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 94.

²⁵³ FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. cit. p. 209.

²⁵⁴ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 223. “Alfonso X fue continuador de la política unificadora del Derecho iniciada por su padre, Fernando III, en los territorios meridionales recién conquistados”.

²⁵⁵ FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. cit. p. 209.

²⁵⁶ Repárese en la admonición hecha por GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Topográfico-Editorial. 1852. p. 286, de que “lo que no está en las costumbres no debe estar en los códigos”.

²⁵⁷ DE MONTAGUT ESTRAGÉS, Tomás. “Testamento inoficioso en las partidas y sus fuentes” en *AHDE*. cit. p. 243, que sostiene – además – que estas disposiciones responden a los esfuerzos del monarca por primar a la burguesía – incipiente, pero fuerte en ese período – sobre la nobleza, a fin de fortalecer el poder real frente a los señores locales o feudales.

En lo que se refiere a nuestro tema de estudio – el límite de la inoficiosidad –, se recoge, con carácter general, en la Ley 8 del Título 4 de la Partida V, *in fine*. Dice así la ley aludida, en el fragmento que a nosotros interesa:

“E si por ventura alguno que ouiesse fijos legitimos, quisiesse fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia finque en saluo a los fijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte. E la parte legitima es, segun dize en el titulo del establecimiento de los herederos. E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla reuocar los fijos, fasta en la quantia de la su parte legitima”.

Se articula así la reducción por inoficiosidad – como ya ocurrió en el Derecho romano – como un instrumento de protección de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, destinada a salvaguardar la totalidad de la cuota expectante a cada uno de los legitimarios, de modo que la misma no sea burlada mediante disposiciones – *inter vivos* o *mortis causa* – realizadas por el *de cuius*²⁵⁸. En efecto, el padre sólo puede disponer, entre vivos o por causa de muerte, de la parte de libre disposición (una quinta parte del caudal hereditario), debiendo quedar para los legitimarios “todos los bienes paternos, saluo el quinto”²⁵⁹.

El límite de la inoficiosidad, proyectado a los actos realizados *inter vivos*, afecta a todas las donaciones²⁶⁰, también a las de carácter remuneratorio, hechas a legitimarios o a extraños, pero no a los negocios onerosos, salvo a la venta realizada por precio módico²⁶¹.

Las Partidas, por consiguiente, configuran el régimen jurídico de la inoficiosidad de manera muy similar a como lo hace el Código civil común vigente en España. La legítima aparece ya como un límite a la libertad dispositiva, que se proyecta tanto a (todas) las disposiciones *mortis causa*, como a algunas de las realizadas *inter vivos* (las de carácter gratuito). La *ratio* de la institución sigue siendo la misma del Derecho romano: evitar que, mediante dichas disposiciones, abusando de la libertad dispositiva que se le

²⁵⁸ SANPONTS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón y FERRER Y SUBIRANA, José (ed.). *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X, con la glosa del Lic. Gregorio López. Tomo III*. Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes y C^a. 1843. p. 50.

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ Ibídem, p. 52. “Ni con donaciones remuneratorias puede el padre perjudicar a la legítima de los hijos, siendo revocables lo mismo que las restantes”.

²⁶¹ Único ejemplo existente en nuestra doctrina en el que se propone la aplicación de la inoficiosidad a un acto oneroso.

reconoce, pueda el causante vaciar de contenido patrimonial el derecho del legitimario, disponiendo de su patrimonio en favor de terceros.

En realidad, aparece aquí con toda claridad la reducción por inoficiosidad como un instrumento protector de la intangibilidad cuantitativa. De ahí que se dirija únicamente contra aquellos actos que, en principio, por tener carácter gratuito (como las disposiciones testamentarias y las donaciones) puedan suponer una salida de bienes del patrimonio del causante, sin contraprestación, que ponga en riesgo la subsistencia del patrimonio.

En esta línea, la norma comentada, como el art. 636 CCE vigente, del que es antecedente remoto, otorga a los hijos del donante, únicos legitimarios, una acción para – siguiendo la dicción del texto – *revocar* total o parcialmente la donación realizada por el causante, en lo que tenga de excesivo y de lesivo para la legítima del perjudicado. Legitimación activa que se mantiene en la actualidad, en la que sólo varía el número y categoría de los legitimarios, ampliado por el art. 807 CCE. Particularidad ésta que, como se señalará en el capítulo 4, será determinante para una recta interpretación de la referencia al legatario de parte alícuota que introduce el art. 655.I CCE.

Respecto a los efectos de la acción de reducción de donaciones, algunos autores²⁶² hablan, siguiendo el texto literal de la norma, de revocación, que puede ser – como ya se ha indicado – total o parcial, pues, en el supuesto de inoficiosidad, sólo puede ser revocada la donación por el exceso que, además, perjudique la legítima del lesionado.

Vinculado a la cuestión anterior, cabe preguntarse por la posible incidencia que el triunfo de la acción de reducción pueda tener sobre la restitución de los frutos y sobre el derecho adquirido por los terceros sobre los bienes sometidos a reducción.

Y concluyen SANPONTS, MARTI y FERRER que, habida cuenta de lo expresado en el texto, a pesar de la mención a la revocación, la inoficiosidad produce una nulidad total o parcial de la donación. Y esto porque, al verificarse la inoficiosidad (también) en vida del donante,

“[E]lla [la donación] fue nula en cuanto causaba este perjuicio [la lesión a la legítima], como lo indica esta ley cuando dice que el padre puede hacer donaciones con tal que quede salva la legítima de sus hijos, tanto en su

²⁶² SANPONTS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón y FERRER Y SUBIRANA, José (ed.). *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X, con la glosa del Lic. Gregorio López. Tomo III.* cit. p. 50.

vida como después de su muerte; de lo que se infiere *a sensu contrario*, que si no queda salva esta parte, la donación será nula en cuanto al exceso²⁶³.

La reducción por inoficiosidad tiene, por consiguiente, efectos *ex tunc*, debiendo restituirse al legitimario lesionado todos los frutos producidos desde la donación hasta el ejercicio de la acción. Del mismo modo, quedan sin efecto los derechos constituidos o transmitidos por el donatario cuya donación se reputa inoficiosa, por lo que los efectos de la acción alcanzan a los terceros causahabientes del donatario. Se trata de un tipo de ineficacia que, al contrario de la inoficiosidad actual, afecta al título y no sólo a los efectos.

Otra diferencia notable – ya apuntada y sobre la que habremos de volver en el capítulo 4 – entre el régimen jurídico actual de la inoficiosidad y el de Las Partidas, es que en estas últimas la inoficiosidad se verifica en vida del donante, por lo que también en vida de éste debe quedar a salvo la legítima de los hijos, en relación con el patrimonio que el donante tenga en el momento de realizarse la donación.

Algunas de las características generales de la reducción por inoficiosidad se mantendrán constantes en el tiempo, otras, por el contrario, se verán modificadas, especialmente en lo referente al momento en que debe verificarse existencia de inoficiosidad y, también, en lo que respecta al tipo de ineficacia que va a generar.

4. El Ordenamiento de Alcalá

El Ordenamiento de Alcalá se promulga por Alfonso Onceno en 1348²⁶⁴. Debe su nombre a las Cortes de Alcalá, donde se concluye su elaboración. Tiene por objeto acabar con el caos legislativo provocado por la proliferación de fueros, estableciendo un sistema de prelación de fuentes²⁶⁵ (a este respecto, es el Ordenamiento de Alcalá el que establece

²⁶³ *Ibidem*, p. 52.

²⁶⁴ Que continúa la política de unificación jurídica iniciada por su bisabuelo Alfonso X, según SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 225.

²⁶⁵ En el Título XXVIII. Véase, DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel (ed.). *El ordenamiento de leyes que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho*. Madrid: Librería de los Señores Viuda e Hijos de D. Antonio Callejas. 1847. p. V.

la vigencia de Las Partidas como derecho supletorio)²⁶⁶. Y se compone de leyes elaboradas en Villareal (hoy, Ciudad Real), las Cortes de Segovia y las de Alcalá de Henares²⁶⁷. No obstante su carácter recopilatorio, se acogen en este Ordenamiento principios innovadores en Derecho privado, como el principio espiritualista en el ámbito de la contratación y en el testamento²⁶⁸.

Al Derecho privado se dedican los Títulos XVI a XIX. El Derecho de sucesiones se contiene en la Ley Única del Título XIX, que, abandonando el romanismo, establece la validez del testamento sin institución de heredero. Y, también, la validez del testamento, aunque el heredero renuncie a la herencia. No hay menciones a la reducción por inoficiosidad de las donaciones, por lo que se sigue aplicando el Derecho anterior, no derogado formalmente por el Ordenamiento.

5. Las Leyes de Toro

Las Leyes de Toro se promulgan en 1505, con el objetivo, según FERNÁNDEZ ELÍAS²⁶⁹, de dirimir cuestiones y aclarar puntos oscuros de la normativa anterior. En realidad, según señala DE BUEN²⁷⁰, las leyes son adoptadas en las Cortes de Toledo de 1502, por lo que las de Toro se limitan a su proclamación.

Se trata de 83 normas que – pese a su objetivo inicial de “suplir, aclarar y armonizar el derecho anterior”²⁷¹ – tienen una gran importancia y trascendencia, sobre todo, para el Derecho privado.

Importante para el tema que nos ocupa son, dentro de este cuerpo normativo, las Leyes 26, 28 y 29. La primera de las leyes aludida dice así:

“Ley XXVI. Si el padre o la madre en testamento o en qualquier ultima voluntad, o por otro algún contrato entre vivos ficieren alguna donacion a alguno de sus hijos o descendientes, aunque no digan que lo mejoren en el tercio o en el quinto, entiendese que lo mejorarán en el tercio y quinto de

²⁶⁶ FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. cit. p. 219.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 218.

²⁶⁸ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 97.

²⁶⁹ FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. cit. p. 239.

²⁷⁰ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 99.

²⁷¹ *Ídem*.

sus bienes; y que la tal donación se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que ni a él ni a otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos que valga fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legitima de que debian haber de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en mas”²⁷².

La Ley 26 de Toro, además de permitir la mejora tácita en donaciones *inter vivos*²⁷³, alude a la inoficiosidad en supuestos de donación realizada en favor de los hijos o descendientes. Ordena esta norma que, en estos supuestos, la donación pueda valer siempre que su valor pueda ser imputado a las cuotas de mejora, legítima estricta e, incluso, libre disposición. Sin embargo, en todo lo que tenga de excesivo, habrá de ser reducida por inoficiosa. Se evita así que el padre, la madre o el abuelo, a través de donaciones, pueda desigualar a uno de los hijos legítimos hasta el punto de causar una lesión en la legítima de algún otro.

La Ley 28, por su parte, se expresa del siguiente modo:

“Ley XXVIII. La ley del fuero que permite que el tubiere hijos legitimos pueda fazer donación hasta la quinta parte de sus bienes y no mas, y la otra ley del fuero, que asimismo permite que puedan mandar teniendo hijos o descendientes legitimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda y platique, que por virtud de una ley y la otra no puedan mandar el padre ni la madre a ninguno de sus hijos ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida y en muerte”²⁷⁴.

Señala esta norma, como hacían Las Partidas o el Fuero Real, al quinto como porción o parte del caudal de la que puede disponer el causante con hijos legítimos, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Y, finalmente, la Ley 29 de Toro, la más importante para el tema que nos ocupa, por hacer mención expresa al límite de la inoficiosidad, dice así:

²⁷² Redacción tomada de NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. Madrid: Imprenta y Librería de Don Manuel Martín. 1777. p. 108.

²⁷³ Algo que, en principio, proscribía en la actualidad el art. 825 CCE.

²⁷⁴ NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. cit. p. 109.

“Ley XXIX. Quando algun hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos a traer a colacion y particion la dote y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que oviere recebido de aquel cuyos bienes vienen a heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote o donaciones fueren inoffficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca a las dotes; puesto que sea durante el matrimonio, a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inoffficiosas, para que lo partan entre si, y para se decir la tal donacion inoffficiosa, se mire a lo que excede de su legitima, y tercio y quinto de mejoría: en caso que el que la dio podia hacer la dicha mejoría quando hizo la dicha donacion, o dio la dicha dote, aviendo consideracion al valor de los bienes del que dio o prometió la dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida o mandada, o al tiempo de la muerte del que dio la dicha dote, o la prometió, demás quisiere escoger aquel a quien fue la dicha dote prometida o mandada: pero las otras donaciones que se dieren a los hijos, mandamos que para se decir inoffficiosas, se aya consideracion a lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte”²⁷⁵.

Se trata de una norma extensa y compleja, que hace referencia a la colación (primera parte) y a la reducción por inoficiosidad (segunda). El supuesto de hecho contenido en la misma es el del hijo o hija que concurre con otros descendientes en la herencia del ascendiente común. La consecuencia jurídica es – al igual que la establecida por los arts. 1034 y 1035 CCE – que el hijo o hija habrá de colacionar la dote, donación *propter nuptias* o cualquier otra donación que haya recibido del causante, salvo que renuncie a la herencia, en cuyo caso decaerá la obligación de colacionar.

Ahora bien, incluso en el supuesto de renuncia, la Ley 29 establece que la dote y las restantes donaciones quedan sujetas al límite de la inoficiosidad. Así, en todo lo que la dote o donación exceda del tercio y quinto de mejora y de la legítima correspondiente al donatario, habrá de ser reducida, debiendo volver el exceso a los restantes herederos (puede entenderse, legitimarios).

²⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 109-110.

La inoficiosidad se articula en las leyes de Toro conforme a las reglas generales ya vistas: como límite a la facultad dispositiva *inter vivos* del causante, que va a afectar a determinados actos de carácter gratuito: la dote y la donación, en todas sus variedades.

La acción de reducción aparece como una especie de acción revocatoria²⁷⁶ (revocar era, en efecto, el verbo usado en Las Partidas para referirse a la reducción), que se ofrece a los descendientes con derecho a legítima lesionados, a fin de que puedan dejar sin efecto, total o parcialmente, la donación realizada por el causante, en lo que tenga de excesivo.

Este exceso se calculará con referencia a momentos distintos, en función de si lo que se reduce por inoficioso es la dote o cualquier otra donación. Así, para calificar de excesiva a la dote, se puede atender bien al momento en que la misma se hizo o prometió (en vida del donante), bien al momento de la apertura de la sucesión, eligiendo entre ambos el marido de la mujer dotada “según le convenga”²⁷⁷. Para la valoración del exceso en las restantes donaciones, habrá de estarse al momento de la apertura de la sucesión, coincidente con la muerte del causante.

Legitimados para solicitar la reducción van a estar, siguiendo la tradición precedente, los hijos.

Separándose del criterio de Las Partidas, la Ley 29 de Toro, al menos con carácter general – como ya se ha visto –, fija ya el momento de la muerte del causante como aquel en que ha de quedar fijada la inoficiosidad²⁷⁸.

Comentando esta norma, VALLET DE GOYTISOLO²⁷⁹ señala que en la misma puede verse cómo los jurisconsultos castellanos han sido influenciados por la tradición romana, toda vez que no declaran o consideran nulo *ab initio* el exceso inoficioso, sino meramente revocable a instancia de los legitimarios lesionados en su legítima. Criterio éste que pasará a la regulación posterior y llegará hasta el Código español común vigente, cuyos arts. 654 y 651 señalan (i) que “la donación es válida en vida del donante” y (ii) que el donatario no deberá los frutos de la cosa sino desde la interposición de la demanda.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 121.

²⁷⁷ *Ídem*.

²⁷⁸ VALLET. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 145.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 147.

6. La inoficiosidad en la etapa codificadora

La codificación civil española tiene rasgos singulares, derivados de la existencia de diferentes tradiciones jurídicas civiles²⁸⁰, que hicieron especialmente dificultosa la elaboración de un Código civil²⁸¹.

La primera fase de la etapa codificadora en España puede situarse en el art. 258 de la Constitución Española de 1812, que recoge la aspiración de que “toda la Monarquía” se rija por un Código civil único, sin perjuicio de “las variaciones que por particulares circunstancias” puedan hacer las Cortes. Es, en efecto, sobre el mandato del texto gaditano que se elabora, al inicio del llamado Trienio liberal (1820-1823 d.C.), el Proyecto de Código civil de 1821, primer exponente concreto del impulso codificador en España.

A este proyecto le sigue el de 1836 y, después, el elaborado en 1851, sobre el que nos detendremos *infra*. Debido, en gran medida, a la tendencia uniformadora de este texto y a la llamada reacción foralista, se detiene durante algún tiempo el afán codificador²⁸², que es retomado a finales del s. XIX con el Anteproyecto de 1888, la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 y, finalmente, el Código civil vigente, promulgado el 24 de julio de 1889.

Pese a que un exhaustivo recorrido histórico exigiría detenerse en el Código civil de 1821 y en el Proyecto de 1836, sin embargo, por razones de brevedad, centraremos esta introducción histórica sobre los dos antecedentes inmediatos y – también – más importantes del Código actual: el Proyecto Isabelino de 1851 y el Anteproyecto de 1888²⁸³.

6.1. El Proyecto de Código civil de 1851

DE BUEN²⁸⁴ narra los pormenores de la elaboración de este proyecto. Según el citado autor, el mismo está vinculado a la creación – el 19 de agosto de 1843 – de la

²⁸⁰ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. 157.

²⁸¹ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 353.

²⁸² ACEDO PENCO, Ángel. *Introducción al Derecho privado*. Madrid: Dykinson. 2013. p. 34.

²⁸³ Dos hitos que señala – como referentes fundamentales – entre otros, SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. cit. p. 353.

²⁸⁴ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. pp. 160-161.

primera comisión general de codificación, que inicia y concluye los trabajos sobre los libros primero, segundo y parte del tercero.

Suprimida esta primera comisión en 1846, se nombra otra nueva (el 11 de septiembre de ese mismo año), que es la encargada de elaborar y presentar al Gobierno – el 8 de mayo de 1851 – el Proyecto acabado.

La importancia de este texto se debe, entre otras razones, a que la Base 1º de la Ley de Bases de 11 de mayo 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publica un Código civil con arreglos a las condiciones y bases que se establecen en esta ley (en adelante, LBCC), texto que marca las líneas maestras sobre las que habrá de redactarse el Código civil español común vigente, lo señala como modelo a seguir, lo cual de hecho ocurre, siendo buena parte de los debates relativos al vigente Código civil español discusiones en torno a las soluciones que proyectó la comisión de 1851.

Su plan es ambicioso y recoge la tradición castellana, aunque con amplia influencia del Código francés. Sin embargo, es un texto que se pretende y quiere único para toda la Nación Española y dicha tendencia uniformadora exacerba los ánimos forales²⁸⁵, que rechazan de plano el nuevo proyecto, que nunca llega a ser ley.

El Proyecto Isabelino recoge la inoficiosidad en los arts. 954, 971, 972, 647, 649 y 650. El que inicia esta serie de preceptos citados, el art. 954, cuya dicción es – con alguna salvedad – idéntica a la del art. 636 del Código vigente, establece:

“Ninguno puede dar ni recibir por vía de donación más que lo que puede dar o recibir por testamento. Las donaciones serán inoficiosas en todo lo que escedieren de esta medida”.

GARCÍA GOYENA²⁸⁶ señala que esta norma se basa en el art. 836 del Código Napolitano y en el art. 1155 del Código sardo, entre otros. Recoge, también, algunas de las características constantes de la tradición jurídica castellana: la dicción negativa o prohibitiva, que pasará al Código vigente; la configuración de la inoficiosidad como límite, que se aúna a la comprensión en sí misma de la legítima como, ante todo, límite a la facultad de disponer; vinculado con lo anterior, la inoficiosidad como categoría de

²⁸⁵ El Código fue percibido por sus contemporáneos como uniformista, castellanista y excesivamente afrancesado. Así lo señala REPÁRAZ PADRÓS, María. “La crítica contemporánea al Proyecto de Código civil de 1851” en *Anuario de Derecho Civil. Vol. 50. N° 3.* 1997. p. 1017, que recoge todas las críticas que, desde diferentes sectores, recibió el Proyecto de Código civil.

²⁸⁶ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II.* cit. p. 300.

ineficacia que no tiene por qué afectar a todo el negocio jurídico, sino únicamente al exceso, pues será el exceso el que haya conculcado el límite que la legítima representa.

El mismo autor aclara que se llaman inoficiosas estas donaciones por haber sido hechas “contra el oficio, piedad o afecto de los vínculos de sangre” y, por consiguiente, en perjuicio de la legítima²⁸⁷. Se evidencia el vínculo que existe entre la legítima como límite y la inoficiosidad como categoría de ineficacia, sobre el que volveremos en el capítulo 2.

El art. 971 PCC 1851, por su parte – antecedente del actual art. 654 CCE – continúa el régimen de la inoficiosidad con las siguientes disposiciones:

“Las donaciones que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 954 tengan el carácter de inoficiosas, computado el valor liquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán, ser reducidas en cuanto tengan de escesivas; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donador y haga Suyos los frutos el donatario.

Para la reducción de las donaciones, se estará á lo dispuesto en los artículos 648, 649 y en el capítulo 2 del titulo anterior”.

Se subraya el principio, constante en los antecedentes históricos castellanos, de que quien tiene legitimarios sólo puede disponer por acto lucrativo entre vivos de la parte de libre disposición²⁸⁸. Si se excede dicho límite, habrá de procederse a la reducción de la disposición. La reducción por inoficiosidad se consolida, así, como instrumento protector de la intangibilidad cuantitativa de la legítima²⁸⁹, característica ésta sobre la que habremos de volver en el capítulo 6 para defender que la misma no puede ser usada para proteger la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, que tiene sus propios mecanismos de protección, ninguno de ellos vinculados a la inoficiosidad.

Se afianza la idea – contraria a Las Partidas – de que la inoficiosidad de la donación sólo puede ser verificada tras la apertura de la sucesión, nunca en vida del causante. En efecto, en atención a lo dispuesto en el artículo citado, la donación es válida desde el

²⁸⁷ Ídem.

²⁸⁸ Aunque no se hace mención expresa de la misma, identificándola – con técnica legislativa que copia el art. 636 CCE – con lo que se puede dar o recibir por testamento.

²⁸⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II.* cit. p. 315.

momento en que se otorga, adquiriendo el donatario la condición de propietario del bien, lo que explica y justifica que haga suyos los frutos²⁹⁰.

Respecto a los efectos de la inoficiosidad, GARCÍA GOYENA²⁹¹ señala que, a la apertura de la sucesión, los bienes hereditarios serán deferidos a los sucesores del causante, incluyéndose entre los mismos el exceso inoficioso, de ahí que el donatario deje de hacer suyos los frutos desde ese momento.

El art. 972 del Proyecto es el antecedente mediato del art. 656 CCE y establece la misma regla, es decir, que, en caso de existir diferentes donaciones, la reducción de las mismas ha de comenzar por la más reciente.

El régimen de la inoficiosidad se cierra con el art. 647 del Proyecto – antecedente del art. 817 CCE – que establece la reducción de las disposiciones testamentarias excesivas. GARCÍA GOYENA²⁹², comentando este artículo, sostiene una idea sobre la que ya hemos insistido: que la inoficiosidad es una consecuencia forzosa de la existencia de la legítima. Desde el momento en que se reconoce a ciertos parientes el derecho a una cuota de los bienes del causante, han de articularse y desplegarse instrumentos protectores de dicha cuota, siendo el más relevante el de la reducción por inoficiosidad.

El art. 649 PCC 1851 – como el art. 820 CCE – establece la subsidiariedad de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, que sólo podrá ser ejercitada cuando se haya intentado (sin éxito) la reducción de las mandas y disposiciones testamentarias (siempre que existan).

6.2. El Anteproyecto de Código civil de 1888

El Proyecto de 1851, como ya se ha insinuado, provoca la conocida como reacción foralista, a instancia de los defensores de los diferentes Derechos territoriales de España distintos del castellano. Estos autores abogan por la conservación de la pluralidad jurídica española en el ámbito del Derecho privado²⁹³.

²⁹⁰ Ídem.

²⁹¹ Ídem.

²⁹² *Ibidem*, p. 97.

²⁹³ Los defensores del foralismo le merecen a DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. cit. p. XX, el siguiente juicio: “Mientras adoptaban etiqueta de hombres revolucionarios y progresivos todos aquellos que, con su posición de intransigente defensa en favor de la plena conservación de los viejos sistemas forales, venían a mantener a todo trance la absoluta vigencia de cuantas raíces feudales, imperialistas y eclesiásticas animaban el viejo derecho”.

El movimiento foralista trae consigo un *impasse* de la codificación desde 1851 hasta el Decreto Bullagal de 2 de febrero de 1880, que supone el reinicio de los trabajos codificadores²⁹⁴. Se abre así un período de trabajos saltuarios que, a lo largo de ocho años, elabora el proyecto que servirá de base a la redacción del vigente Código civil español común.

Para soslayar o superar la oposición foralista, la nueva Comisión nombrada cuenta entre sus miembros con representantes de los diferentes territorios forales. A cada uno de ellos se encomienda la tarea de elaborar una memoria jurídica, en la que se recojan las instituciones más relevantes e importantes de cada uno de dichos Derechos²⁹⁵.

ALONSO MARTÍNEZ²⁹⁶, a este respecto, sostiene que existían tres vías para resolver la cuestión foralista: (i) Mantener una situación, en su opinión, de caos legislativo y completa autonomía de los Derechos regionales; (ii) unificar todo el Derecho civil español en un solo Código de vigencia general para todo el Reino (la vía por la que optó el Proyecto de 1851); y (iii) buscar la cercanía de todos los Derechos civiles, en un Código nuevo unificado, aun manteniendo la especificidad de cada Derecho regional.

La Comisión General de Codificación opta por esta tercera vía, que debe desarrollarse del siguiente modo: (i) recoger en el Código civil determinadas instituciones de los regímenes forales, a fin de ir creando un verdadero Derecho común; (ii) recopilar y sistematizar, en forma de apéndices al Código civil común, las diferentes instituciones de los regímenes forales; (iii) establecer la supletoriedad de primer grado del Código civil común en todos los territorios forales²⁹⁷.

Gracias a este espíritu de respeto y transacción hacia los Derechos territoriales – cuya subsistencia garantiza la Base 5º LBCC de 1888 y el art. 13 CCE – se logra el consenso suficiente como para avanzar, primero, y promulgar, después, un Código civil con leve carácter unitario.

²⁹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “El Anteproyecto de del Código civil en 30 de abril de 1888” en *Anuario de Derecho civil. Vol. 13. Nº 4.* 1960. p. 1172.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 1175.

²⁹⁶ ALONSO MARTÍNEZ, Manuel. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales.* Madrid: Plus-Ultra. 1947. p. 30.

²⁹⁷ Somos conscientes de la simplicidad del relato contenido en el texto, que omite los miles de matices que se dieron en la Comisión General de Codificación, sin embargo, por las características de este estudio y, sobre todo, de esta introducción histórica, nos parece más adecuado atenernos al núcleo del relato, aun cuando se pierdan detalles importantes.

El Proyecto de 1888 consta de cuatro libros, elaborados entre 1882 (Libros I y II) y 1888 (Libros III y IV). Su contenido y distribución es prácticamente idéntico al del Código civil vigente²⁹⁸. El texto bebe de diferentes fuentes: el Proyecto de 1851, los diferentes Derechos territoriales de España, Las Partidas, la Ley Hipotecaria de 1869 (entre las fuentes nacionales); y el Código civil italiano de 1865, el de Portugal de 1863 o el francés de 1804 (entre las principales fuentes internacionales)²⁹⁹.

El Anteproyecto recoge y consagra el límite de la inoficiosidad de las donaciones en el art. 635, antecedente inmediato del 636 CCE, que es, a su vez, un calco del art. 954 PCC de 1851, lo que permite afirmar la continuidad de las tres normas y de los principios enunciados en ellas.

En el art. 635 del Anteproyecto se enuncia el límite de la inoficiosidad en las donaciones, también con dicción negativa o prohibitiva, limitando la libertad dispositiva *inter vivos* por título gratuito a la parte de libre disposición (de lo que se puede disponer por testamento). Se vuelven a relacionar, por consiguiente, legítima, inoficiosidad y disposiciones a título gratuito, ya sean entre vivos o por causa de muerte, como únicos negocios que pueden ser afectados por el tipo de ineficacia que funda la inoficiosidad.

El art. 653 del Anteproyecto, siguiente en el régimen jurídico de la inoficiosidad, contiene las mismas disposiciones que el art. 654 actual y es, al mismo tiempo, una copia del art. 971 PCC de 1851.

Representa novedad en este régimen el art. 654 del Anteproyecto – antecedente del art. 655 CCE -, que no tiene paralelo en el Proyecto de 1851 y que va a ordenar el régimen jurídico de la acción en lo referente a la legitimación activa. Se inspira en el art. 1092 del Código civil italiano de 1865³⁰⁰ y es a esta norma a la que se debe la mención – sobre la que volveremos en el capítulo 4 – al legatario de parte alícuota como uno de los legitimados activamente para el ejercicio de la acción.

El art. 655 del Anteproyecto contiene la misma disposición que el art. 656 CCE actual y continúa lo prescrito por el Proyecto de 1851.

²⁹⁸ El contenido completo de este proyecto se encuentra en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. Madrid: Consejo General del Notariado. 2006. pp. 89 y ss.

²⁹⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “El Anteproyecto de del Código civil en 30 de abril de 1888” en *ADC*. cit. pp. 1183 y 1184.

³⁰⁰ Así lo señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. cit. p. 203.

En general, como puede verse, hay una gran continuidad de régimen jurídico entre el Proyecto de 1851, el Anteproyecto de 1888 y el Código civil vigente. El Anteproyecto introduce el art. 654 (actual art. 655 CCE), sobre legitimación activa, que no aparece en el Proyecto Isabelino, tal vez por no considerarse necesario (pues, tradicionalmente, siempre se había otorgado esta acción a los legitimarios del causante). Sin embargo, al hacer esto, el Anteproyecto comete un error, al mencionar al legatario de parte alícuota, que pasó al Código civil vigente y que ha llevado a una fuerte controversia doctrinal, que abordaremos en el capítulo 4 y que llega hasta hoy.

El valor de este Proyecto radica en que “proporciona datos valiosos para la interpretación del texto vigente”³⁰¹, por lo que es de subrayar su valor interpretativo, sobre todo a la hora de solventar antinomias jurídicas³⁰², toda vez que puede ayudar a conocer la intención de los redactores o las fuentes que inspiraron la redacción de determinadas normas.

V. NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA CODIFICACIÓN ITALIANA

La idea codificadora no es extraña a la cultura jurídica italiana³⁰³, que, como indica GHISALBERTI³⁰⁴, la acepta tempranamente, rechazando otras opciones doctrinales, como la de la escuela de Savigny, contrarias a la idea de Código.

La doctrina italiana se abre, por consiguiente, a la idea de un Código civil y a la concepción, en general, del Derecho privado que nace con la Revolución francesa, el Imperio napoleónico y la obra codificadora. Obra esta que será especialmente apreciada, por el momento y contexto histórico en que es recibida (de fuerte fragmentación política y jurídica y en el que, sin embargo, ya empiezan a verse movimientos en favor de la unificación), por ciertos elementos de la política y la doctrina de la península italiana, que

³⁰¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “El Anteproyecto de del Código civil en 30 de abril de 1888” en *ADC*. cit. p. 1188.

³⁰² Como la existente, dentro del régimen jurídico de la donación, entre los arts. 623 y 629, sobre la que el Anteproyecto de 1888 arroja una importante luz, como se verá en el capítulo 4.

³⁰³ ALPA, Guido. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*. cit. p. 90, que pone como ejemplo, aunque no sean cuerpos normativos de Derecho privado, las Constituciones de los Saboya (1722-1723).

³⁰⁴ GHISALBERTI, Carlo. *La codificazione del Diritto in Italia. 1865/1942*. Bari: Editori Laterza. 1985. p. 6.

verán en la misma una oportunidad para postular la unidad nacional y, con ella, la del Derecho privado.

En efecto, la codificación supondrá para la mayoría de los países que la adopten un importante impulso unificador. A este respecto, puede decirse que, al contrario de lo ocurrido en España – donde ya hemos visto que no consigue superarse la fragmentación jurídica –, el principio codificador será un potente instrumento para la unificación cultural y jurídica de Italia³⁰⁵.

Como los países de su entorno, Italia tomará el *Code* como arquetipo y modelo de sus propios códigos normativos, tanto de los llamados “preunitarios”, como del Código civil de 1865³⁰⁶. Esto supone, por su parte, la recepción, en la cultura italiana, de los principios básicos de la Revolución y de la cultura jurídica francesa.

Señala GALGANO³⁰⁷, a este respecto, que la idea del Código como fuente y compendio de un Derecho único y válido para todos los ciudadanos descansa, en última instancia, sobre el principio de igualdad, que se derrama sobre el continente europeo y que enfrenta y hace retroceder el pluralismo jurídico existente hasta ese momento, que había favorecido la estratificación de la sociedad.

El Derecho de sucesiones que surge o se contiene en la codificación, por consiguiente, va a quedar impregnado de los valores e ideales de la Revolución Francesa. En este sentido, señala PANZA³⁰⁸, las fuertes limitaciones a la libertad dispositiva introducidas en las reglas sucesorias han de interpretarse – también – desde el intento de debilitar a la nobleza. Es esta idea la que subyace, según el autor citado, a la nueva concepción de la legítima: la fragmentación del patrimonio nobiliario y la búsqueda de la igualdad patrimonial entre todos los hijos del causante.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 5: “Nell’unità tra diritto statale e legge nazionale, acquista con la codificazione, si modellava anche l’idea di quella unificazione giuridica italiana da realizzarsi seguendo le linee di svolgimento dell’ordinamento francese”.

³⁰⁶ PANZA, Giuseppe y PANZA, Fabrizio. *Successioni in generale tra Codice civile e Costituzione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2004. p. 4.

³⁰⁷ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 41.

³⁰⁸ PANZA, Giuseppe y PANZA, Fabrizio. *Successioni in generale tra Codice civile e Costituzione*. cit. p. 4.

1. El Código civil de 1865

El Código civil de 1865 supone el primer gran hito de la unificación jurídico-privada del Reino de Italia, que consigue, mediante la promulgación de esta norma, acabar con la fragmentación jurídica que había sobrevivido, algunos años, a la unificación política. Con su entrada en vigor, pierden fuerza normativa los cuerpos jurídico-civiles que habían visto la luz – en los diferentes territorios en los que se dividía la península italiana – durante el s. XIX: el Código civil austríaco de 1811 (vigente en Lombardía desde 1816), el del *Regno delle Due Sicilie* (1819), el de *Parma* (1820), el del *Regno di Sardegna* (1837) o el de *Modena* (1851)³⁰⁹.

El Código civil de 1865, así, desde una perspectiva general, contribuye, tras la unificación del Reino de Italia, a crear una fuerte identidad nacional italiana, que habrá de servir, en opinión de GHISALBERTI³¹⁰, para aglutinar a poblaciones con diversas historias y tradiciones.

Frente a esta situación precedente de pluralismo político y jurídico, se alza la idea de la unificación legislativa, aunque, señala el autor citado³¹¹, no fue fácil introducir una codificación unitaria debido a las resistencias localistas y regionalistas³¹². Para ello, se rechaza la idea tanto de extender a todo el territorio el Código piemontés, como la de declarar vigente el *Code* francés.

El proceso de redacción del Código civil italiano de 1865 comienza con el primer proyecto Cassinis, que es presentado al parlamento el 19 de junio de 1860. El mismo supone una revisión del Código Albertino y, aunque acusa una fuerte influencia del *Code* napoleón, es, en opinión de GHISALBERTI³¹³, original en algunos de sus planteamientos.

Tras la proclamación del Reino de Italia, Miglietti, sucesor de Cassinis al frente del *Ministero della Giustizia*, presenta un nuevo proyecto, fuertemente influenciado por la experiencia de la codificación francesa, en el que se abandona ya definitivamente la idea de reformar del Código Albertino y se apuesta por un texto completamente nuevo.

³⁰⁹ Las características generales de estos Códigos preunitarios pueden verse en GHISALBERTI, Carlo. *La codificazione del Diritto in Italia. 1865/1942*. cit. pp. 33-35.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 12.

³¹¹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

³¹² Estas resistencias localistas recuerdan, salvando las distancias, a las que encontró, más o menos en el mismo período, el Proyecto de Código civil español de 1851.

³¹³ GHISALBERTI, Carlo. *La codificazione del Diritto in Italia. 1865/1942*. cit. pp. 39 y 40.

A este proyecto le seguirá el llamado Pisanelli, que se separa de los dos anteriores sobre la base de que debe tomarse distancia tanto del Código francés, como de los Códigos “preunitarios”, pues, en el primer caso, se estaría optando por extrapolar soluciones extranjeras y, en el segundo, por imponer a todo el Reino el texto normativo de una sola región³¹⁴. No obstante esta noble intención, es innegable la influencia del *Code* de 1804³¹⁵.

Finalmente, tras este periplo legislativo, la *legge sull'unificazione legislativa del Regno d'Italia* se promulga el 2 de abril de 1865.

La importancia de este Código – además de su valor histórico – radica, en opinión de VISMARA³¹⁶, en que toda la doctrina posterior (incluida aquella que da a luz el Código de 1942) madura y se forma bajo la influencia del mismo.

Importante, por consiguiente, será señalar, aunque sea someramente, las dos notas características de este cuerpo normativo:

En primer lugar, la concepción liberal. En efecto, como indica GHISALBERTI³¹⁷, el Código de 1865 se convirtió en un instrumento de transmisión de la ideología de la clase dirigente: el liberalismo moderado, que va a poner el acento en la persona, individualmente considerada, y en sus relaciones familiares y patrimoniales.

En segundo lugar, la impronta positivista³¹⁸, que conduce a concebir al Estado como única fuente de producción del Derecho y a la Ley como única – o principal – fuente de conocimiento. Esto lleva, también, a excluir del concepto del Derecho aquellas manifestaciones consideradas extrajurídicas: espirituales, morales... Tendencia positivista esta que tiene una fuerte influencia sobre la doctrina posterior (con importantes voces en contra).

En lo que respecta al objeto de este estudio, en cuanto al Derecho de sucesiones, el Código civil de 1865 da especial importancia a las normas que regulan la sucesión intestada, dotándolas de mayor amplitud y claridad. Se limita la discrecionalidad del testador y se derogan – definitivamente – las normas que permitían concentrar los bienes

³¹⁴ *Ibidem*, p. 47.

³¹⁵ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. cit. p. 8. PATTI, Salvatore. *Codificazioni ed evoluzione del Diritto privato*. Bari: Editori Laterza. 1999. p. 3.

³¹⁶ VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. p. 64.

³¹⁷ GHISALBERTI, Carlo. *La codificazione del Diritto in Italia. 1865/1942*. cit. p. 37.

³¹⁸ FERRANTE, Riccardo. *Codificazione e cultura giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2008. p. 279.

hereditarios sobre un solo beneficiario, excluyendo a los demás de la participación en el caudal relicto³¹⁹.

En esta perspectiva, el Código civil italiano de 1865 contempla la legítima en el art. 808, que la define como *quota di eredità*. A través de ella se refuerzan los vínculos de naturaleza familiar y se protege el interés de la familia, limitando la facultad dispositiva *mortis causa e inter vivos* del causante. Del mismo modo, se reconocen derechos sucesorios al cónyuge supérstite y a los hijos naturales y se suprime la desheredación, aun con justa causa, que había sido, en la opinión de GHISALBERTI³²⁰, *fonte antica di disuguaglianze*.

Desde el punto de vista doctrinal, pese a la definición de la legítima como *pars hereditatis*, AZZARITI³²¹ señala que la entera regulación de la institución de la legítima se hacía conforme a las notas esenciales del Derecho romano.

El Código de 1865 tiene una concepción de la herencia eminentemente patrimonial (sin perjuicio de que, como señala VISMARA³²², se admitan en el testamento disposiciones sin un contenido patrimonial concreto, como el reconocimiento de hijos). Esto está en clara conexión con la centralidad que la propiedad (entendida, en última instancia, como propiedad de la tierra) tiene en todo este Código. Centralidad que también encontramos en el Código civil español de 1889 y, según señala RESCIGNO³²³, en todos los basados en el *Code*³²⁴.

En este sentido, se considera la sucesión como un modo de adquisición de la propiedad (art. 720), como ocurre en la actualidad con el Código civil español vigente (art. 609 CCE).

Respecto a la regulación de la donación, la misma viene también limitada, en lo que respecta a la libertad dispositiva del donante, en atención a las relaciones e intereses familiares. Así, se somete a fuertes requisitos formales, se circunscribe su objeto a los

³¹⁹ GHISALBERTI, Carlo. *La codificazione del Diritto in Italia. 1865/1942*. cit. p. 103.

³²⁰ Ídem.

³²¹ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 205.

³²² VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. p. 62.

³²³ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. cit. p. 8.

³²⁴ Esta tesis es discutida por GHISALBERTI, Carlo. *La codificazione del Diritto in Italia. 1865/1942*. cit. p. 91, para quien son “inesatte e parziali le valutazioni del codice del 1865 che hanno affermato il ruolo assolutamente prioritario svolto dalla proprietà”.

bienes presente y se limita su cuantía, que en ningún caso podrá vulnerar los derechos de los legitimarios³²⁵.

Las notas que encontramos en el Código civil de 1865 tienen un importante valor interpretativo, no sólo para la doctrina italiana, sino también para la española, toda vez que este Código fue utilizado por los redactores del Código español vigente. Esto hace que muchas de las intuiciones – y, también, de los errores – del codificador italiano fuesen asumidas por el español. Del mismo modo, el Código civil italiano de 1942 puede servir, como decíamos en la Introducción de estas páginas, como guía para una reforma somera, pausada y meditada – pero necesaria – del Código civil español.

2. El Código civil de 1942

El Código civil de 1865 tiene una larga vigencia, que entra verdaderamente en crisis con el inicio de la I Guerra Mundial (a la que Italia se suma en 1915) y la adopción de la legislación de excepción, que, si bien se promulga con carácter limitado, acaba incidiendo de forma irreversible en la sociedad italiana³²⁶.

En efecto, el conflicto mundial supone una profunda transformación no sólo de la sociedad, sino también del Estado y de sus Instituciones, que cobran gran fuerza y hacen periclitarse el principio de autonomía privada y de libertad individual.

Con la llegada del Mussolini al poder³²⁷, se produce una progresiva y paulatina *fascistizzazione* del ordenamiento jurídico privado³²⁸. Un ejemplo es la *legge 30 dicembre 1923 n. 2814*, que faculta al Gobierno para modificar el Código civil.

³²⁵ *Ibidem*, p. 200.

³²⁶ RONDINONE, Nicola. *Storia inédita della codificazione civile*. Milano: Giuffrè Editore. 2003. pp. 17 y 18 sostiene que los primeros estudios para la reforma del Código de 1865 han de retrotraerse a junio de 1918, momento en que inicia su trabajo la *Commissione per il dopo guerra*, constituida por d. lgs. 16 settembre 1915, n. 1519 y dividida en dos *sottocommissioni*, una de ellas – la de cuestiones jurídicas, administrativas y sociales – presidida por el insigne jurista Vittorio SCIALOJA.

PATTI, Salvatore. *Codificazioni ed evoluzione del Diritto privato*. cit. pp. 5 y ss. señala que el objetivo de esta comisión no era otro que el de realizar pequeñas reformas al Código de 1865, por lo que nunca tuvo la intención de iniciar una nueva codificación del Derecho privado.

³²⁷ Es nombrado Primer Ministro en 1922 y asume poderes dictatoriales en 1926.

³²⁸ ALPA, Guido. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*. cit. p. 431. En el mismo sentido, RONDINONE, Nicola. *Storia inédita della codificazione civile*. cit. p. 116: “non si poteva concedere che la disciplina dei rapporti giuridici tra privati fosse improntata alle stesse idee individualistiche che avevano ispirato le codificazioni ottocentesche”.

El nuevo orden político alumbró un nuevo orden jurídico, que culmina con la entrada en vigor, el 21 de abril de 1942, de un nuevo Código civil, en los últimos años de la dictadura fascista y en pleno desarrollo de la II Guerra Mundial³²⁹.

Este nuevo Código responde, además de a las intenciones del régimen fascista, a dos tipos de razones³³⁰:

1. Intrínsecas. Los juristas teóricos quieren un nuevo Código civil, que remedie los errores atisbados en el primero y que recoja y esté a la altura de las nuevas conquistas de la ciencia jurídica.
2. Extrínsecas. El modelo económico liberal había tocado techo en los denominados “felices años 20” y, posteriormente, había entrado en crisis. Este descontento hacia el modelo capitalista favorece la acogida del discurso fascista, que promueve la intervención del Estado en la economía.

Acorde con la mentalidad corporativista del fascismo, el nuevo Código civil pasa a unificar la materia del Derecho privado, recogiendo en un solo *corpus* normativo la materia civil y mercantil³³¹. Al mismo tiempo, se articula un sistema acorde con la tendencia del fascismo a controlar la economía y la autonomía de los particulares.

En lo que a los aspectos patrimoniales se refieren, el Código de 1942 abandona la perspectiva del Código civil de 1865: el centro del mismo no estará constituido por la idea de propiedad, sino por la de empresa³³². Esta novedad, sin embargo, como indicaremos, no llega a permear el régimen sucesorio, que sigue centrado en la antigua idea de propiedad, aunque sí que le añade algunos elementos que se insertan en el régimen jurídico clásico de las sucesiones.

El Código civil de 1942 está dividido en seis libros: persona y familia, sucesiones, propiedad, obligaciones, del trabajo y de la tutela de los derechos. El orden de las materias es muy original y rompe con el esquema clásico de las Instituciones de Gayo (que aún mantienen otros Códigos como, por ejemplo, el español), para seguir un nuevo itinerario:

³²⁹ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. cit. p. 3, sostiene que la elección de la fecha no es casual, sino que se enmarca en la mitología propia del fascismo. Se quería, en cierta medida, “istituire un nesso di storica continuità dalle dodici tavole al fascismo”.

³³⁰ En este sentido, ALPA, Guido. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*. cit. pp. 428 y ss.

³³¹ PATTI, Salvatore. *Codificazioni ed evoluzione del Diritto privato*. cit. p. 6.

³³² RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. cit. p. 31.

“La persona intesa come individuo e gli enti (cioè i soggetti di diritto); la persona nella famiglia; dai rapporti familiari, intesi in senso patrimoniale, si passa al trasferimento dei rapporti e dei beni per causa di morte (sucessioni); seguono i beni; le obbligazioni; l’impresa, il lavoro e le società; finalmente gli istituti residuali”³³³.

En lo que a los aspectos sucesorios respecta, el Código refleja la relación existente entre sucesión *mortis causa*, propiedad y familia³³⁴: la sucesión presupone que hay bienes que pueden ser apropiados por los particulares, del mismo modo – a través de la sucesión intestada y de la sucesión necesaria – se visibilizan los vínculos que hay con la institución de la familia³³⁵.

En realidad, el Código de 1942 apenas modifica el sistema sucesorio contenido en el de 1865. Si bien introduce determinados cambios que son, para GHISALBERTI³³⁶, muy significativos: así, en línea de principio, otorga autonomía sistemática a la materia sucesoria, acercándola a la regulación de la persona y de la familia y distanciándola de los modos de adquirir. En materia de legítimas, establece una posición más ventajosa para los hijos naturales, amplía las cuotas de legítima y mejora el régimen de la acción de reducción³³⁷.

En materia de donaciones, el Código de 1942 supera la visión histórica de la donación como acto y la configura como contrato, no obstante, mantiene la tradicional cercanía entre esta y el ordenamiento sucesorio, ubicándola sistemáticamente en el libro II.

Desde su promulgación, la reforma más importante sufrida por el Código civil es aquella que se produce tras la caída del régimen fascista³³⁸. En efecto, desaparecido el régimen político que lo alumbró, se abre en la doctrina un fuerte debate sobre la continuidad del Código. Sin embargo, este es defendido por una buena parte de la civilística italiana, que alega que, aun habiendo sido promulgado por el fascismo, la base

³³³ ALPA, Guido. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*. cit. p. 471.

³³⁴ DOSSETTI, Maria. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 17.

³³⁵ RONDINONE, Nicola. *Storia inedita della codificazione civile*. cit. p. 151.

³³⁶ GHISALBERTI, Carlo. *La codificazione del Diritto in Italia. 1865/1942*. cit. p. 266.

³³⁷ Novedades que son ya rastreables, señala RONDINONE, Nicola. *Storia inedita della codificazione civile*. cit. p. 61, en el proyecto preliminar de 1936, puesto a cargo de VASSALLI.

³³⁸ PATTI, Salvatore. *Codificazioni ed evoluzione del Diritto privato*. cit. pp. 13 y ss.

de las elecciones y soluciones que el Código contiene son de naturaleza técnica y no política³³⁹.

La solución que finalmente se alcanza es la conservación del Código, pero eliminando los rastros y reminiscencias del período fascista (especialmente las leyes raciales, las limitaciones a la autonomía individual y la intervención del Estado en las relaciones económicas³⁴⁰).

El Código vigente en la actualidad en Italia es, por consiguiente, el de 1942. Se trata, en efecto, de un Código bien calculado, que, más allá del régimen político que lo impulsara, tiene una notable perfección técnica³⁴¹.

El sistema sucesorio en él contenido, aun con subsiguientes reformas, guarda, como se ha indicado, una notable continuidad con el del Código de 1865. Hay, por consiguiente, una cierta conexión de espíritu – y no solo de materia – entre los Códigos italianos de 1865 y 1942 y el Código español de 1889, lo que permite y justifica el recurso a los mismos, no solo como instrumentos interpretativos, sino también como guías seguras a la hora de plantear reformas del ordenamiento sucesorio español.

³³⁹ RESCIGNO, Pietro. *Codici. Storia e geografia di un'idea*. Roma-Bari: Editori Laterza. 2013. pp. 68 y 69.

³⁴⁰ RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. cit. p. 4.

³⁴¹ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. p. 49, que dice que, si bien es un Código aprobado por el fascismo, no es un código “fascista”.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DONACIÓN INOFICIOSA Y LA INOFICIOSIDAD COMO CATEGORÍA DE INEFICACIA NEGOCIAL

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA DONACIÓN INOFICIOSA EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. Concepto. 1.1. Ámbito de aplicación del art. 636 CCE. 1.2. Extensión del ámbito de aplicación. 1.3. Interpretación sistemática. 1.4. Naturaleza del límite contenido en el art. 636 CCE. 1.5. Diferencia con el art. 634 CCE. 1.6. La ausencia de *animus fraudis*. 2. Régimen jurídico. 3. Naturaleza jurídica. III. LA DONACIÓN INOFICIOSA EN EL DERECHO ITALIANO. 1. Concepto de donación. 1.1. La donación obligatoria. 2. La separación de la donación con el negocio gratuito. 3. Donación y disposiciones *mortis causa*. 4. La legítima como límite a la facultad dispositiva *inter vivos*. IV. LA INOFICIOSIDAD COMO CATEGORÍA DE INEFICACIA NEGOCIAL. 1. Consideraciones previas. 2. La inoficiosidad entre las distintas categorías de ineficacia sobrevinida. 3. Inoficiosidad y rescisión. 4. Caracteres de la inoficiosidad como tipo de ineficacia negocial.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La legítima, aunque institución de Derecho sucesorio, no sólo despliega sus efectos tras la muerte del causante, limitando las disposiciones *mortis causa* que éste puede realizar en su testamento³⁴²; sino que también produce efectos en vida del mismo, limitando su facultad dispositiva *inter vivos*.

Y esto porque la legítima puede ser perjudicada, bien por vía testamentaria (art. 817 CCE/554 CCI) – o por acto *mortis causa* no testamentario (donaciones *mortis causa*, particiones realizadas por el testador en el llamado documento *inter vivos* del art. 1056 CCE) –, bien por acto *inter vivos*, realizando el causante liberalidades que mermen su

³⁴² Y, en su caso, en las manifestaciones de negocios *mortis causa* distintos del testamento que se permitan en Derecho común.

patrimonio, en cuantía tal que se acabe lesionando cuantitativamente a las legítimas (art. 636 CC/555 CCI)³⁴³.

El ordenamiento, por tanto, debe mantener en equilibrio y hacer compatibles dos designios que no pocas veces chocan entre sí: el respeto a la libertad dispositiva y la represión de los excesos en el ejercicio de tal libertad³⁴⁴.

Muerto el causante, esta doble proyección de la legítima hacia el futuro y hacia el pasado³⁴⁵, hará necesario revisar la actividad dispositiva gratuita – en el sentido amplio que se verá más adelante en este estudio – de éste (arts. 818 y 819 CCE y arts. 556 y 564 CCI), a fin de determinar si las liberalidades que realizó en vida superan o no la parte de libre disposición. Las que superen dicha *portio* disponible serán las que el ordenamiento califique de “donaciones inoficiosas” (en sentido amplio), por ser contrarias a las obligaciones legitimarias que el causante tiene hacia sus legitimarios³⁴⁶.

Este primer apartado, de carácter propedéutico (pues en él se enuncian, someramente, las ideas que se desarrollarán en las páginas y capítulos siguientes), pretende clarificar el concepto de donación inoficiosa, partiendo de su régimen jurídico y de la interpretación que del mismo hacen doctrina y jurisprudencia.

Cuestión ésta no meramente teórica, pues de la definición y configuración que se tenga del concepto de la donación inoficiosa dependerá el tipo de vicio o ineficacia del que la misma adolezca o que le pueda ser aplicada, materia central de esta primera parte de nuestro estudio y que va a tener una importancia decisiva en la configuración del régimen jurídico de la reducción o ineficacia por inoficiosidad.

³⁴³ Importante es señalar que la legítima únicamente puede ser perjudicada por actos/negocios gratuitos, ya sean estos *inter vivos* o *mortis causa*. Los onerosos, salvo en los casos de simulación o en aquellos en los que pudiera existir un tramo de gratuidad – como se verá en el capítulo 5 –, por la reciprocidad de las prestaciones, no pueden vulnerar la legítima, pues el bien que sale del patrimonio del causante será siempre sustituido por el que entra como consecuencia de la contraprestación.

³⁴⁴ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 5. “Intorno alla legittima giocano e si compongono due esigenze antitetiche: quella di assicurare un adeguato trattamento, in ambito successorio, a certe categorie di più stretti congiunti ed al coniuge, anche contro la volontà del *de cuius*, e quello di preservare e garantire una certa sfera di libera disponibilità dei beni”.

³⁴⁵ La peculiaridad de esta “doble proyección de la legítima” la destaca ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. cit. p. 190. que, además, sostiene que en ella radica gran parte de la dificultad que encuentra la doctrina para clasificar a las legítimas dentro del cuadro de instituciones puramente sucesorias. Del mismo modo – aunque con distintas palabras – se expresa MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. cit. p. 198.

³⁴⁶ DE FUENMAYOR, Amadeo. “La intangibilidad de la legítima” en *ADC*. cit. p. 49.

II. LA DONACIÓN INOFICIOSA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Concepto

El concepto legal de donación inoficiosa se encuentra en el art. 636 CCE³⁴⁷, que lo enuncia de forma negativa³⁴⁸, y cuya dicción literal es la que sigue:

“No obstante lo dispuesto en el art. 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esa medida”.

Artículo éste que ha sido fruto de múltiples interpretaciones y que se considera, por la totalidad de la doctrina, una cláusula de cierre, necesaria en todos los sistemas que reconocen una legítima³⁴⁹, a fin de que la misma no sea lesionada por el causante mediante actos ajenos, en principio, al ámbito sucesorio (y en este sentido puede interpretarse también la computación de donaciones ordenada por el art. 818 CCE, ya que, como explica Díez-Picazo, “la protección de los legitimarios impone determinar las legítimas sumando a los bienes relictos las donaciones hechas en vida por el causante”³⁵⁰). Interpretación ésta que es acorde a la que, según la totalidad de la doctrina, es la *ratio* última de la norma que ahora se comenta: evitar que se produzca lesión a la legítima³⁵¹.

Y es que se debe adelantar ya, sin perjuicio de que se profundice en ello más adelante, que el límite al que el art. 636 CCE se refiere es la legítima que el ordenamiento establece que vaya destinada y se reparta (*inter vivos* o *mortis causa*) entre los legitimarios³⁵².

³⁴⁷ Paralelo, como veremos, al art. 555 CCI.

³⁴⁸ Siguiendo la tradición iniciada en el Derecho castellano por el Fuero Real (Ley 7 del Título XII del Libro III).

³⁴⁹ DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho civil. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1988. p. 468. Más modernamente, CAÑIZARES LASO, Ana; ZUMAQUERO GIL, Laura; PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo; DE LA HUCHA CELADOR, Fernando. “El contrato de donación. Donaciones por razón de matrimonio” en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo II. Contratos de finalidad traslativa del dominio (II)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 2014. p. 427.

³⁵⁰ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Tomo IV. Las particulares relaciones obligatorias*. Navarra: Aranzadi. 2010. p. 217.

³⁵¹ Por todos, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 849.

³⁵² Así lo interpreta la totalidad de la doctrina. Por todos, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 636” en BERCOVITZ, Rodrigo; Díez-Picazo y Ponce de León, Luis; Salvador Cordech, Pablo; Paz-Ares Rodríguez, Cándido (dir.). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. 1991. p. 1614.

Para entender su dicción, quizá, sea necesario poner esta norma en relación con el art. 806 CCE y adelantar que, *prima facie*, ambas parecen estar acogiendo – en contradicción con otros artículos del Código civil – un sistema de legítima entendida como *pars reservata*.

En efecto, en coherencia³⁵³ con el art. 806 CCE, que también adopta una fórmula negativa o prohibitiva para definir la legítima³⁵⁴, el artículo ahora en análisis se refiere a la legítima como aquella porción de bienes de la que no puede disponerse, ni *mortis causa*, ni *inter vivos* (por título/acto gratuito), por haberla reservado la ley a determinadas personas. Por eso el donante no puede *dar*, ni el donatario *recibir*, más de lo que se podría dar o recibir por testamento. Hay que tener en cuenta que, entendiendo la legítima como *pars hereditatis* o *pars reservata*, el testador únicamente podrá disponer, *stricto sensu*, de la parte disponible, quedando la legítima deferida *ex lege* a las personas contenidas en el art. 807 CC³⁵⁵.

Entendida de este modo, la legítima quedaría fuera de la porción de bienes que puede verse afectada por la facultad dispositiva *mortis causa* del causante, que únicamente podrá disponer “por testamento” – o, en general, por cauces negociales *mortis causa*³⁵⁶ – de la llamada parte de libre disposición. De ahí que el art. 636 CCE se refiera únicamente al testamento: no poder dar más de lo que se pueda dar por testamento significa, *recta via*, en consonancia con lo indicado y con el modelo sucesorio que parece acoger el Código civil español tanto en este artículo como en el art. 806 CCE, que no podrá disponerse más que de la parte de libre, pues el causante carece de poder de disposición

³⁵³ Señala la coordinación existente entre los dos artículos (636 y 806 CC), SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2. Derecho de sucesión*. Navarra: Analecta Editorial. 2008 (ed. Facsímil 1910). p. 789.

³⁵⁴ “La legítima es la porción de bienes de que el testador *no puede disponer* por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos” [subrayado propio]. En consonancia con la Base 16ª de la LBCC de 1888.

³⁵⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “La naturaleza de la legítima” en *ADC*. cit. pp. 865-867. También en este sentido, IRURZUN GOICOA, Domingo. “¿Qué es la legítima para el Código civil español?” en *Revista de Derecho civil. Vol. II. Num. II*. 2015. p. 264: “La realidad es que, con esa reserva previa, *la ley ya ha dispuesto de tales bienes* y lo ha hecho a favor de unas predeterminadas personas. Y es por eso, *ex hoc*, precisamente por eso; porque la ley *ya ha dispuesto anticipadamente* de esa porción de bienes —desde el momento en que la legítima ha nacido—, por lo que se le niega —*recte*, se le limita— al testador su disponibilidad” [cursiva propia].

³⁵⁶ Sobre la diferencia entre acto de última voluntad, acto *inter vivos* y acto *mortis causa*, puede verse BARBA, Vincenzo. “Testamentos y actos de última voluntad en el Derecho Italiano” en *Derecho Privado y Constitución. Num. 35*. 2019. pp. 11-55. Sus reflexiones, aunque centradas en el Derecho italiano, son muy sugerentes, también, para el ordenamiento español.

sobre la legítima³⁵⁷ (quedando su libertad dispositiva a este respecto, en principio, limitada a la elección del título por el que se deferirá esta legítima, a la atribución – siempre parentalmente restringida – del tercio de mejora y, en supuestos en los que esté permitida la conmutación, al modo de pago de la legítima). Así entendida la atribución de la legítima (como *pars hereditatis*) a los legitimarios (que se produciría *ex lege* y al margen, incluso en contra, de la voluntad del causante), se entiende que el Código español no aluda a la sucesión intestada en relación con la legítima.

Y esto, haciendo gracia de que, como ya se ha indicado y se dirá más adelante, es más que dudoso que el Código civil español común – en su totalidad – asuma como propio un sistema de legítima *pars hereditatis* (como lo evidencia el art. 815 CCE, la posibilidad de conmutación de los arts. 1056.II, 829 o 841 y ss. CCE o el juego de la *cautela socini*, que no son meras excepciones al régimen general). Ahora mismo, nos limitamos a señalar que éste *parece ser* el sistema acogido – al menos en su dicción literal – por los artículos 806 y 636 CCE.

Atendidas únicamente estas normas, parecería que el Código civil español acoge un sistema de los llamados “germánicos” (o no romanos) de atribución de la legítima. Sin embargo, la regulación posterior que se hace de la misma, como adelantábamos, es, sin abandonar algunas características propias de la llamada “reserva germánica”, más acorde con el sistema romano³⁵⁸ (y podemos citar aquí, entre otros muchos, los arts. 658 CCE, que establece la primacía de la sucesión testada sobre la intestada, señalando la importancia y centralidad del testamento; 815 CCE, que permiten atribuir la legítima por cualquier título, incluso por título *inter vivos*; los arts. 829, 1056.II y 841 y ss., entre otros, que permiten pagar la legítima con dinero extraherencial en determinadas circunstancias...), lo que ha hecho que un sector mayoritario de la doctrina tienda a interpretar todo el régimen jurídico de la legítima con mayor proximidad a los esquemas o principios que se suelen asignar doctrinalmente al Derecho romano.

³⁵⁷ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Dictámenes jurídicos. Tomo III. Sucesiones*. Barcelona: Bosch. 1958. p. 565: “Claro es que el marido premuerto *no podía disponer de todo su caudal relictio*, sólo del tercio libre, correspondiendo los otros dos tercios a sus hijos o descendientes en concepto de legítima, aunque pudiendo disponer de uno de ellos en pro de éstos por vía de mejora, de que en el caso concreto no hay rastro, según los antecedentes suministrados” [subrayado propio].

Tampoco podrá privarse (sin justa causa) de la legítima a ningún legitimario (arts. 848 y ss. CC).

³⁵⁸ Los puntos de encuentro entre la legítima castellana, la reserva germánica y la legítima romana los subraya PUIG BRUTAU. “Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral”, en ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado II*. cit. p. 136.

La ambigüedad interna del Código civil de la que venimos hablando³⁵⁹ ha producido una disputa en la doctrina española, bien conocida, en torno a la *verdadera* naturaleza de la legítima, que no es posible analizar aquí en profundidad, pero de la que sí pueden delinearse las posturas y aspectos esenciales, puesto que no están exentas de consecuencias para la interpretación y aplicación de las distintas normas e instituciones que conforman el cuadro de las legítimas para el Derecho común.

Dentro de este debate, a lo que a nuestro tema interesa, importante es destacar que, de todas ellas, como se verá, las dos primeras presentan la legítima como un derecho subjetivo del legitimario a obtener bienes del caudal hereditario (*pars hereditatis*) o del patrimonio del causante (*pars bonorum*); las dos últimas, por su parte, entienden que el legitimario tiene derecho a una cuota de valor, calculado con referencia a dichos bienes. En cualquier caso, ninguna discute o pone en cuestión la naturaleza de la legítima o su llamada intangibilidad cuantitativa, centrándose el debate en la aplicación o fuerza del principio de intangibilidad cualitativa:

1. La legítima como *pars hereditatis*. Constituye esta visión la llamada “doctrina tradicional”, que se hizo dominante inmediatamente después de la publicación del Código civil español de 1889³⁶⁰. Se apoya, principalmente, en la dicción literal de determinados artículos, como los ya citados 806 y 636 CCE, a los que habría que añadir el art. 807 CCE, que contiene la locución “herederos forzosos”.

Desde esta perspectiva, la *portio* legítima constituye siempre y necesariamente una parte alícuota del patrimonio hereditario (no de su valor), incluidas las deudas, que ha de recibir el legitimario siempre y necesariamente a título de herencia, es decir, como heredero – en sentido estricto – del causante (art. 807 CCE)³⁶¹.

³⁵⁹ Y que destaca ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. cit. p. 237.

³⁶⁰ Tal es la opinión de GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. cit. p. 282, que es seguida por otros autores como CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo III*. cit. p. 189, por ejemplo.

La opinión de Benito GUTIÉRREZ es muy relevante porque, según relata PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. cit. p. 83, su inspiración e influencia fue fundamental en la redacción de la parte del Código civil reservada a la sucesión legítima.

³⁶¹ Tal vez el mayor valedor que ha tenido esta postura en la doctrina española sea Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS quien, bajo la tesis de que el legitimario es siempre y necesariamente heredero, sostuvo brillantemente que la legítima es *pars reservata* y que el legitimario sucedía al causante a título universal también en las deudas (si bien sólo respondería de las mismas *intra vires*). Pueden verse sus

Esta postura es tributaria de una concepción de la legítima diferente de la que se nos indica tuvo en Derecho romano³⁶², pues, en el fondo, el Código no haría otra cosa, en los artículos citados, que actualizar, tras la apertura de la sucesión, un (supuesto) derecho de copropiedad latente que los legitimarios tendrían sobre el patrimonio del causante, y que la doctrina, al menos en su mayoría, considera hoy más que cuestionable³⁶³.

2. La legítima como *pars bonorum*. Es la postura mayoritaria actualmente en la doctrina española³⁶⁴. Se concibe la legítima como una porción de bienes del patrimonio del causante – aunque no necesariamente del caudal hereditario – que éste puede entregar al legitimario por cualquier título gratuito (*inter vivos* o *mortis causa*)³⁶⁵.

Esta segunda postura se diferencia de la anterior, primero, en que, en atención a lo dispuesto en los art. 815 y 819 CCE, la legítima será, en efecto, una porción de bienes (como la describe el art. 806 CCE), pero no necesariamente pertenecientes al caudal hereditario, sino al patrimonio del donante, por lo que no siempre será *pars hereditatis*³⁶⁶; y segundo, en que el legitimario no será siempre ni necesariamente heredero, sino que será reputado legatario de parte alícuota, teniendo este legado carácter preferente (con independencia de las reglas del art. 887 CCE, que se ocupa de otra cuestión), pudiendo adquirir el legitimario por sí mismo – en opinión de VALLET – los bienes integrados en la cuota que le corresponda y solicitar la división y partición de la herencia³⁶⁷.

trabajos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “La naturaleza de la legítima” en *ADC*. cit. pp. 849-908. Y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “La naturaleza de la legítima. Nota final” en *Anuario de Derecho Civil. Volumen 39. Número 2*. 1986. pp. 571-580.

³⁶² Sobre la relación existente entre la llamada “reserva germánica” y la configuración de la legítima como *pars hereditatis*, puede verse BERNAD MAINAR, Rafael. “Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legítima en la futura reforma de sucesiones del Código civil” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana. N° 10 bis*. 2019. p. 379.

³⁶³ Así lo creen, entre otros, ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*. cit. p. 40. BILOTTI, Emanuele. “Fondamento costituzionale della tutela dei legittimari e prospettive di riforma” en VAQUER ALOY, Antoni (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. cit. p. 42.

³⁶⁴ Por todos, Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio. *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Tomo I. Derecho de familia*. Madrid: Tecnos. 2018. p. 156.

³⁶⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. cit. p. 23.

³⁶⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Las legítimas. Tomo I*. cit. p. 201.

³⁶⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario a los arts. 806 a 857” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI. Arts. 806 a 857*. cit. p. 23.

BERNAD³⁶⁸, a este respecto, señala que son características de la legítima configurada como *pars bonorum* las siguientes: (i) atribuye un derecho a una “porción” del haber del causante, (ii) ha de pagarse en bienes del patrimonio del causante y (iii) puede ser atribuida por cualquier título³⁶⁹.

3. La legítima como *pars valoris*. Esta tercera visión explica la legítima como un derecho de crédito contra el heredero o contra la herencia, que es calculado en proporción “al valor [neto] del caudal relicto en el momento de la apertura de la sucesión”³⁷⁰ más, en su caso, el valor de lo adicionado por algunos conceptos computables (art. 818.II CCE).

Características propias de esta visión, que la diferencia de las dos anteriores, son: uno, que la legítima (el objeto de la misma) va a recaer, no sobre los bienes que conforman el caudal relicto, sino sobre un montante de valor expresado en dinero³⁷¹; y, dos, que la legítima no vendrá atribuida, en defecto de disposición expresa del causante, por título sucesorio alguno (ni de heredero, ni de legatario), pasando el legitimario a ocupar la posición de un mero acreedor (con algunas particularidades propias).

4. La legítima como *pars valoris bonorum*. Esta corriente doctrinal configura la legítima como “atribución al legitimario de un derecho a percibir u obtener una fracción o cuota del valor del patrimonio relicto [neto más unas adiciones contables] y que el heredero o cualquier otra persona facultada al efecto podrá satisfacer en dinero, incluso no hereditario”³⁷².

Introduce esta idea en la doctrina española ROCA SASTRE, distinguiendo entre los derechos de valor y los derechos de sustancia. La legítima sería, para él, un derecho de valor sobre una parte alícuota del caudal relicto neto (adicionado con el valor de los bienes que fueron objeto de donaciones

³⁶⁸ BERNAD MAINAR, Rafael. “Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legítima en la futura reforma de sucesiones del Código civil” en *AJI*. cit. p. 392.

³⁶⁹ En el mismo sentido, RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Lecciones de Derecho civil. Derecho de sucesiones I. La sucesión mortis causa en general. El testamento y las legítimas*. Madrid: REALIGRAF. 1979. p. 262. Con la particularidad de que, para este autor, el derecho de legítima tendría un carácter más familiar que sucesorio, toda vez que nace y determina su cuota en función de la relación de parentesco existente entre causante y legitimarios.

³⁷⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre donaciones*. Madrid: Editorial Montecorvo. 1978. p. 497.

³⁷¹ VALLET. *Las legítimas. Tomo I*. cit. p. 212.

³⁷² ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. cit. p. 24.

posteriormente reputadas inoficiosas o de dotes y liberalidades computables), que adquiriría una configuración muy parecida a la de los derechos reales de realización de valor³⁷³.

Es ésta una inteligencia de la legítima que, como la anterior, ataca uno de los supuestos dogmas clásicos del Derecho de sucesiones castellano, cual es el de la intangibilidad cualitativa de la legítima, entendida en su vertiente de que el legitimario va a tener derecho a satisfacer su legítima con bienes del causante (art. 806 CCE). En efecto, al trasladar el objeto del supuesto derecho del legitimario de los bienes concretos al valor de los mismos, abre la puerta a la posibilidad de que sea satisfecho con bienes ajenos al caudal hereditario, lo que – como analizaremos en el capítulo 6 – amplía en gran medida la libertad dispositiva del causante que podría, en principio, dejar todos sus bienes a quien tuviera por conveniente, gravando al beneficiario con la carga de satisfacer, de su propio peculio incluso, las legítimas de los legitimarios del causante.

Nota general común a estas cuatro visiones doctrinales es que la legítima tendrá siempre un doble aspecto de derecho para el legitimario y de límite para el causante (que, como veremos, se sustanciará a través de una obligación de hacer). La disputa, en realidad, radica en el *quid* del derecho del legitimario, es decir, en si éste tendrá un derecho real *in natura* sobre los bienes concretos del causante o si, por el contrario, tendrá un derecho de crédito (garantizado) contra el patrimonio del mismo. El debate se centrará, así, en lo que a nuestro tema respecta, en la fuerza o aplicación que ha de darse al principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en su vertiente de que el legitimario tiene derecho a ser satisfecho con bienes del causante.

Así, las dos primeras presentaciones doctrinales, dándole la máxima aplicación a este principio, propenden a definir la legítima como el derecho *in natura* del legitimario a unos bienes concretos del patrimonio del causante, que deberá recibir, por disposición del

³⁷³ Puede verse esta postura con detalle en: ROCA SASTRE. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*. cit. p. 62. “La legítima, en el Código, tiene la naturaleza de los derechos o titularidades sobre el valor dinerario de las cosas, si bien con referencia al valor global del patrimonio relicto (y a veces con repercusiones en el valor de los bienes que fueron objeto de donaciones inoficiosas)”.

causante o contra la voluntad de éste, bien a título de heredero (*pars hereditatis*), bien a título de legatario de parte alícuota (*pars bonorum*)³⁷⁴.

Se ajustan estas dos visiones a los supuestos dogmas clásicos del derecho sucesorio castellano referidos a la legítima: el de la intangibilidad cuantitativa (arts. 808, 809 y 834 CCE) y el de la intangibilidad cualitativa (arts. 806 y 813 CCE), pues ambas sostienen que el legitimario habrá de recibir una cantidad concreta de bienes determinados, libres de toda carga o gravamen; variando únicamente en el título sucesorio que atribuyen al legitimario en defecto de disposición expresa del causante.

Ciertamente, la segunda (*pars bonorum*) goza hoy de mayor difusión en la doctrina pues permite explicar, de manera satisfactoria, por qué el legitimario no va a responder en ningún caso, en tanto que tal, de las deudas de la herencia (aunque tales deudas, evidentemente, influirán en la extensión de su derecho, como se explicará en el capítulo 3). Sin embargo, aun admitiendo que el Derecho común vigente se inspira en las mismas, cabe exponer que, a efectos prácticos, se diferencian en bien poco [a este respecto puede verse la STS de 8 de mayo de 1989 (RJ\1989\3673), FD 5º].

Desde esta perspectiva de considerar que el legitimario tiene derecho a bienes concretos, cobraría todo su sentido la dicción literal del art. 636 CCE, en relación con el art. 806 CCE, pues harían referencia a esa *portio bonorum* que, ya se defiera a título de heredero o de legatario, es siempre y necesariamente deferida *ex lege* al legitimario³⁷⁵.

Las dos visiones siguientes, sin embargo, van a alejarse de la concepción de la legítima como derecho real *in natura*, entendiendo que la misma se cifra en el derecho a un valor calculado con relación a bienes determinados, pero no a los bienes mismos, lo que va a tener una consecuencia directa: no contemplarán como elemento de esencia de la legítima que la misma tenga que ser pagada con bienes del causante.

Es esta una cuestión que dejamos aquí meramente apuntada y que resolveremos – a efectos de este estudio – en el capítulo 6.

³⁷⁴ Esto, sin perjuicio del derecho que siempre asiste al causante/testador de atribuir la legítima por cualquier título gratuito (art. 815 CCE), en cuyo caso será el causante el que determine la posición – legatario, donatario, heredero – que ocupe el legitimario en la sucesión de que se trate.

³⁷⁵ Así, DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “Los herederos forzosos y su posición jurídica” en PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel (coord.). *Curso de Derecho civil (V). Derecho de sucesiones*. Madrid: Colex. 2013. p. 281. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*. Madrid: Marcial Pons. 1996. p. 363.

Con el objetivo, no obstante, de clarificar y alcanzar un concepto preciso de donación inoficiosa y de la inoficiosidad como posible régimen jurídico específico de ineficacia negocial, más allá de la disputa doctrinal en torno a la naturaleza de la legítima que no forma parte (más que tangencialmente, en la medida en que configura una u otra naturaleza de la donación inoficiosa o una u otra forma de ineficacia de la misma) del objeto de estudio, sí que pueden subrayarse las que son, a juicio de la doctrina, las notas de esencia de la legítima (siempre explicadas someramente, por el carácter propedéutico de este primer capítulo):

1. Es una institución de Derecho necesario o de *ius cogens*. Sobre todo, para el causante, ya que es menos fuerte para los legitimarios³⁷⁶. Como tal limita, en apreciación que se ha de hacer tras la muerte del causante, los actos lucrativos *inter vivos* y, también, las disposiciones *mortis causa* realizadas por éste, dejando la plena eficacia de estas disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* del causante condicionadas al completo pago (cuantitativo y cualitativo) de la legítima de los legitimarios³⁷⁷.
2. Es una institución que se manifiesta a la muerte del causante. Que, aunque limite potencialmente algunos de los actos realizados *inter vivos*, no puede entrar en juego, *stricto sensu*, hasta que se produzca la apertura de la sucesión³⁷⁸, por lo que ninguna limitación presente va a tener el propietario, titular de sus bienes, en vida, a la hora de donar o disponer de sus bienes³⁷⁹. En efecto, el causante podrá – en principio – disponer de sus bienes como tenga por conveniente, sin atender a si existen o no legitimarios, que sólo tras la apertura de la sucesión podrán atacar las

³⁷⁶ Que únicamente se ven afectados (en vida del causante) por la prohibición de renuncia anticipada a la legítima o de negociación o transacción sobre la legítima futura (art. 816 CCE, en relación con el art. 1271 CCE). Tras la muerte del causante, ninguna de las normas reguladoras de la legítima tiene carácter *cogente* para el legitimario (que puede, incluso, renunciar a la misma). En este sentido DOSSETTI, Maria. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni. Vol. III*. cit. p. 8.

³⁷⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil. Tomo VI.1*. cit. p. 790.

³⁷⁸ Así, CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Reus. 1988. p. 253.

³⁷⁹ Así, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRELL, M^a Pilar; TORRES LANA, José Ángel. *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista. Tomo I*. Madrid: Dykinson. 2014. p. 914. GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel. “De la donación” en SALAS CARCELLER, Antonio (coord.). *Código civil. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II*. Madrid: SEPIN. 2009. p. 1887.

donaciones que sean (que se presuman) inoficiosas³⁸⁰. Y esto – como se explicará detalladamente en el capítulo 4 – excepción hecha de los actos realizados en fraude de legítima, que el Tribunal Supremo considera nulos de pleno derecho por tener causa ilícita. Pueden citarse, como ejemplo, la STS num. 684/2007, de 20 de junio (RJ\2007\5574) y la STS num. 204/2007 de 26 de febrero (RJ\2007\1769).

3. Es una institución de origen y causa legal. Pese a que históricamente se ha señalado como el origen de la legítima al *officium pietatis*³⁸¹, que era entendido en su origen romano como un mero deber moral, lo cierto es que en el ordenamiento sucesorio actual dicho deber – como recuerda MESSINEO³⁸² – no tiene carácter sólo moral, sino jurídico: es exigible y coercible.

Este origen y fundamento legal ha servido, también, para explicar el carácter de la atribución que se produce en aquellos supuestos en los que el legitimario recibe la legítima en contra de la voluntad del testador y sin que se haya abierto la sucesión intestada. Recuérdese que, en atención a la letra del art. 609 CCE, la propiedad se adquiere por ocupación y (junto con los demás derechos reales) por ley, donación, sucesión testada e intestada y como consecuencia de ciertos contratos, mediante la *traditio*. La enumeración aparentemente tasada generaba el problema de señalar el título de atribución del legitimario en aquellos supuestos en los que adquiriría en contra de la sucesión testada y al margen de la intestada. El fundamento legal de la legítima, sin embargo, ha servido para explicar que en estos casos la causa de la adquisición es la propia norma, adquiriendo el legitimario por ministerio de la ley³⁸³.

Por consiguiente, de acuerdo con estos caracteres configurativos, el ordenamiento sucesorio español diseña la legítima – tal como hemos apuntado – como límite relativo a

³⁸⁰ ROCA SASTRE. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II.* cit. p. 38.

³⁸¹ Así, CLEMENTE DE DIEGO. *Instituciones de Derecho civil. Tomo III.* cit. p. 199: “Se introdujo la legítima entre nosotros también como remedio a los abusos de los testadores, como restricción del *ius disponendi mortis causa*, a título de necesidad de protección y defensa de descendientes, ascendientes y aun hermanos, cuando los deberes de familia eran olvidados por los testadores”.

³⁸² MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda.* cit. p. 199.

³⁸³ Aquí, por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil. VI. 2.* cit. p. 791.

la facultad de disponer (por donación o disposición *mortis causa*) del causante y como derecho del legitimario. Derecho que se manifestará, opinamos, en una cifra de *valor* – no de bienes – mínima que debe recibir cada legitimario y en un conjunto de normas protectoras de los aspectos cuantitativos de dicha cifra mínima.

Y esto porque, pese a la dicción literal del art. 806 CCE, la legítima castellana se configura de tal modo que: primero, no tiene que ser siempre y necesariamente una porción de bienes del caudal relicto (el art. 815 CCE permite que la legítima sea satisfecha en vida del causante, mediante donaciones u otros actos lucrativos realizados *inter vivos*³⁸⁴; y los arts. 821, 829, 1056.II y 841 y ss. permiten que la legítima sea pagada con dinero ajeno al caudal hereditario); segundo, no traba la libertad dispositiva del causante (mientras vive), pues éste puede disponer (gratuitamente) de todos sus bienes (con la limitación del art. 634 CCE), quedando en manos de los legitimarios el impugnar posteriormente los actos de disposición *inter vivos* hechos por aquél; y tercero, no instituye herederos *ex lege* a los legitimarios, que pueden ver satisfecha su legítima por vía de donación, o de legado o de cualquier otro acto lucrativo, o por atribución directa de la ley, precisamente en los casos de reducción de disposiciones, preterición y desheredación injusta. Nótese que tampoco en estos casos adquiere el legitimario – en el Derecho español común – la condición de heredero.

Resta completar lo dicho con la posición de ROCA SASTRE, para quien este doble aspecto de límite-derecho en que la legítima consiste descansa o se articula en el Código civil español mediante una obligación de hacer.

En concreto, para este autor, la legítima genera en el causante una obligación “de disponer o destinar un valor patrimonial” a favor de los legitimarios³⁸⁵ (que, a su vez, habría que añadir, tienen derecho a ser destinatarios de dicha disposición). Desde su punto de vista, la verdadera definición legal de la legítima se encontraría en el art. 763 CCE:

³⁸⁴ Y en estos casos, el legitimario recibirá bienes pertenecientes al patrimonio actual del donante, pero no, *stricto sensu*, bienes del caudal relicto, pues, si fue completamente satisfecho en vida, nada podrá exigir ya a la apertura de la sucesión en su condición de legitimario.

³⁸⁵ ROCA SASTRE. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*. cit. p. 44: “No es la ley la que asigna directamente a los legitimarios un valor hereditario, sino que ella impone al causante la obligación de suministrárselo y sólo en caso de incumplimiento total o parcial de la misma, una vez fallecido aquél, la ley abre la sucesión intestada, o atribuye a los legitimarios dicho valor o completa la insuficiencia”.

“El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

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

A la base de la argumentación de ROCA SASTRE se encuentra la idea de que en la regulación contenida en el Código civil el criterio o norma general de principio sería la plena libertad dispositiva (art. 763.I CCE: el que no tiene legitimarios, puede disponer como tenga por conveniente, sin que dichas disposiciones puedan ser reputadas inoficiosas en ningún caso). Norma general ésta que quedaría excepcionada, en atención al contenido del art. 763.II CCE, cuando existan personas con derecho a legítima³⁸⁶. Acoge esta idea la STS de 28 de septiembre de 2005 (RJ\2005\7154):

“El sistema se califica como de reglamentación negativa, dado que la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución y confiere al legitimario (art. 763) para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de su legítima, con la reclamación del complemento (artículo 815 del Código Civil), la reducción de legados excesivos (artículos 817 y 820 del Código Civil) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (artículos 634, 651, 819 y 820 del Código Civil), aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos” (FJ 2º).

³⁸⁶ Misma argumentación en GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel. “La donación” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Volumen 2º*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 2015. p. 854: “Como sabemos, en los derechos de tradición romanista se parte de un principio de libre disponibilidad *inter vivos* y *mortis causa* del patrimonio personal (sin exclusión, reserva o delación directa por la Ley – pese a lo que diga el artículo 806 – de una determinada parte a favor de ciertos familiares), pero con la limitación derivada de la imposición legal de un deber u *officium* de disponer en una determinada cuantía precisamente a favor de determinados familiares”.

Predomina por tanto una concepción doble de la legítima, entendida como conjunto de limitaciones a la libertad dispositiva del causante³⁸⁷ y como derecho subjetivo del legitimario a ser el beneficiario de la disposición a la que está obligado el causante.

En esta línea, señala VALLET DE GOYTISOLO³⁸⁸ que, cuando el Código civil utiliza en el art. 806 el término “reservado”, lo que quiere significar es “destinado”. Así, no se quiere decir que el testador no pueda disponer (en ningún caso, por estar ya deferida *ex lege*) de esta porción de su herencia llamada legítima, sino que no puede disponer de ella en un sentido o destino distinto al marcado por el propio Código. *A contrario*, se deduce que sí podrá el causante, por disposición testamentaria o por donación (entendida en sentido amplio), disponer de sus bienes como tenga por conveniente, siempre que se asegure de que los legitimarios reciban el *valor* patrimonial en que se cifra su legítima³⁸⁹. Desde esta perspectiva, por consiguiente, tampoco será de esencia que – al menos en algunos supuestos determinados o cuando concurren ciertos requisitos – la legítima sea pagada con bienes de la herencia, cuestión sobre la que se volverá extensamente en el capítulo 6 y que bien se coordina y explica los supuestos y mecanismos de la conmutación.

Interpretados así los arts. 636 y 806 CCE, aparece – en contra de la primera intuición – que la legítima no adopta en el ordenamiento español la forma de reserva o prohibición de disponer o ausencia plena de facultad dispositiva³⁹⁰, sino de derecho/límite que se cifra en una obligación de hacer³⁹¹, que no *priva* al causante de la facultad de disponer de su patrimonio según le venga en gana, sino que le *condiciona* su poder dispositivo sobre una parte del mismo, en el sentido de “no poder ejercitarlo con eficacia sino en la medida en

³⁸⁷ Así también, PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 7. También VAQUER ALOY, Antoni. “Derecho a la legítima e intereses subyacentes” en VAQUER ALOY, Antoni; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BOSCH CAPDEVILLA Esteve (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. cit. p. 66.

³⁸⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario a los arts. 806 a 857” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI*. cit. p. 11.

³⁸⁹ ROCA SASTRE. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*. cit. p. 43.

³⁹⁰ Lo que, por otro lado, nunca es totalmente correcto desde el punto de vista jurídico, toda vez que el art. 823 CCE permite que el testador pueda disponer de, al menos, una parte de la legítima, llamada mejora, como tenga por conveniente, siempre que se limite al círculo de sus descendientes.

³⁹¹ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Tecnos. 2017. p. 155.

que dé efectividad con actos dispositivos, otorgados por cualquier título, o deje a salvo, el derecho de los legitimarios a percibir lo que por legítima les corresponda”³⁹².

Así la cosas, desde esta perspectiva de la legítima, lo que se deduce de lo dicho es que sobre el causante/donante/testador pesa el *debitum* legítimo y sus bienes están afectos al pago del mismo, pero el legítimo, por su parte, no tiene derecho a la legítima como bien o bienes concretos, sino a la legítima como valor. Lo que prueba el hecho de que el art. 654.I CCE, *in fine*, declare que las donaciones son válidas en vida del donante, incluso las hechas en contra de la prohibición contenida en los arts. 636 y 806 CCE³⁹³. Y que, en caso de reducción, el donatario haya hecho suyos los frutos (art. 651 CCE) devengados por la cosa que fue objeto de la donación. También el hecho de que el art. 818 CCE – que determina la forma de cálculo de la legítima – se refiera siempre al *valor* de los bienes y nunca a los bienes mismos. Carece, así, el legítimo, en vida de su causante, de posibilidad de actuar contra el donatario – salvedad hecha de los actos realizados en fraude de legítima – y, por tanto, de recuperar los bienes, pero, como se verá en el capítulo 6, tampoco es cierto que pueda siempre, tras la muerte del causante, exigir bienes concretos, pues, en cualquier caso, a lo que tiene derecho es al valor de la legítima (que se calculará, conforme la norma contenida en el art. 818 CCE, en relación al valor de los bienes que conforman el *relictum* y el *donatum*), pero no a los bienes concretos del patrimonio del donante/causante.

Por tanto, a los tres elementos esenciales de la legítima antedichos, habría de añadirse un cuarto: que se trata de una institución que funda una obligación de hacer o disponer una determinada cantidad de valor a favor de unas personas concretas (los legitimarios), vinculadas con el causante por determinado parentesco.

Siendo conscientes de que en este punto no sólo vamos más allá del objeto de estudio, sino que, además, vamos mucho más allá de lo que es hoy la posición común y dominante

³⁹² ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto. Derecho de sucesiones I*. cit. p. 119.

A mayor abundamiento, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. cit. p. 16, señala: “en la legítima del Código civil, debido a su íntima naturaleza jurídica, puede afirmarse que no hay rastro alguno sustancial, aunque lo haya aparente (al utilizar los conceptos de reserva y de herederos forzosos), de sucesión forzosa en sentido técnico ni de reserva germánica (*pars reservata* o *pars hereditatis*), sino que es una legítima de freno o negativa, que implica una limitación a la libertad de testar de que goza el causante, es decir, una precaución legal dirigida a que el mismo disponga de la *portio debita* a favor de los legitimarios, sin perjuicio de mejorar a alguno o varios de éstos, si son descendientes”

³⁹³ COSTAS RODAL, Lucía. “Contrato de donación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.). *Tratado de contratos. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 2536.

en la doctrina española, debemos, sin embargo, por el carácter propedéutico de estas páginas, detenernos aquí, sin perjuicio de que profundicemos estas ideas en los capítulos que siguen, especialmente en la segunda parte del presente y en el capítulo final.

Lo dicho hasta ahora, esto es, la enumeración de los elementos esenciales de la legítima que hemos expuestos y la interpretación de ésta desde el art. 763 CCE, obligan a repensar y clarificar la definición legal de donación inoficiosa contenida en el art. 636 CCE.

Así, si se quiere construir un concepto técnicamente preciso de donación inoficiosa, a nuestro juicio, habrá de procederse mediante diversas aproximaciones, aclaraciones y deslindes.

1.1. Ámbito de aplicación del art. 636 CCE

El art. 636 CCE es aplicable tanto a la donación como a los actos/negocios asimilados a la misma, que podríamos denominar como “actos/negocios donativos”. Concepto éste mucho más amplio que el de “donación” y que pretende englobar, como diremos inmediatamente, a todos aquellos actos/negocios que comparten una serie de características comunes y que, en base a las mismas, por la incidencia que tienen sobre la legítima, pueden ser impugnados por la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

Esto nos remite al problema de la importancia que en este ámbito va a cobrar la calificación del negocio jurídico que se repute inoficioso³⁹⁴, pues fuera de este ámbito caerán los negocios onerosos y los aleatorios³⁹⁵.

La definición legal de la donación llamada pura y simple se encuentra en el art. 618 CCE, que establece lo siguiente:

“La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”.

³⁹⁴ ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto. Derecho de sucesiones I*. cit. p. 161.

³⁹⁵ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 4994. Para el Derecho castellano histórico, SANPONTS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón y FERRER Y SUBIRANA, José (ed.). *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X, con la glosa del Lic. Gregorio López. Tomo III*. cit. p. 46.

Definición ésta que debe ser completada con el art. 619 CCE, que contempla la donación por mérito, la remuneratoria y la modal o con carga y que se expresa del modo siguiente:

“Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”.

Sin entrar en el debate en torno a la naturaleza jurídica de la donación, centrados en lo que al objeto de este estudio respecta, únicamente en aras a establecer un posible criterio de calificación de los actos/negocios a los que se refiere el art. 636 CCE, puede señalarse que caracterizaría a la donación, dentro del Derecho español común, el constituir un acto (entendida aquí la palabra “acto” como sinónimo de “modo de adquirir” *ex art. 609 CCE*³⁹⁶) o negocio (contractual³⁹⁷ o no³⁹⁸) que supone siempre y necesariamente una disposición liberal y gratuita – sin contraprestación – que causa un empobrecimiento del donante y un correlativo enriquecimiento del donatario³⁹⁹. Criterio seguido también por la jurisprudencia. Pueden citarse, entre otras, las SSTs de 14 de mayo de 2007 (RJ\2007\4335) y de 31 de mayo de 2006 (RJ\2006\3496).

Así entendida la donación, no serán reductibles, como veremos en el Capítulo 5, los contratos gratuitos como el comodato (arts. 1740 y ss. CCE), el mutuo sin interés (arts.

³⁹⁶ Así MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 127. También PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II.* cit. p. 64. y GENSOLIN, Rinaldo R. *Las donaciones mortis causa.* cit. p. 18.

³⁹⁷ Esta postura, encabezada por ALBALADEJO, es la mayoritaria dentro de la doctrina. Ver, por ejemplo, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación.* cit. p. 35. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero: Parte General. Teoría general del Contrato.* Madrid: Dykinson. 2011. p. 121. También O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones.* Madrid: DIJUSA. 2009. p. 405.

³⁹⁸ ANDERSON, Miriam. “Comentario al artículo 618” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.* cit. p. 91.

³⁹⁹ Aquí pone el acento LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones.* cit. p. 121. También PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II.* cit. p. 68. Dentro de la doctrina italiana, puede verse, FERRI, Luigi. *Legittimari.* cit. p. 164. BARTOLUCCI, Lorenzo. “La donazione” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni.* Padova: CEDAM. 2008. p. 1587.

1740.III y 1753 y ss. CCE) y el depósito gratuito (arts. 1758 y ss. CCE), pues en ninguno se da, en puridad, la dialéctica empobrecimiento/enriquecimiento.

No ahondamos más aquí en este particular porque el mismo será abordado, *per extenso*, en el capítulo 5, al que nos remitimos. Baste señalar que, en la medida en que no participan de los elementos característicos de la donación, a estos actos no les será de aplicación el límite de la inoficiosidad. Y esto, también, porque, como hemos señalado, la reducción por inoficiosidad surge para proteger la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Intangibilidad que sólo puede ser vulnerada cuando el acto/negocio realizado por el causante le comporte un efectivo empobrecimiento, pues solo estos actos son los que pueden poner en peligro la integridad del patrimonio y la subsistencia de la (futura) legítima. Si, como señalan algunos autores⁴⁰⁰, en el negocio gratuito no se produce un verdadero empobrecimiento, difícilmente puede ponerse en peligro la subsistencia de la legítima y difícilmente podrá entrar en funcionamiento cualquier mecanismo protector de la intangibilidad cuantitativa de la misma. Sobre esto, como ya hemos indicado, volveremos extensamente en el capítulo 5.

Sí serán reductibles, sin embargo, en lógica, los actos que podemos considerar, a estos efectos, asimilados a la donación⁴⁰¹: como la condonación de deuda (art. 1187 CC)⁴⁰², la aportación a una fundación, la renuncia de tipo traslativo⁴⁰³ y demás actos que, sin que sean denominados formalmente donación, impliquen, como ya se ha indicado, además de una atribución gratuita, un empobrecimiento en el patrimonio del actuante/donante y un correlativo enriquecimiento en el patrimonio del donatario⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II*. Milano: Giuffrè Editore. 2009. pp. 1521 y 1522.

⁴⁰¹ Y es que, como indica PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. cit. p. 68, hay que tener en cuenta que “no se puede hablar de donación como si se tratara de un acto jurídico siempre uniforme”

⁴⁰² MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 131. “El perdón o condonación de una deuda y la renuncia de un derecho adquirido, son también donaciones verdaderas”. ESPÍN, Diego. *Manual de Derecho civil español. Volumen III. Obligaciones y contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1978. p. 590, llama a la condonación de deuda “donación liberatoria”, pues consiste en la “extinción de una obligación preexistente”.

⁴⁰³ Un ejemplo de renuncia traslativa, propia del fenómeno sucesorio, en el art. 1000.2º y 3º (*in princ.*) CCE.

⁴⁰⁴ Esta pluralidad de actos que se engloban o equiparan actualmente a la donación puede deberse a que, en su origen romano, según la doctrina más cualificada, la donación no era un negocio jurídico típico, sino una causa de diversos negocios. Así, D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 412.

El concepto de acto/negocio inoficioso (*inter vivos*) es, así, más amplio que el concepto técnico de donación y se refiere, en nuestra opinión, a todos aquellos actos/negocios que comparten con la donación una serie de características comunes. Es por esto por lo que hemos preferido hablar de actos/negocios de naturaleza donativa.

Para acuñar este término ha sido fundamental el apoyo de la doctrina italiana, que, como se dirá en el epígrafe siguiente, liberada por la dicción del art. 769 CCI de la disputa en torno a la naturaleza de la donación, se ha centrado en analizar las características del acto/negocio donativo⁴⁰⁵.

Y estas características, según esa misma doctrina, son de dos tipos: objetivas y subjetiva. La primera se cifra en el binomio enriquecimiento/empobrecimiento⁴⁰⁶. Aunque la doctrina italiana subraya el aspecto del enriquecimiento, a nosotros nos parece más determinante aquel del correlativo empobrecimiento que sufre el dante causa⁴⁰⁷.

En efecto, si la inoficiosidad es – como ya hemos indicado – un mecanismo de protección cuantitativa de la legítima⁴⁰⁸, lo determinante para que entre en funcionamiento no será el enriquecimiento que percibe el donatario (o beneficiario), sino el *empobrecimiento* que sufre el transmitente del bien o derecho. Y esto porque es dicho *empobrecimiento* el que pone en peligro la subsistencia del patrimonio y, con él, de la legítima futura.

La segunda característica, la que se califica como de tipo subjetivo⁴⁰⁹, es el espíritu de liberalidad, esto es, la conciencia del dante causa de no actuar impelido por obligación jurídica – o moral – alguna.

Las características señaladas son, *mutatis mutandi*, semejantes a las subrayada por la doctrina española (que sea acto liberal/gratuito y, sobre todo, que cause un enriquecimiento en el donatario y un correlativo empobrecimiento en el donante).

Las mismas nos permiten – como ya hemos hecho – separar el acto/negocio donativo de los restantes actos o negocios gratuitos y englobar bajo esta denominación a las

⁴⁰⁵ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni. Artt. 769-809*. Milano: Giuffrè Editore. 1991. p. 7.

⁴⁰⁶ BARTOLUCCI, Lorenzo. “La donazione” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 1613.

⁴⁰⁷ En este sentido, dentro de la doctrina italiana, TORRENTE, Andrea. *La donazione*. Milano: Giuffrè Editore. 2006. pp. 5 y ss.

⁴⁰⁸ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II*. cit. p. 315.

⁴⁰⁹ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 778. Nota 3.

liberalidades que, como bien señala el art. 809 CCI, sin ser donaciones, quedarán igualmente sometidas al régimen jurídico de la acción de reducción.

El acto, por consiguiente, que podrá ser impugnado con la acción de reducción de donaciones, más allá del *nomen iuris* donación, será, así, aquel que contenga las características objetivas y subjetivas señaladas⁴¹⁰.

Hemos adelantado aquí algunas cuestiones – procedentes de la doctrina italiana – que se verán *per extenso* en el epígrafe tercero de este capítulo, al que nos remitimos para su completa comprensión.

No bastará, sin embargo, para proceder a la reducción que el negocio jurídico tenga lo que hemos denominado naturaleza donativa, sino que será necesario, también, que el sujeto activo de dichos actos haya sido el causante, actuando en nombre propio y a costa de su propio patrimonio⁴¹¹. No les será de aplicación esta norma, por tanto, a las donaciones que haga el causante en nombre y representación de otro; tampoco aquellas que haga con cargo al patrimonio de un tercero.

1.2. Extensión del ámbito de aplicación

Ya se han indicado *supra* los motivos por los que el artículo 636 CCE se refiere únicamente a la sucesión testada⁴¹². Baste aquí señalar que, en la medida en que la legítima juega y se aplica también en la sucesión intestada, debe entenderse, haciendo una interpretación correctora de la norma, que el límite de la inoficiosidad actúa también en defecto de testamento válido⁴¹³.

Es más, será con toda seguridad en este último caso cuando la acción de reducción de donaciones juegue su papel más relevante pues, a diferencia de lo que ocurre en los

⁴¹⁰ Esto explica, por demás, como se verá en el capítulo 5, la especial reducción que debe llevarse a cabo en algunos casos concretos, como el del seguro de vida para el caso de muerte, en el que se reducen las primas porque son estas – y no la cantidad pagada por el seguro de vida – las que determinan el verdadero empobrecimiento sufrido por el donante.

⁴¹¹ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II. Relaciones sucesorias en particular*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1963. p. 399.

⁴¹² PUIG BRUTAU. “Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral”, en ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado II*. cit. p. 109. Señala que también se debe esta mención expresa y exclusiva al testamento a que la inoficiosidad surge, en su origen romano, vinculada únicamente al testamento.

⁴¹³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*. cit. p. 59.

supuestos de sucesión testada, no habrá aquí institución de heredero o legados que reducir con preferencia a las donaciones (véase el art. 820 CCE). Efectivamente, en defecto de testamento (o, cuando se permita, de pacto sucesorio), la legítima únicamente podrá ser lesionada a través de las liberalidades que el donante/causante haya hecho en vida y que, mermando su patrimonio, hayan superado la *portio* de la que podía disponer en los términos que ya han sido precisados en epígrafes anteriores.

Sostener lo contrario, esto es, que el límite de la inoficiosidad opera únicamente, en atención a la letra del artículo, en los supuestos de sucesión testada, llevaría al absurdo jurídico de que bastaría con que el causante muriera intestado para que pudiera, sin tener en cuenta a los legitimarios, dilapidar su patrimonio mediante liberalidades⁴¹⁴.

1.3. Interpretación sistemática

La calificación de “acto/negocio inoficioso” dependerá no sólo de la norma del art. 636 CCE, que no puede ser objeto de interpretación aislada, sino también de reglas como las contenidas en los arts. 818 ó 819 CCE, que, aunque ubicadas sistemáticamente en lugares aparentemente alejados, guardan una marcada relación con la institución de la inoficiosidad, en general, y de la donación inoficiosa, en particular.

En efecto, se puede afirmar que la regulación actual de la inoficiosidad impone que una vez se produzca la apertura de la sucesión, se proceda a calcular si el causante donó más bienes de los que cabían en la parte de libre disposición. Cálculo éste que únicamente puede ser realizado tras imputar las donaciones (arts. 656⁴¹⁵, 816⁴¹⁶, 819, 822, 825, 828 y

⁴¹⁴ La extensión de las normas de reducción a los supuestos de sucesión intestada se desprende con claridad del sistema articulado por el *Codice civile* de 1942, que, bajo la rúbrica *della reintegrazione della quota riservata ai legittimari*, regula el régimen jurídico de la *azione di riduzione* en el *Titolo I del Libro II*, dedicado a las *disposizioni generali sulle successioni*. De este modo se hace evidente (*ab origine*) que el régimen de la reducción afecta y puede aplicarse tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada. Lo que se refuerza si se tiene en cuenta lo previsto en el art. 553 CCI, que permite dirigir la acción de reducción contra la atribución deferida *ab intestato*.

⁴¹⁵ Según ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario los arts. 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 4993, establece la imputación de donaciones hechas a extraños.

⁴¹⁶ Pues, según DE LOS MOZOS, José Luis. *La colación*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1965. p. 140, manda imputar a legítima (que se colacione) lo recibido a cambio de la renuncia o transacción sobre la legítima futura.

1038⁴¹⁷ CCE) y reunir las ficticiamente o computarlas (art. 818 CCE). La determinación de la inoficiosidad, así, necesaria para la aplicación del art. 636 CCE y de la consecuencia jurídica a él inherente, sólo podrá llevarse a cabo una vez realizadas las operaciones de reunión ficticia e imputación de donaciones⁴¹⁸. De ahí que el artículo que ahora se comenta únicamente pueda ser interpretado, *recto sensu*, en conexión con los artículos que regulan las operaciones de cálculo de la legítima.

Así interpretada, la regla contenida en el art. 636 CCE, en conexión con lo dispuesto en el art. 818.II CCE, manifiesta que la legítima tiene como base todos los bienes y derechos que habrían sido del donante de no haber éste realizado donaciones (o actos/negocios donativos), por lo que el legitimario tiene derecho a que el valor de su legítima se calcule con relación a bienes que no se encuentran ya en el patrimonio del causante al morir éste, lo que, como se dirá más adelante, entre otras consideraciones, marca una notable diferencia con la figura del heredero. Subrayamos – en relación con lo dicho en los epígrafes precedentes – que, en nuestra opinión, el legitimario tiene derecho a que el valor de su legítima se calcule con referencia a dichos bienes y no, por el contrario, a los bienes concretos.

1.4. Naturaleza del límite contenido en el art. 636 CCE

El art. 636 CC establece que será inoficiosa la donación que supere o exceda del límite representado por la legítima⁴¹⁹. Dos son las cuestiones que aquí se plantean: la entidad de la lesión que determina el nacimiento de la inoficiosidad; y la virtualidad y efectividad del límite en el momento de hacerse la donación.

⁴¹⁷ Que contiene una norma de imputación para el caso en que los nietos sucedan a los abuelos en representación del padre premuerto, indigno o desheredado.

⁴¹⁸ NIETO ALONSO, Antonia. “Comentario al art. 636” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PALBO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III*. cit. p. 143. Cuestión que se aborda de nuevo como contenido del capítulo 3.

⁴¹⁹ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de Liberalidades*. Cizur Menor: Aranzadi. 2017. p. 1322. El carácter limitativo de la legítima es especialmente señalado por la doctrina italiana. Por todos, CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et al. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 890.

Respecto de la primera cuestión, hay un sector doctrinal – minoritario – que, en atención a la *ratio* de la norma, entiende que la donación sólo puede ser reputada inoficiosa si supone una merma “sensible” de la legítima⁴²⁰.

Pese a que no se alude a él abiertamente, parece que este sector doctrinal toma como modelo la regulación de la rescisión por lesión, que únicamente puede ejercitarse si la misma ha tenido lugar en más de la cuarta parte (art. 1291. 1º y 2º CCE para los contratos celebrados por tutores o representantes del ausente; y art. 1074 CCE para la partición).

Así, siempre según este sector minoritario, aunque el Código civil español común no lo dice expresamente, no procedería la acción de reducción si la lesión sufrida por el legitimario no superase el límite aludido. Es esta postura – según sus defensores – acorde con la idea de que la rescisión, en general, y la rescisión por lesión, en particular, es un remedio de carácter especial⁴²¹, que no puede ser invocado ante cualquier tipo de lesión, sino únicamente ante aquellas que perjudiquen notablemente el interés del actor y siempre que no haya ningún otro remedio a disposición del lesionado.

Sin embargo, no podemos compartir esta postura doctrinal. En efecto, no está claro (como se indicará más adelante) que la acción de reducción de donaciones sea asimilable a la de rescisión por lesión⁴²² y que, por tanto, le sea aplicable, si no el límite de la cuarta parte, sí la idea de que la lesión sufrida por el actor ha de ser “sensible” o “de entidad”.

Antes al contrario, el Código civil español vigente, que cuando quiere imponer un límite lo hace abiertamente (por ejemplo, en los artículos citados para la rescisión, o en el art. 1044 CCE, que establece el límite sin que se supere el cual no serán reducibles los regalos de boda), no lo ha hecho así en este caso, por lo que es difícil negar la acción al legitimario lesionado por las donaciones hechas por su causante en menos de la cuarta parte, incluso si dicha lesión es mínima, sin perjuicio de que en estos casos, con toda probabilidad, será más fácil llegar a un acuerdo o arreglo extrajudicial, y dejando a salvo los casos de real insignificancia en términos de buena fe objetiva.

Respecto a la segunda cuestión, la que se refiere a la efectividad real del límite contenido en el art. 636 CCE, debe señalarse que, pese a la letra del artículo, como ya se

⁴²⁰ El autor más representativo es PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V.* cit. p. 399.

⁴²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Tomo I. Introducción y Teoría del contrato.* Madrid: Civitas. 1993. p. 482.

⁴²² En contra de esta asimilación, GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas.* Valencia: Tirant. 2004. p. 255.

ha argumentado *supra*, no estamos aquí en presencia de una prohibición de disponer, sino de una limitación que cobrará vigor a la apertura de la sucesión y que, por consiguiente, no supone límite alguno a la facultad del causante para disponer (en vida) de sus propios bienes como tenga por conveniente⁴²³. Sus actos dispositivos serán válidos y eficaces⁴²⁴ y sólo a su muerte podrán los legitimarios atacar las donaciones que sean consideradas inoficiosas⁴²⁵.

Y esto porque, como ya se ha dicho y aquí se reitera, aunque el legislador opte por definir la legítima como una porción de bienes indisponible existente en el patrimonio del causante que tiene legitimarios, la regulación que posteriormente se hace de la misma, viene a indicar que estamos frente a un límite/obligación para el causante y un derecho del legitimario, cuya exigibilidad quedará a la libre decisión de los lesionados⁴²⁶.

En cualquier caso, ha de recordarse que los legitimarios no poseen en vida del causante ningún derecho (ni siquiera de naturaleza potencial, como ocurría con la *Wartrecht* de los derechos germánicos o no romanos⁴²⁷), y que habrán de esperar a la muerte para realizar las operaciones de cálculo de la legítima y, en caso de que concurren los requisitos establecidos para ello, atacar las donaciones por inoficiosa. Tal se desprende del art. 654.I CCE, cuando establece que las donaciones producirán efectos en vida del donante, haciendo suyos los frutos el donatario⁴²⁸. De ahí que una donación nunca pueda calificarse de inoficiosa en vida del donante, pues mientras vive el causante no hay legitimarios, ni legítima, ni es posible que se dé la inoficiosa.

1.5. Diferencia con el art. 634 CCE

Se trata, como el propio artículo 636 CCE señala, de un límite distinto y ajeno al del art. 634 CCE. En atención a este artículo:

⁴²³ Lo contrario ocurría en el derecho histórico. Puede verse VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Apuntes de Derecho Sucesorio III. Atribución de la legítima por actos *inter vivos*” en *Anuario de Derecho civil*. Vol. 7. Num. 3. 1954. p. 670.

⁴²⁴ Así lo entiende la totalidad de la doctrina. Por todos, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 154.

⁴²⁵ DE FUENMAYOR, Amadeo. “La intangibilidad de la legítima” en *ADC*. cit. p. 47. La inoficiosa sólo nace (o puede verificarse) en el momento de la apertura de la sucesión.

⁴²⁶ MUCIUS SCAEVOLA, QUINTUS. *Código Civil comentado y concordado extensamente*. Tomo XIV. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1944. p. 183.

⁴²⁷ Cosa que no es del todo cierta en el Derecho civil italiano, como diremos a continuación.

⁴²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo IV. cit. p. 250.

“La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a su circunstancia”.

Como se ha indicado, la prohibición de donar la totalidad de los bienes presentes constituye, según la norma y la interpretación que de la misma hace la totalidad de la doctrina, un límite distinto al contenido en el art. 636 CCE⁴²⁹ [STS de 21 de marzo de 1958 (RJ\1958\1088)]. Para subrayar la diferencia entre ambos, señala la doctrina una serie de importantes diferencias:

Primera, respecto al origen y desarrollo histórico, ambos límites nacieron y evolucionaron históricamente separados. La inoficiosidad, como límite de la donación, aparece vinculada al *officium pietatis* o deber (moral *ab origine*), del padre/testador hacia sus más allegados parientes⁴³⁰. El origen de la prohibición del art. 634 CCE se encuentra, por el contrario, en el llamado “beneficio de competencia”, en virtud del cual aquel que se había obligado a donar, si al momento de cumplir la obligación no tenía patrimonio suficiente para hacerlo (debiendo pedir prestado a un tercero), quedaba dispensado, por razones de humanidad, de dicha obligación⁴³¹.

Segunda, la *ratio* de ambos artículos es diversa. En el art. 636 CCE, lo que se pretende es la protección de la legítima; en el art. 634 CCE, por el contrario, se está protegiendo a la propia persona del donante⁴³².

⁴²⁹ Por todos, RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1322.

⁴³⁰ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 15. VOICI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo*. cit. p. 727.

⁴³¹ GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. cit. p. 87.

⁴³² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil. Tomo VI.2*. cit. p. 672: “El derecho a la vida exige medios materiales necesarios para satisfacer directamente nuestras necesidades físicas e intelectuales y morales, y, por tanto, niega al hombre el que pueda abrogarse el derecho de privarse de los medios de subsistencia por un acto que más que de liberalidad puede ser calificado de prodigalidad o de locura”.

Discrepa GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. cit. p. 94. para quien la *ratio* de la norma es la prevención del fraude.

No fue ésta, sin embargo, en opinión de MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 204, la *ratio* originaria de la norma, que era proteger la sucesión, evitando, por un lado, que se produjeran supuestos de negociación (vía donación) con la herencia futura y, por otro, que al donante no le quedaran bienes, en propiedad o en usufructo, de los que poder disponer por testamento.

Tercera, respecto a su finalidad, mientras que en el art. 636 CCE el derecho que se pretende salvaguardar es la legítima; en el art. 634 CCE el *quid* patrimonial protegido lo representa “lo necesario para vivir en un estado correspondiente a su circunstancia (la del donante)”, que no es una cantidad determinada, sino determinable y relativa al estado socioeconómico de la persona del donante⁴³³.

Cuarta, respecto a la naturaleza y funcionamiento del límite, el art. 636 CCE representa, como ya se ha indicado, un límite de naturaleza *mortis causa*, que únicamente podrá concretarse y actuar a la muerte del donante⁴³⁴. En efecto, es imposible saber, al momento de realizarse la donación, si la misma podrá devenir o no inoficiosa en el futuro. Sin embargo, el límite reflejado en el art. 634 CCE es ajeno al ámbito sucesorio, actual y efectivo desde el momento en que se realiza la donación, no debiendo esperarse a ningún momento posterior para determinar si el montante de la misma es o no excesivo, en relación con el parámetro que impone esta norma⁴³⁵.

Pese a estas diferencias, sin embargo, ambos límites actúan sobre la donación de un modo semejante. Ninguno la vicia de nulidad⁴³⁶, por lo que será válida, en principio, también por el exceso, la donación de todos los bienes presentes, que, como la inoficiosa, será meramente reducible [STS de 29 de mayo de 1991 (RJ\1991\3943), para la que el incumplimiento del art. 634 CCE no da lugar a la nulidad radical de la donación (FD 3º)].

Al igual que el límite derivado de la inoficiosidad, tampoco el contenido en el art. 634 CCE actúa *eo ipso*, por lo que siempre operará a instancia de parte interesada (judicial o extrajudicialmente)⁴³⁷. Esta particularidad hace que, como en el caso de la donación inoficiosa, no pueda ni deba el Notario al autorizar el otorgamiento de la escritura, ni el Registrador, al inscribirla, averiguar si el donante se reserva o no lo necesario para

⁴³³ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel. “La donación” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo III.2º*. cit. p. 631.

⁴³⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 435. En el Derecho italiano hay instituciones, como el *patto di famiglia* o la oposición a la donación, sin embargo, en las que el límite representado por la legítima puede tener virtualidad *inter vivos*.

⁴³⁵ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1322.

⁴³⁶ Por todos, MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 208. para la validez de la donación hecha en contravención de lo establecido en el art. 634 CC. Y para la validez inicial de la donación inoficiosa, GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 247.

⁴³⁷ ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y DE CASTRO GARCÍA, Jaime. *Código civil. Doctrina y jurisprudencia. Tomo III. Arts. 609 a 1087*. Madrid: Trivium. 1991. p. 82.

vivir⁴³⁸. También supone que ni el límite del art. 634 CCE, ni el del 636 CCE, tendrán efectos retroactivos, siéndoles a ambos de aplicación lo establecido en el art. 654 CCE.

En consecuencia, el límite del art. 634 CCE, como el de la inoficiosidad, hará nacer en favor del donante una acción de reducción, destinada a recuperar lo que éste necesite para vivir⁴³⁹. Acción de reducción que, pese a tener el mismo nombre que la recogida en el art. 636 CCE, es netamente diferente de ella, aunque den origen al mismo tipo de ineficacia negocial⁴⁴⁰.

1.6. La ausencia de *animus fraudis*

Aunque se volverá sobre esto en el capítulo 4, al abordar la diferencia que, a nuestro juicio, existe entre la donación inoficiosa y la donación hecha en fraude de legitimarios, puede aquí decirse que el art. 636 CCE no requiere, como elemento constitutivo de su supuesto de hecho, para que una donación sea reputada inoficiosa, ningún tipo de intención fraudulenta en el donante.

Esta ausencia de *animus fraudis* va a suponer: por un lado, que la reducción por inoficiosidad, como categoría de ineficacia negocial, no pueda asimilarse completamente a la rescisión por fraude; y por otro, que no puedan tratarse como supuestos iguales la donación inoficiosa y la donación hecha en fraude de legitimarios.

Respecto a la primera cuestión, hay un sector doctrinal que acerca la reducción por inoficiosidad y la rescisión por fraude, si bien objetivando el *animus fraudis* en la reducción por inoficiosidad⁴⁴¹. De este modo, bastaría la prueba del perjuicio sufrido en la legítima para que se presuma que la donación se hizo con intención de defraudarla.

⁴³⁸ Así, MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 209. INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, José Ramón y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Rafael. *Derecho matrimonial y donación.* Hospitalet de Llobregat: Bosch. 2014. p. 267.

⁴³⁹ Cuyo régimen jurídico, en líneas generales, puede verse en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 634” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 1611.

⁴⁴⁰ Diferencias que no ahondamos aquí, pero que subrayan, entre otros: MENDEZ, Rosa M. y VILALTA A. Esther. *Donación: acciones de revocación y reducción.* Barcelona: Bosch. 2001. p. 13. HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada. “Restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*: Las legítimas” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.). *Compendio de Derecho civil. Sucesiones.* Madrid: Dykinson. 1998. p. 486.

⁴⁴¹ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas.* cit. p. 254.

Sin embargo, no deja de ser esto una presunción innecesaria para explicar el régimen jurídico de la donación inoficiosa y de la ineficacia que comporta. Así, si, como se defenderá al final de este capítulo, la inoficiosidad provoca un tipo de ineficacia que, si bien perteneciente a la órbita de la rescisión, no es identificable del todo con su explicación general, se hace innecesario acudir al fraude objetivado para justificar el mecanismo de la rescisión.

Respecto a la segunda cuestión, la de la imposibilidad de asimilación de la donación inoficiosa y de la donación hecha en fraude de legitimarios, hay que señalar que se parte de dos supuestos de hecho distintos: en el primero, el donante realiza un acto válido, conforme a la regulación del Código civil español vigente (arts. 618 y ss.), cuya causa o motivo causalizado es el *animus donandi* y la intención de beneficiar al donatario, a expensas del propio patrimonio del donante. En el segundo supuesto, por el contrario, el motivo principal de la donación (que, por lo general, irá disimulada bajo la apariencia de otro contrato, normalmente oneroso) será minorar el propio patrimonio a fin de menguar (o extinguir) las legítimas debidas.

Así, sin pretensiones de cerrar una cuestión largamente debatida, puede decirse aquí, sin perjuicio de ulteriores explicaciones⁴⁴², que no es lo mismo donar a un extraño que donar a un extraño *en perjuicio* de un legitimario⁴⁴³. Hay en el segundo supuesto un elemento de fraude, de ilicitud, que vicia el negocio de nulidad.

Lo dicho nos lleva a concluir que no puede aplicarse a la donación hecha en fraude de los legitimarios la consecuencia jurídica del art. 636 CCE, pues regula esta norma un supuesto de hecho completamente distinto. Habremos de acudir, entonces, como hace la jurisprudencia⁴⁴⁴ al art. 1275 CCE⁴⁴⁵. Queda, por tanto, a disposición de los acreedores la acción de nulidad, con separación de la de reducción (aunque puede ocurrir – como explicaremos en el capítulo 4 – que concurran los supuestos o requisitos de hecho de ambas acciones, en cuyo caso serían acumulables, de manera alternativa o subsidiaria).

⁴⁴² Que se dan por extenso en el capítulo 4.

⁴⁴³ PUIG BRUTAU, José. *Diccionario de acciones en Derecho civil español*. Barcelona: Bosch. p. 198. De la misma opinión RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*. Madrid: Dykinson. 1987. p. 127.

⁴⁴⁴ SSTs de 20 de junio de 2007 (RJ\2007\5574), de 23 de octubre de 2002 (RJ\2002\9481), de 30 de junio de 1995 (RJ\1995\5276) y de 20 de diciembre de 1985 (RJ\1985\6604), entre otras.

⁴⁴⁵ Así lo entiende también PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 143.

2. Régimen jurídico

El régimen jurídico de las donaciones inoficiosas se encuentra disperso por el Código civil español, dividido entre la regulación de las donaciones y el Libro dedicado a la sucesión *mortis causa*.

En sede de donaciones encontramos los arts. 636, 654, 655 y 656 CCE. El primero, como ya hemos indicado, trata de establecer y definir (como mayor o menor acierto) el límite de la inoficiosidad, entendido, según se ha interpretado *supra*, como la obligación del causante de disponer (*inter vivos* o *mortis causa*) de parte del valor de su patrimonio en favor de determinados parientes (en su caso ordenando las conmutaciones conforme a sus requisitos legales).

Los arts. 654 y 655 CCE establecen el modo de llevarse a cabo la reducción de las donaciones inoficiosas y sobre ellos habrá de volverse al explicar el régimen jurídico de la acción de reducción (al que dedicamos el capítulo 4).

El art. 656 CCE, finalmente, es, para un sector de la doctrina, una norma de naturaleza sucesoria (desubicada sistemáticamente) cuyo propósito no es otro que el de establecer la imputación de las donaciones hechas a extraños⁴⁴⁶.

En sede de sucesiones, para completar este régimen jurídico, en conexión con el art. 636 CCE, encontramos los arts. 763 (que establece la obligación del donante/testador que tiene legitimarios de disponer del valor de una parte de su patrimonio en favor de éstos), 806 (que determina la existencia de la legítima en el Derecho común o de Castilla) y 807 y ss. (que establecen el número e identidad de los legitimarios, así como las cuotas que les han de ser atribuidas en el Derecho común).

También se han de incluir aquí los arts. 818 CCE y las normas reguladoras de la imputación. El art. 818, como se indicará en el Capítulo 3, establece, mediante lo que se conoce como reunión ficticia o computación de donaciones⁴⁴⁷, las reglas de cálculo de la legítima y de la cuota que corresponde a cada legitimario, que es una operación imprescindible, como ya se ha visto y como mejor se explica en el capítulo 3, para valorar

⁴⁴⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 4993.

⁴⁴⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. Cizur Menor: Aranzadi. 2017, p. 336.

si las donaciones hechas por el causante perjudicaron o no los derechos de sus legitimarios.

Especial atención debe darse también a los arts. 656, 816, 819, 822, 825, y 1038 CCE, que contienen las reglas de imputación de donaciones, necesarias para determinar a qué porción de la herencia deben cargarse, contablemente, las diferentes donaciones hechas por el causante a fin de valorar si éste satisfizo en vida la legítima de sus legitimarios o, por el contrario, incumplió la obligación contenida en el art. 763.II CCE, minorando indebidamente la *portio* legítima (y, en su caso, cuánto comenzó a pagar en vida de los legitimarios, y cuánto, en su caso, los desigualó mediante el empleo del tercio de mejora).

Finalmente, por la remisión que a ellos se contiene en el art. 654.II, han de incluirse también en el régimen jurídico de la donación inoficiosa los arts. 820, 821 y 822 CCE (por extensión), que establecen el modo en que ha de llevarse a cabo la reducción en supuestos concretos que son también aplicables, por analogía establecida por el propio legislador, en caso de donaciones.

Aunque veremos en el capítulo 6 que son normas de carácter supletorio y que expresan únicamente una de las formas que puede adoptar la reducción en determinados supuestos.

3. Naturaleza jurídica

Todo lo dicho hasta ahora para clarificar el concepto de donación inoficiosa debe ser aplicado, también, al estudio de su naturaleza jurídica⁴⁴⁸, que en esta investigación se afronta desde la perspectiva de la ineficacia que va a producir la reducción por inoficiosidad.

Desde esta perspectiva, la naturaleza jurídica predicada de la donación inoficiosa ha ido mutando, desde ser considerada un acto/negocio nulo o anulable⁴⁴⁹, hasta ser reputada

⁴⁴⁸ Nos adentramos en este apartado haciendo nuestra la prevención MASIDE MIRANDA, José Enrique. *Legítima del cónyuge superviviente*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios. p. 278: “La llamada naturaleza jurídica de una institución o figura de Derecho no es un preconcepto al que se ajusten, por las buenas o por las malas, sus características, efectos ni elementos, sino que, por el contrario, viene a ser un resumen conceptual obtenido por inducción, de dichos caracteres, elementos y efectos”.

⁴⁴⁹ Esta opinión puede encontrarse en SANPONTS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón y FERRER Y SUBIRANA, José (ed.). *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X, con la glosa del Lic. Gregorio López*. Tomo III. cit. p. 52.

válida, pero rescindible, sin que en la actualidad sea unánime en la doctrina española el tipo de ineficacia que le es de aplicación.

Entre ambas, se han defendido, también, otros tipos de ineficacia. Así, si atendemos a los antecedentes inmediatos del Código civil español vigente, especialmente al Proyecto de Código de 1851⁴⁵⁰ y a su más reputado comentarista, GARCÍA GOYENA, la inoficiosidad aparece asemejada a la resolución, funcionando la muerte del donante como condición resolutoria del negocio realizado.

De este modo, GARCÍA GOYENA, comentando el art. 971 del Proyecto (ya transcrito en el capítulo 1), afirma que a la muerte del donante pasa automáticamente al legitimario el dominio de los bienes afectados por la inoficiosidad, funcionando la muerte como una especie de condición resolutoria, y que por esto el donatario deja de hacer suyos los frutos⁴⁵¹. La donación, como ocurre en el régimen vigente (art. 654 CCE), sería válida en vida del causante, pero, a la muerte de este, quedaría resuelta, al menos en lo que tenga de excesiva.

En coherencia con esta concepción de la donación inoficiosa, el propio Proyecto establece que la acción de reducción pueda afectar a terceros, previa excusión de los bienes del donatario (art. 891 PCC 1851⁴⁵², aquí aplicable por la remisión al Capítulo 2º del Título III que hace el art. 971.II PCC 1851 *in fine*)⁴⁵³.

La doctrina, ya bajo el Código civil vigente, cambia y modifica su concepción de la donación inoficiosa. Así, MANRESA, es de la postura de que la donación (posteriormente declarada inoficiosa) siempre lleva un vicio escondido bajo su “falsa apariencia” de acto válido, que permanece “latente y oculto” hasta el momento de la muerte del donante, “como en los organismos al parecer más sanos se esconden a veces

⁴⁵⁰ Que, en atención a la Base 1ª LBCC de 1888, debe ser tomado como base del futuro Código, en la medida en que “se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio”.

⁴⁵¹ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II.* cit. p. 315. “Pero, como desde ese mismo instante [la apertura de la sucesión] pasan el dominio y la posesión de los bienes, incluso el esceso de los donados, a los herederos, cesa también el donatario de hacer suyos los frutos en cuanto al esceso: lo mismo se dispone en el art. 890, y téngase presente el 1252 sobre la inoficiosidad de las donaciones matrimoniales”.

⁴⁵² “Cuando el inmueble o inmuebles donados escudieren del haber del donatario, y este los hubiere enagenado, los coherederos solo podrán repetir contra el tercer poseedor por el esceso y previa excusión de los bienes del donatario”.

⁴⁵³ Esta previsión desaparece en el Anteproyecto de 1882-1888 y no pasa al actual Código civil español común, que, en supuestos de reducción, por el carácter personal de la acción, sólo permite atacar al tercero en supuestos de mala fe.

gérmenes destructores que esperan una ocasión propicia para desarrollarse y producir enfermedad”⁴⁵⁴. Este vicio no sería otro que el haber procedido el causante a disponer más allá de la parte disponible. Resuenan aquí, en nuestra opinión, los ecos de una legítima entendida como *pars hereditatis* o, cuanto menos, como *pars reservata*.

Sin embargo, como ya se ha señalado *supra*, la regulación que se hace tanto de la legítima como de la donación inoficiosa desmiente o es incompatible con una legítima entendida como *pars reservata*. Como ejemplo podemos tomar, para el Proyecto de 1851, el art. 971.I; y, para el Código civil español actual, el art. 654.I, que parecen rechazar la idea de que la donación (que posteriormente se declare inoficiosa) nazca al mundo jurídico aquejada de un vicio invalidante. Lo cual se coordina bien con el régimen jurídico de la inoficiosidad y con la ineficacia negocial que ésta va a provocar.

Es precisamente por la configuración que el Código civil español común hace de la inoficiosidad por lo que, en la actualidad, doctrina y jurisprudencia son unánimes en rechazar que la donación inoficiosa pueda ser reputada nula o anulable⁴⁵⁵.

Siguiendo la letra y dinámica del Código civil español común, puede decirse que todas las donaciones hechas por el causante serán, en principio, válidas y eficaces y convertirán al donatario en titular real de lo bienes objeto de las mismas, tal y como señala el art. 654.I CCE *in fine*.

El art. 636 CCE, así, no declara nula o inválida la donación hecha contra la legítima, sino que abre la posibilidad de que sus efectos sean limitados a instancias del legitimario⁴⁵⁶. En efecto, la inoficiosidad es una actuación *ex post facto*, esto es, una facultad de aplicar un límite⁴⁵⁷, que nunca actuará *per se*, sino siempre a instancia del legitimario lesionado. Y esto por varios motivos:

1. La inoficiosidad no opera en vida del causante. La inoficiosidad, toda vez que es un tipo de ineficacia vinculada a la legítima y a su protección, nunca

⁴⁵⁴ Por ejemplo, MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 214.

⁴⁵⁵ Incluso aquellos autores que defienden una legítima *pars reservata*. Por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “La naturaleza de la legítima” en ADC. cit. p. 889.

⁴⁵⁶ DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho civil. Tomo I.* cit. p. 469. LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Derecho de sucesiones. Vol. I. Delación, legítimas, reservas.* Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto. 1989. p. 165.

⁴⁵⁷ Sobre la legítima como límite en la doctrina italiana, NAPPA, Stefano. *La successione necessaria.* cit. p. 9.

podrá juzgarse en vida del donante (pues mientras vive el *de cuius*, no hay legítima ni ésta puede actuar en modo alguno⁴⁵⁸), sino que habrá de esperarse hasta la apertura de la sucesión, pues es el momento de la muerte el que determinará tanto la inoficiosidad como quién podrá solicitar la reducción⁴⁵⁹, a salvo lo dicho a lo largo de este capítulo sobre los actos onerosos realizados en fraude de legítima.

A mayor abundamiento, para calificar una donación de inoficiosa es preciso conocer el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte (así el art. 654.I CCE en relación con el art. 818 CCE); por ello, forzosamente, en vida del donante no es posible calificar de inoficiosa a ninguna donación (como mejor se explica en el capítulo 3).

Contrasta esto con el régimen jurídico de la nulidad absoluta, en el que se profundizará *infra* (junto con la nulidad relativa) y en el que, a diferencia de lo que aquí se señala, se puede impugnar el negocio pretendidamente anulable desde su consumación, sin esperar a la apertura de sucesión alguna, pues la nulidad parte de un vicio existente y actuante en el mundo jurídico desde el nacimiento del contrato o acto.

Igualmente, es difícil coordinar la tesis según la cual la donación inoficiosa es nula con la falta de legitimación de los legitimarios para atacar la donación en vida del causante. Y esto, porque, en principio, legitimación para ejercitar la acción de nulidad tiene cualquier persona que ostente un interés legítimo⁴⁶⁰, como es el caso de los legitimarios.

Esta falta de legitimación activa de la que adolece el legitimario en vida del causante no es sino una consecuencia (más) de la vinculación de la inoficiosidad con la legítima.

2. La inoficiosidad no priva al donatario de su condición de titular de los bienes donados. El art. 654.I CCE *in fine*, tantas veces citado, es claro en su dicción: la donación produce efectos en vida del donante, haciendo suyos los frutos el donatario.

El donatario, por tanto, no será exclusivamente poseedor de buena fe no propietario, ni propietario condicional de la donación (como si la muerte

⁴⁵⁸ Ya veremos en el capítulo 6 que es otra la solución que se contienen en los arts 768 bis y ss. CCI.

⁴⁵⁹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de contratos*. Barcelona: Bosch. 2003. p. 243.

⁴⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo I. cit. p. 447.

del causante – unida al hecho de ser la atribución excesiva en los términos ya vistos – funcionara a modo de condición resolutoria implícita), sino verdadero titular de los bienes⁴⁶¹ y, por consiguiente, titular de todos los poderes, facultades y derechos que asisten al propietario (como paradigmático, puede citarse el art. 348 CCE).

A mayor abundamiento, puede señalarse que, en efecto, al contrario de lo que ocurre con la nulidad, la reducción no tiene efectos retroactivos, es siempre *ex nunc*⁴⁶², por lo que difícilmente podrá hablarse de nulidad de la donación inoficiosa. Sobre ello volveremos a lo largo de este capítulo.

3. La inoficiosidad no actúa ipso iure. La inoficiosidad no opera *ipso iure*, sino que es necesario ejercitar judicialmente la acción de reducción y que ésta sea estimada⁴⁶³ (o, como se ha indicado, ejercitar la pretensión extrajudicial y que sea aceptada).

Por ello, no puede ser declarada de oficio por los Tribunales, que no podrán pronunciarse sobre la inoficiosidad salvo que ésta forme parte del *petitum* de la demanda.

En efecto, en base al principio dispositivo o de aportación de parte que rige el proceso civil⁴⁶⁴ y a la necesidad de congruencia de la sentencia *ex art. 218 LEC*⁴⁶⁵, no podrá el Juez declarar la inoficiosidad, salvo que este pronunciamiento se pida expresamente en el *petitum* de la demanda o, en cualquier caso, pueda considerarse que forme parte del objeto del proceso,

⁴⁶¹ Así, Por ejemplo, PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II.* cit. p. 95.

⁴⁶² Así, con apoyo en los arts. 654.I y 651.I CC, CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo IV.* cit. p. 255.

⁴⁶³ Así la totalidad de la doctrina. Por todos, TORRES GARCÍA, Teodora F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “La legítima en el Código Civil (I)” en TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.). *Tratado de legítimas.* Barcelona: Atelier. 2012. p. 58.

⁴⁶⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 220.

⁴⁶⁵ Tanto el principio dispositivo como la necesidad de congruencia prohíben al Juez pronunciarse sobre lo no pedido, según MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil.* Valencia: Tirant lo Blanch. 2018. p. 154. También, GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. Tomo I. El proceso de declaración. Parte general.* Madrid: Ediciones jurídicas Castillo de Luna. 2017. p. 236.

según los hechos relatados y los fundamentos de Derecho invocados (so pena de incurrirse en incongruencia *extra petita*⁴⁶⁶).

Diferente es el caso de la nulidad, que – al menos en opinión de la doctrina llamada tradicional – sí opera *per se* y que puede ser declarada de oficio por el Tribunal, sin necesidad de que dicho pronunciamiento haya sido pedido (por acción o excepción) por ninguna de las partes, pues “el contrato nulo nace inatendible y nadie debe prestar amparo ni al contrato ni a las pretensiones que en el contrato tengan su fundamento”⁴⁶⁷.

Estas opiniones han sido, sin embargo, muy matizadas por la doctrina más moderna. Así, CARRASCO⁴⁶⁸ señala, por ejemplo, que la acción de nulidad – pese a su pretendida imprescriptibilidad – no puede tener un plazo que le permita conseguir resultados que ya no pueden obtenerse por la acción de restitución. Del mismo modo, señala que, si bien es cierto que se admite la legitimación activa de terceros, éstos habrán de alegar un interés legítimo⁴⁶⁹ (como en el caso – analizado en el capítulo 4 – de que los legitimarios impugnen los negocios realizados por el causante en fraude de su legítima).

4. La inoficiosidad actúa sobre los efectos del negocio, no sobre el negocio mismo. La acción de reducción por inoficiosidad (y la ineficacia que provoca su ejercicio victorioso) no va dirigida a cuestionar la validez de la donación como acto, sino a limitar sus efectos⁴⁷⁰. La donación, así, seguirá siendo válida, porque lo fue en vida del donante si la hizo conforme a Derecho⁴⁷¹.

La inoficiosidad no ataca el negocio jurídico donación, sino que pretende únicamente reducir sus efectos en la medida suficiente y necesaria para resarcir o compensar al legitimario lesionado en su derecho. Se trata, por

⁴⁶⁶ Conocida teoría de la sustanciación en la pretensión ejercitada y los límites del pronunciamiento congruente.

⁴⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo I. cit. p. 446.

⁴⁶⁸ CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 2010. p. 647.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 685.

⁴⁷⁰ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 231. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Madrid: Tecnos. 1989. p. 119.

⁴⁷¹ En este sentido, la STS 23 de octubre de 2002 (RJ\2002\9481).

tanto, como se explicará, de una ineficacia relativa y parcial, que se separa de la ineficacia absoluta y *erga omnes* que se predica de la nulidad.

Distinto es el efecto que produce la nulidad, que sí cuestiona al negocio jurídico, teniéndolo por “no realizado”⁴⁷².

5. La reducción por inoficiosidad se produce por el ejercicio de una acción distinta a la de nulidad. Señala VALLET⁴⁷³ que la acción de reducción tiene unas características propias que la separan, alejan e, incluso, la contraponen a la acción de nulidad.

En efecto, la acción de reducción es de naturaleza rescisoria (para la mayoría de la doctrina⁴⁷⁴), personal, individual, constitutiva, cuyo objetivo es reparar el perjuicio sufrido por el legitimario, y que debe ejercitar cada legitimario únicamente en lo que afecte a su legítima⁴⁷⁵. Distintos son los caracteres de la acción de nulidad⁴⁷⁶.

También se van a distinguir ambas acciones por sus efectos. Así, el ejercicio victorioso de la acción de reducción producirá, como se explicará más adelante, una transmisión patrimonial del bien objeto de la donación (cuando se produzca la restitución *in natura*) del patrimonio del donatario al patrimonio del legitimario⁴⁷⁷. El ejercicio victorioso de la acción de nulidad, por el contrario, va a producir, como efecto normal y propio, la restitución de las prestaciones del contrato que ya se hayan cumplido (y el retorno de los bienes al caudal relicto) o la inexigibilidad de las que estén pendientes.

Y esto porque, en el primer caso, en el de la reducción por inoficiosidad, la donación sigue existiendo y produciendo efectos, cuestionándose

⁴⁷² DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo I. cit. p. 445.

⁴⁷³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 806” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XI. cit. p. 9.

⁴⁷⁴ Por todos, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*. cit. 125. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Anotaciones a BINDER, Julius. *Derecho de sucesiones*. cit. p. 306. HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada. “Restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*: Las legítimas” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.). *Compendio de Derecho civil. Sucesiones*. cit. p. 486.

⁴⁷⁵ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*. Madrid: Dykinson. 2000. p. 405.

⁴⁷⁶ Pueden verse, conforme los entiende la doctrina tradicional, en DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo I. cit. p. 447.

⁴⁷⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 155. Nota 14. Misma idea más adelante (p. 157): “El producto de la reducción, que no estaban *in bonis* del causante, pasa directamente al legitimario perjudicado”.

únicamente la extensión de éstos. En el segundo caso, por el contrario, el negocio jurídico declarado nulo nunca habrá llegado a existir y, por tanto, nunca debió haber producido ningún efecto (art. 1303 CCE).

Tomando como referencia la ineficacia que aqueja a las donaciones inoficiosas, así como la interpretación que hemos hecho de los arts. 806 y 636 CCE, en relación con el art. 763 CCE (que, como se ha indicado, parece contener la correcta definición de la legítima⁴⁷⁸), difícilmente podrán reputarse nulas, ni anulables, ni aquejadas de ningún tipo de nulidad (ni siquiera de la parcial, tan en boga ahora mismo).

Las donaciones inoficiosas son, como se ha dicho, negocios jurídicos válidos, que van a producir efectos en vida del donante, produciendo un verdadero desplazamiento patrimonial de los bienes objeto de las mismas, del donante al donatario, que quedará en poder de dichos bienes como propietario, pudiendo gravarlos o enajenarlos.

La naturaleza jurídica de la donación inoficiosa puede configurarse, así, como la de cualquier otra donación válida y eficaz, que va a producir todos sus efectos, y que no podrá ser atacada en vida del causante. Una vez muerto el donante, la donación continuará siendo válida y eficaz y produciendo todos sus efectos, sin que la mera muerte del *de cuius* tenga ninguna repercusión sobre el negocio en sí o sobre sus efectos.

Es más, si hechas las operaciones de cálculo de la legítima (la imputación, la computación y, cuando proceda, la colación), se descubre que algunas donaciones no cupieron en la parte de libre, tampoco sufrirán éstas merma alguna en su subsistencia o eficacia jurídica⁴⁷⁹. El donatario seguirá siendo donatario y poseyendo el bien objeto de la donación en concepto de dueño. Tan sólo ocurrirá que nacerá, para el legitimario, el derecho a ejercitar ante los Tribunales la acción de reducción, pudiendo obtener, a través de ella, que la donación sea declarada inoficiosa y que el donatario sea obligado a reintegrarle (al menos) el valor del bien objeto de la donación hasta satisfacer la totalidad de su legítima⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Así, ROCA SASTRE, Ramón M^º. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*. cit. p. 44.

⁴⁷⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 154.

⁴⁸⁰ PUIG BRUTAU, José. *Diccionario de acciones en Derecho civil español*. cit. p. 166.

La donación inoficiosa, por consiguiente, es una donación válida, sin embargo, en la medida en que supone un perjuicio para los derechos del legitimario, es *rescindible*⁴⁸¹, esto es, que sus efectos pueden ser eliminados, de manera relativa (en relación con el legitimario perjudicado) y parcial (únicamente para reparar el perjuicio sufrido), sin que en ningún caso se vea afectada la existencia del negocio jurídico, lo que funda, entre otras cosas, en el Derecho español común, que los terceros adquirentes de los bienes queden en posesión de los mismos y que, salvo en casos de fraude – pero por otras razones –, no puedan ser atacados por la acción de reducción⁴⁸².

Sobre consideraciones anteriores, por el carácter propedéutico de este capítulo, se volverá más adelante, especialmente en los capítulos 3 y 4.

III. LA DONACIÓN INOFICIOSA EN EL DERECHO ITALIANO

1. Concepto de donación

La definición legal de donación, para el ordenamiento jurídico italiano, se contiene en el art. 769 CCI, que dice así:

“La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione”.

El Código civil italiano, así, al contrario de lo que ocurre con el Código español común, cierra la cuestión de la naturaleza jurídica de la donación, imputándole una naturaleza contractual (*la donazione è il contratto*). Muy otra fue la opción seguida por el codificador de 1865, que, en el art. 1050, definía la donación – siguiendo y perpetuando el modelo acogido en el *Code* – como acto y la incluía como uno de los modos de adquirir la propiedad⁴⁸³ (tal y como continúa haciendo el Código civil español en su art. 609).

⁴⁸¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo IV*. cit. p. 253: “Se llama así [reducción] a la *rescisión* parcial que la ley establece para rebajar, en cuanto al exceso, las donaciones que resulten inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte (art. 654)”.

⁴⁸² Como se profundizará, dentro del capítulo 4, en el epígrafe dedicado a la legitimación pasiva, a cuyas consideraciones nos remitimos.

⁴⁸³ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 89. AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 764.

Lo dicho ya refleja que la dicción del art. 769 CCI puede servir como guía de una futura reforma del régimen jurídico de la donación en España, que cerrase definitivamente la cuestión de su naturaleza jurídica, calificándola, como es el sentir mayoritario en la doctrina, de contrato⁴⁸⁴.

Volviendo a la dicción del art. 769 CCI, este configura la donación, para la casi totalidad de la doctrina italiana, como un contrato de naturaleza consensual⁴⁸⁵.

El debate doctrinal italiano en torno a la donación no estará centrado, por consiguiente, en su naturaleza jurídica, sino en identificar sus elementos esenciales y en separarla de los restantes tipos de contratos gratuitos.

Y a este respecto, señalan los autores⁴⁸⁶ que la calificación de un negocio como donación (o, siguiendo la nomenclatura que hemos apuntado antes, como negocio donativo) vendrá dada por la concurrencia de dos requisitos, uno de tipo objetivo y otro de tipo subjetivo.

1. Requisito objetivo: el enriquecimiento. El requisito objetivo se cifraría, como hemos visto que ocurre en la doctrina española, en la presencia del enriquecimiento que percibe el donatario y que es exigido por el propio artículo transcrito (*una parte arricchisce l'altra*)⁴⁸⁷.

Si bien algunos autores españoles ponían en paridad enriquecimiento y empobrecimiento⁴⁸⁸, la doctrina italiana subraya, sobre todo, el aspecto del enriquecimiento, que es el expresamente mencionado en la norma.

Es pacífico afirmar⁴⁸⁹ que a la noción de enriquecimiento a que aquí se atiende es la puramente económica: se refiere a un aumento del patrimonio del donatario.

⁴⁸⁴ En efecto, el codificador italiano fue capaz, partiendo de una donación concebida como acto (art. 1050 Codice de 1865), de pasar a una donación entendida a todos los efectos como contrato. Sobre el particular, puede verse toda la primera parte de GARDANI, Lycia. *Delle Donazioni*. cit. pp. 2 y ss.

⁴⁸⁵ Por todos, GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 976: “essa si perfeziona nel momento in cui si forma il consenso delle parti; il trasferimento o la costituzione del diritto è un effetto reale del contratto, mentre ne sarà effetto obbligatorio la consegna della cosa donata, che è cosa già di proprietà del donatario per effetto reale”.

⁴⁸⁶ Por todos, puede citarse PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 7. GARDANI, Lycia. *Delle Donazioni*. cit. p. 5.

⁴⁸⁷ Y esto, señala BARTOLUCCI, Lorenzo. “La donazione” en BALESTRA. *Successioni e donazioni*. cit. p. 1613, aunque, como permite el art. 793, 2º comma, el modo absorba la totalidad del valor de lo donado.

⁴⁸⁸ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. cit. p. 68.

⁴⁸⁹ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 92.

Pese a lo dicho, un sector de la doctrina señala – con fundamento, nos parece – que el enriquecimiento que produce o produzca el acto donativo siempre habrá de venir acompañado de un correlativo empobrecimiento, que puede ser actual (donación real) o potencial (donación obligatoria)⁴⁹⁰.

2. Requisito subjetivo: el *spirito di liberalità*. El requisito subjetivo se cifraría, para la doctrina italiana, en la conciencia, por parte del donante o dante causa, de no actuar compelido por obligación alguna. A esto es a lo que el Código civil italiano llamaría en el art. 769 “*spirito di liberalità*”⁴⁹¹.

AZZARITI⁴⁹² señala que es precisamente la presencia en la donación de este elemento subjetivo lo que permite negar la admisibilidad – en el ordenamiento italiano – de la promesa de donación. En efecto, con esta promesa se estaría asumiendo la obligación de realizar una donación, por lo que, si se admitiera la misma, la donación resultante de ella ya no podría ser calificada de donación, pues no estaría actuando el “donante” *nullo iure cogente*⁴⁹³.

El *spirito di liberalità* no debe ser confundido con el motivo o móvil personal y concreto del acto o negocio donativo⁴⁹⁴. En efecto, cuando se dice que se dona por espíritu de liberalidad no se está haciendo referencia a que el acto/negocio se lleve a cabo por motivos altruistas o buenos sentimientos: uno puede donar para perjudicar a otro, pero no compelido por obligación alguna.

El espíritu de liberalidad no entra, así, dentro de, ni puede ser confundido con, los motivos psicológicos, que – salvo que caigan en la órbita del fraude⁴⁹⁵ – no tienen ninguna repercusión en el mundo jurídico.

⁴⁹⁰ TORRENTE, Andrea. *La donazione*. cit. pp. 5 y ss. AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 766.

⁴⁹¹ Para una interesante interpretación del espíritu de liberalidad como libertad de elegir al destinatario de la atribución, puede verse GARDANI, Lycia. *Delle Donazioni*. cit. p. 33. Según esta autora, esa identificación entre espíritu de liberalidad y libre elección del destinatario de la atribución es la que explica la gradación existente entre los arts. 769 y 770 CCI (donde el destinatario deviene preelegido por las circunstancias).

⁴⁹² AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 778. Nota 3.

⁴⁹³ No debe confundirse la promesa de donación, en la que uno se obliga a donar, con la donación obligatoria, en la que la asunción de la obligación es el objeto de la donación misma.

⁴⁹⁴ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 7.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 9.

Lo importante para el espíritu de liberalidad, aquello en lo que jurídicamente se cifra, es la ausencia de coacción, es decir, que el donante no actúe en cumplimiento de obligación – jurídica o natural – alguna.

Precisamente por ser esto el espíritu de liberalidad, es decir, el actuar no obligado en modo alguno, y por constituirse dicho espíritu en el elemento subjetivo de la donación, no será esta compatible con el cumplimiento de obligaciones naturales. Así, señala BIONDI que el cumplimiento de las obligaciones naturales será acto/negocio gratuito, pero nunca podrá constituir una donación, pues en ellos faltará la absoluta ausencia de coacción, que es el elemento subjetivo de toda donación. En efecto, “chi dona non intende adempiere alcun obbligo, neppure di coscienza, come inversamente chi adempie un obbligo, anche di coscienza, non intende donare”⁴⁹⁶.

Esta apreciación de BIONDI nos va a ayudar, en los capítulos 3 y 4, a saber si deben computarse y reducirse las obligaciones naturales en el Derecho español, que solo las menciona – casi de pasada – en el art. 1901 CCE, *in fine*.

Así, en atención a lo dicho, para que un acto o negocio pueda ser calificado de donación o para adscribirle naturaleza donativa será necesario, en primer lugar, que el donante actúe por propia voluntad, sin verse obligado en modo alguno; en segundo lugar, la ausencia de contraprestación, y, en tercer lugar, que el acto comporte un empobrecimiento para el donante y un correlativo enriquecimiento para el donatario⁴⁹⁷.

Estos criterios, que tomamos de los autores citados, serán útiles en los capítulos que siguen para deslindar la donación – el acto/negocio donativo – de otros actos o negocios que, teniendo también causa gratuita, no van a verse, sin embargo, sometidos a reducción (o a computación o a colación...).

Y los mismos nos han ayudado a delimitar las características del acto/negocio que hemos venido en llamar donativo, y que se refiere a aquellos que, siendo realizados *nullo iure cogente*, causan en el “donante” un empobrecimiento que minora su patrimonio personal. Será este el acto/negocio contra el que pueda dirigirse, tanto si es calificado como donación o no, la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

⁴⁹⁶ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 83.

⁴⁹⁷ En el mismo sentido, TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 79.

Es cierto que esta noción puede ser criticada. Primero, porque hay actos que van a estar sometidos a la acción de reducción – como la dote – en los que el espíritu de liberalidad, definido como ausencia absoluta de obligación, es difuso. Segundo, porque los elementos citados, en opinión de algún autor, no son privativos o exclusivos del negocio donativo, sino que son también compartidos por otros negocios gratuitos que, sin embargo, caerán fuera de la órbita y del efecto de la acción de reducción⁴⁹⁸.

A esta segunda objeción contestaremos en el epígrafe dedicado a la separación de la donación con los negocios gratuitos. Respecto a la primera, puede señalarse que es por ello por lo que, de los dos elementos citados, el que más relevante nos parece a efectos de reducción es aquel objetivo del empobrecimiento. En efecto, en la medida en que la acción de reducción se configura como un mecanismo de defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, será determinante para su ejercicio que se produzca una minoración objetiva en el patrimonio del causante como consecuencia de la realización, por este y a su cargo, de un acto/negocio que suponga una salida de bienes o derechos sin contraprestación.

Es precisamente este empobrecimiento, a nuestro juicio, el que separa la donación y el negocio donativo de los restantes negocios con causa gratuita (especialmente, comodato, mutuo, depósito...) y, también, de otros, como la dote, en los que el elemento subjetivo – aunque presente – puede ser discutido. En los primeros, como señala algún autor⁴⁹⁹, puede haber, en efecto, un cierto enriquecimiento (aunque sea difuso), pero lo que no habrá en ningún caso es un verdadero – objetivo – empobrecimiento, entendido este término, como hace la doctrina italiana, en sentido patrimonial: como verdadera minoración del patrimonio de una de las partes. En los segundos, puede que el causante no obre sin obligación – en sentido amplio – alguna, pero es evidente que el acto le comporta un empobrecimiento en sentido objetivo y patrimonial.

Es la ausencia o presencia de este empobrecimiento el que hace – más allá de las características comunes que puedan compartir la donación y estos negocios/actos

⁴⁹⁸ Esta es la opinión de BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 69, para quien el espíritu de liberalidad y el binomio enriquecimiento/empobrecimiento también se da en otros negocios gratuitos o liberales, no necesariamente calificados como donación. De ahí que, según él, este no pueda ser el criterio de calificación. Ya veremos que, para este autor, la clave de la distinción estará en lo que establezca el legislador: donación será aquel negocio gratuito/liberal que el legislador haya calificado como donación.

⁴⁹⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 128.

mencionados – que los mismos caigan fuera o dentro del régimen jurídico de la acción de reducción. Y es por ello, también, por lo que habremos de considerarlos excluidos o incluidos en la noción de acto/negocio donativo.

Es, en efecto, a través de esta noción de empobrecimiento⁵⁰⁰ – acompañada del elemento subjetivo –, que resalta la doctrina de los dos ordenamientos que comparamos, como hemos llegado al concepto de acto/negocio donativo, que nos permite englobar en el objeto de la acción de reducción de donaciones inoficiosas actos/negocios distintos de la donación (pero que comparten este elemento con ella) y excluir del mismos los negocios gratuitos, en los que no se produce un verdadero empobrecimiento ni se pone en peligro la legítima expectante a los legitimarios.

Respecto al objeto de la donación, determinante a la hora de concretar el bien o bienes sobre los que habrá de llevarse a cabo la reducción, el Derecho italiano, al contrario de lo que ocurre en el español⁵⁰¹, el objeto de la donación puede ser: la disposición de un derecho, la asunción de una obligación o la condonación o extinción de una obligación (la llamada donación liberatoria)⁵⁰².

Esto hace difícil definir de manera unitaria el objeto de la donación, que será la cosa en la donación real, una prestación en la donación obligatoria y la propia liberación en la liberatoria⁵⁰³. De cara a precisar un poco más lo dicho, se hace necesario profundizar, someramente, en el régimen de la donación obligatoria.

1.1. La donación obligatoria

La dicción del art. 769 CCI – como hemos visto, totalmente diferente a la del art. 618 CCE – nos obliga a hacer ciertas consideraciones sobre la llamada donación obligatoria, admitida en el Derecho italiano en paridad con la donación de efectos reales⁵⁰⁴ y discutida, como ya hemos señalado, en el Derecho español⁵⁰⁵ (tratamos esta cuestión en el capítulo 5).

⁵⁰⁰ Que subraya también GARDANI, Lycia. *Delle Donazioni*. cit. p. 50.

⁵⁰¹ Donde la admisibilidad de la donación obligatoria no es cuestión pacífica dentro de la doctrina. Al respecto, puede verse DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil*. cit. p. 39.

⁵⁰² AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 764.

⁵⁰³ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 318.

⁵⁰⁴ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 48.

⁵⁰⁵ Tampoco aceptaba la doctrina italiana la posibilidad de la donación obligatoria bajo la vigencia del Código de 1865, cuyo art. 1050 exigía la actualidad e irrevocabilidad de la disposición realizada por el

La doctrina italiana acepta, sin reservas (es cuestión *de lege lata*), la donación obligatoria, que, no obstante, separa y diferencia de la promesa de donación. En esta última el donante se obliga a realizar – en el futuro – una donación; en la donación obligatoria, por el contrario, el donante no se obliga a donar, sino que se obliga a cumplir gratuitamente una prestación: “donazione – quindi – non è la esecuzione della obbligazione, ma la assunzione di essa”⁵⁰⁶. Ahí radica la diferencia principal.

En la donación obligatoria, por consiguiente, el donante deviene en deudor del donatario y, como cualquier deudor, puede ser compelido al cumplimiento de la obligación⁵⁰⁷.

El objeto de la donación obligatoria debe cumplir con los requisitos del art. 1346 CCI y, por consiguiente, ser posible, lícito y determinado o determinable (misma consideración encontramos en los arts. 1271 a 1273 CCE). Por su carácter obligatorio, esta donación puede tener como objeto bienes futuros y bienes ajenos⁵⁰⁸.

No es pacífica la doctrina en torno a si el objeto de esta donación puede estar constituido por una obligación de hacer. Entiende la doctrina tradicional y mayoritaria que, por regla general, objeto de esta donación será una obligación de dar, entendida en sentido amplio⁵⁰⁹.

En efecto, entiende estos autores que solo así puede verificarse el enriquecimiento (en sentido patrimonial) que es exigido como elemento objetivo de la donación. Esta es la autorizada opinión de GALGANO⁵¹⁰ y de TORRENTE⁵¹¹, para quienes, en principio, pueden asumirse obligaciones de hacer a título gratuito, sin embargo, las mismas no constituirán donación⁵¹².

donante. Sobre este particular, puede verse PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1924.

⁵⁰⁶ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 385.

⁵⁰⁷ Ídem.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 386.

⁵⁰⁹ Puede verse GARDANI, Lycia. *Delle Donazioni*. cit. pp. 50 y ss.

⁵¹⁰ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 976.

⁵¹¹ TORRENTE, Andrea. *La donazione*. cit. p. 15.

⁵¹² En este mismo sentido, PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1908.

AZZARITI⁵¹³ matiza esta opinión y precisa que el contenido de dicha obligación de dar debe estar constituido en todo caso por cosas genéricas, siendo el modelo de esta donación la asunción de la obligación de entregar una cantidad de dinero.

Opinión contraria a los autores citados mantiene BIONDI, para quien la donación obligatoria también puede tener por objeto un *facere*⁵¹⁴, siempre que la asunción gratuita de la obligación de hacer no pueda ser encuadrada en un negocio típico gratuito.

PELLEGIRNI, por su parte, añade – en línea con la que es su opinión general – que este hacer siempre debe ser valorable económicamente⁵¹⁵, pues solo así puede verificarse el elemento objetivo de la donación, que es el enriquecimiento y que solo puede ser entendido en sentido patrimonial.

En lo que a nuestro tema respecta, la reducción de donaciones inoficiosas, la donación obligatoria va a tener un funcionamiento distinto de la donación real, como señalaremos – con más detalle – en el capítulo 5.

Baste aquí indicar que, conforme a las reglas generales de la sucesión, la obligación que nace de la donación obligatoria, en tanto que tiene contenido patrimonial, se transmite a los herederos del donante y del donatario.

Si la obligación asumida en la donación no ha sido ejecutada, pasará a los sucesores del causante como deuda de la herencia cuyo coste vendrá dado por el valor del servicio debido o la cosa entregada. En supuestos de reducción, de ser el sucesor, a su vez, legitimario del causante, o bien quedará obligado a cumplir en los límites de la disponible; o bien se considerará – de ser toda la donación inoficiosa – liberado de ella.

Si, por el contrario, la obligación ha sido ejecutada, habrá de considerarse como una donación normal de dinero, siendo su valor el del servicio prestado o la cosa entregada y se reducirá como cualquier otra donación, excepción hecha de que, en el caso de que la obligación asumida tuviera como contenido un “hacer”, solo será posible la restitución por equivalente⁵¹⁶.

Las consideraciones aquí vertidas serán completadas en el capítulo 5.

⁵¹³ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 786.

⁵¹⁴ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 389.

⁵¹⁵ PELLEGRINI, Lorenzo. *Donazione obbligatoria*. 2019. Recurso electrónico (https://studiolegale-leggiditalia-it.ezproxy.unibo.it/#id=94GI0000005089,highlight=1,_m=document).

⁵¹⁶ Ídem.

2. La separación de la donación con el negocio gratuito

Uno de los principales debates existentes dentro de la doctrina italiana, como ya hemos apuntado, es aquel que gira en torno a la separación o deslinde entre la donación y los restantes actos/negocios gratuitos. Es esta una cuestión que, *per extenso*, se trata en el capítulo 5, sin embargo, apuntamos aquí – por razones de coherencia sistemática – sus líneas esenciales.

No es esta una cuestión meramente teórica o sin repercusión en nuestro tema de estudio. En efecto, del modo en que se aborde esta cuestión dependerá que determinados actos puedan o no ser impugnados por la acción de reducción de donaciones inoficiosas. Y esto porque solo el acto/negocio donativo, esto es, aquel que puede ser considerado donación o asimilado a la donación, podrá ser reputado inoficioso y sometido a reducción, quedando libres de este régimen los actos/negocios que caigan fuera de esta denominación.

La cuestión que apuntamos, lejos de ser pacífica, ha dado lugar a varias corrientes o respuestas doctrinales, que presentamos – someramente – a continuación.

1. La distinción es una cuestión de Derecho positivo. Es esta la posición doctrinal liderada por BIONDI, según el cual es especialmente difícil distinguir entre donación y negocio liberal o negocio gratuito. Y esto porque tal distinción es, en su opinión, más que de dogmática jurídica, de Derecho positivo. En efecto, para este autor, el legislador, por razones de política legislativa (y no de técnica jurídica) decide deslindar una serie de actos/negocios gratuitos/liberales y calificarlos como donación.

La donación será, por consiguiente, para este autor aquel negocio/acto liberal considerado como tal por la ley. A esto añade que: “gli atti di liberalità, che non sono donazioni né possono essere compiuti *donationis causa*, sono tutti atti tipici: presentano una propria struttura ed una propria causa”⁵¹⁷. Por tanto, ningún negocio típico podrá ser considerado donación, salvo el que así sea calificado por la propia norma.

2. La distinción descansa en la ausencia de empobrecimiento. Señala esta segunda corriente doctrinal que el acto/negocio gratuito se caracteriza por la

⁵¹⁷ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 69.

ausencia de contraprestación. Y es este un elemento que tiene en común y que lo asemeja muchísimo a la donación. Sin embargo, en el negocio gratuito, si bien puede apreciarse un cierto enriquecimiento para una de las partes, el mismo no viene en ningún caso acompañado del correlativo empobrecimiento de la otra. Esto lleva a BARTOLUCCI a sostener que “[a]l contrario il mutuo senza interessi, il comodato, il mandato gratuito, la prestazione gratuita di lavoro, non danno luogo a donazione, perché non impoveriscono il patrimonio del donante”⁵¹⁸.

El acto/negocio gratuito, por consiguiente, no puede ser donación por falta en él uno de los elementos objetivos de la misma: *el correlativo empobrecimiento del donante*. Característica ésta que también va a ser de esencia para la doctrina española, como ya hemos señalado *supra*.

3. La distinción descansa en la ausencia de enriquecimiento. Esta tercera opción doctrinal se asemeja muchísimo a la anterior. En efecto, para ambas la distinción entre donación y acto/negocio gratuito vendrá dada por la ausencia, en los segundos, de uno de los elementos objetivos de la primera. Si en el caso anterior esta falta se refería al empobrecimiento de una de las partes, la posición que ahora presentamos se basa en la ausencia de enriquecimiento. Esta es la postura de PALAZZO, para quien, en el negocio gratuito, a diferencia de lo que ocurre en la donación, no se produce un verdadero enriquecimiento en el sentido objetivo y patrimonial⁵¹⁹.

Sin pretensiones de cerrar esta cuestión, en la que se han pronunciado voces muy autorizadas, podemos concluir, en lo que al tema objeto de este estudio respecta, que nuestra reflexión está más cercana a la segunda de las corrientes presentadas.

En efecto, y haciendo gracia de la siempre fundada opinión de BIONDI, es posible apreciar, como señala algún autor español⁵²⁰, un cierto enriquecimiento – aunque sea difuso – en los actos/negocios gratuitos. En efecto, quien deja en depósito una cosa en casa de un amigo, que no le exige contraprestación y cumple satisfactoriamente las

⁵¹⁸ BARTOLUCCI, Lorenzo. “La donazione” en BALESTRA, Luigi. *Successioni e donazioni*. cit. p. 1589.

⁵¹⁹ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 10.

⁵²⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 128.

obligaciones que corresponden al depositario, se “ahorra” lo que debería haber entregado por dicho depósito.

Ahora bien, aunque puedan reportar un cierto enriquecimiento, lo que no se duda es que estos actos no traerán consigo un verdadero y objetivo empobrecimiento de alguna de las partes contratantes. Y, por consiguiente, no podrán poner en peligro la subsistencia de la legítima, ni servir como mecanismo para que pueda el causante dejar sin contenido el derecho legitimario de sus más próximos parientes.

Es por esto por lo que, más allá de la disputa sobre la naturaleza jurídica – en la que no entramos, por no formar parte del objeto de estudio –, exclusivamente en lo que a materia de reducción por inoficiosidad se refiere, entendemos que no podrán ser considerado donaciones (ni actos donativos o asimilados a la donación) aquellos negocios gratuitos que no comporten un verdadero y objetivo empobrecimiento para una de las partes.

Es precisamente este empobrecimiento el que fundará – en el futuro – la entrada en funcionamiento del mecanismo de la reducción por inoficiosidad de las disposiciones lesivas, que son lesivas, precisamente, por comportar una minoración del patrimonio del *de cuius* que se traduce, en última instancia, en una lesión en la legítima individual de alguno de los legitimarios.

3. Donación y disposiciones *mortis causa*

El Código francés de 1804, por influencia del Derecho germánico que, como ya hemos indicado en el capítulo 1, fue el predominante en los países del Derecho consuetudinario, partió del principio tradicional de que solo Dios podía hacer al heredero, y, por consiguiente, consideró a los sucesores testamentarios meros legatarios o donatarios universales, viniendo a hacer así una distinción entre donación *mortis causa* y donación *inter vivos*.

La doctrina francesa unificó donación y testamento bajo el perfil del “acto de disposición”⁵²¹, lo que es una tendencia que se mantiene – por influencia de la cultura jurídica francesa – en el Código civil italiano de 1865 (art. 1050) y en el Código civil español vigente (arts. 618 y 667).

⁵²¹ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. 1961. p. 6.

Actualmente, el Código civil italiano de 1942, superando esta visión tradicional de la donación, define la misma, según hemos indicado, como contrato (art. 769 CCI), lo que, en opinión de GARDANI⁵²², supone una victoria de la donación-contrato sobre la donación-testamento.

Sin embargo, y pese a esta opción del codificador, el Código de 1942 ubica sistemáticamente el régimen jurídico de la donación en el Libro II, titulado “[d]elle successioni”. Esto tiene, para RESCIGNO⁵²³, la siguiente explicación: aunque definida sin reservas como contrato, la donación no deja de tener una serie de aspectos especiales y particulares que las separan del régimen contractual y la acercan al de las sucesiones o disposiciones *mortis causa*.

En efecto, donación y testamento se asemejan por contener o constituir el vehículo a través del cuál se produce una disposición de derechos por espíritu de liberalidad⁵²⁴. De ahí que, según parte de la doctrina⁵²⁵, el régimen jurídico de la donación se separe en algunos puntos de los principios generales del contrato y asuma soluciones similares a las que se contemplan para el testamento. Así, por ejemplo, el caso de la donación realizada por la persona incapaz de entender y querer (art. 775 CCI), de la donación al tutor (art. 779 CCI, que contiene una llamada expresa a normas sucesorias) y de la donación al *nasciturus* o al *concepturus* (art. 784 CCI).

A esto ha de añadirse que, como señala RESCIGNO⁵²⁶, “alcuni istituti del diritto ereditario sono destinati ad operare tenendosi conto delle donazioni fatte in vita dal defunto”.

Esta es una posición – que acerca la donación y la sucesión *mortis causa* – que también encontramos en algunos autores españoles, donde la semejanza es más acusada, toda vez que la donación no es definida como contrato. El mayor exponente de esta corriente es MANRESA, que sostiene que las donaciones poseen toda una serie de especialidades que las alejan de los contratos y las acercan al régimen sucesorio⁵²⁷.

⁵²² GARDANI, Lycia. *Delle Donazioni*. cit. p. 155.

⁵²³ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. p. 607.

⁵²⁴ A este respecto, puede verse el Código civil español vigente, más apegado a la tradición decimonónica. En sus arts. 618 y 667 define, casi con las mismas palabras, la donación y el testamento.

⁵²⁵ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 979. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. p. 51. GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. cit. p. 282

⁵²⁶ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. p. 607.

⁵²⁷ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 127.

La principal de estas especialidades sería que ambas instituciones, donación y sucesión *mortis causa*, pertenecerían en exclusiva a un conjunto de actos caracterizados por dos notas esenciales: tener causa gratuita y constituir un modo de adquirir.

De ahí las múltiples diferencias que se observan entre la donación y los contratos y de las que MANRESA cita solo algunas, como, por ejemplo, que se puede contratar sobre todos los bienes, pero no donarlos todo; que el límite de la inoficiosidad sólo opere en las donaciones y no en los restantes contratos (ni siquiera en los que tienen causa gratuita); o que la capacidad para adquirir por donación se acerque más a la capacidad para adquirir por sucesión universal o particular que a la capacidad para contratar.

4. La legítima como límite a la facultad dispositiva *inter vivos*

Como hemos señalado en el epígrafe anterior, hay una fuerte relación entre algunos de las instituciones del Derecho sucesorio y el régimen jurídico de las donaciones. En efecto, las donaciones – en el sentido amplio ya explicado – realizadas por el causante van a tener una fuerte incidencia en todo el sistema regulatorio de las legítimas y, viceversa, el límite constituido por la legítima va a proyectarse, también, sobre estos actos realizados *inter vivos*.

Lo dicho nos obliga, como hemos hecho en el caso español, a presentar las líneas generales de la legítima en el Derecho italiano, a fin de determinar qué naturaleza y cómo será la limitación establecida por ella a la libertad dispositiva *inter vivos*. Esto nos conectará con la institución de la inoficiosidad y con la segunda parte de este capítulo 2.

La reserva o legítima, para el Derecho italiano, se contiene en el art. 536 CCCI, que la define como *quota di eredità o altri diritti*, que el ordenamiento reserva y que debe ser deferida a los sujetos mencionados en el mismo artículo ya citado: el cónyuge, los hijos (legítimos, legitimados y adoptivos) y los ascendientes.

La reserva o legítima, también llamada por la doctrina *successione necessaria*, se configura, por consiguiente, al igual que en el caso del Derecho español, como un límite a la facultad de disponer/derecho de los legitimarios, que, en opinión de DELLE MONACHE, tiene su base en el art. 42, comma 4, de la Constitución Italiana⁵²⁸.

⁵²⁸ DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. p. 3.

Discrepan algunos autores⁵²⁹, para quienes el fundamento de la legítima o reserva se encuentra en la protección de la familia. En efecto, a través de las disposiciones que regulan la sucesión de los legitimarios, el ordenamiento estaría tratando de conciliar la facultad o libertad de disponer por testamento y los intereses de los miembros que componen la familia más cercana del causante, que tienen derecho a que una parte de dichos bienes les sean atribuidos.

En esta línea, PIRAS⁵³⁰ habla de una “vocación familiar cogente”, que salvaguardaría el interés familiar de manera negativa: impidiendo la dispersión de los bienes del causante fuera del grupo familiar; y, también, de manera positiva: atribuyendo una cuota de bienes a cada uno de los legitimarios.

Así, en función de este límite, como ya hemos apuntado, algunos miembros de la familia del causante tendrán derecho a recibir una cuota de su patrimonio, con independencia de la situación personal en la que se encuentren.

Un sector de la doctrina⁵³¹, rechazando el carácter asistencial de la legítima, subraya precisamente este aspecto: que la norma no requiere, para que nazca el derecho del legitimario, que el mismo se encuentre en estado de necesidad. La legítima nace, por consiguiente, del hecho en sí de la existencia de una relación parental entre el causante y el legitimario⁵³².

Siguiendo lo marcado por la letra del art. 536 CCI, la doctrina mayoritaria sostiene que la legítima es cuota de herencia. A este respecto, salvo atribución expresa por parte del testador, el legitimario adquirirá la legítima como heredero⁵³³. Inmediatamente veremos que, sin embargo, esto es contestado o discutido por algunos autores⁵³⁴.

Siendo definida como *quota di eredità*, parece que en el Derecho italiano es más claro que el ordenamiento reserva para el legitimario unos bienes determinados – los que conforman o conformaban (a través del mecanismo del art. 556 CCI) el patrimonio del causante – y no un mero valor. Postura esta que parece reforzarse si además nos

⁵²⁹ Por todos, DOSSETTI, Maria. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 17.

⁵³⁰ PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. cit. p. 217.

⁵³¹ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 932.

⁵³² NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 3.

⁵³³ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 216.

⁵³⁴ Entre ellos, DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. p. 27.

adscribimos a la doctrina mayoritaria, que ve en el legitimario – salvo disposición expresa del causante – un heredero.

Ahora bien, esto no obsta, en nuestra opinión, como diremos en el capítulo 6, para que múltiples normas del propio Código civil italiano de 1942 contemplen, aludan y configuren (aunque sea en casos determinados⁵³⁵) la legítima como un mero valor y no como un derecho a bienes concretos, lo que nos permitirá defender, en el momento oportuno, la posibilidad para el donatario – y no solo para el tercero – de proceder a la restitución por equivalente, cuando para ello lo haya facultado el testador/donante. Es esta una cuestión que, no obstante, dejamos aquí meramente apuntada.

A fin de continuar con la reflexión, procede, como hemos hecho para el Derecho español, señalar, aunque sea someramente, las características principales de la legítima o reserva.

1. Es una institución con base y fundamento en la ley. La expresión sucesión necesaria, nos dice NAPPA⁵³⁶, indica o hace referencia al régimen jurídico que disciplina la posición jurídica y los derechos de los legitimarios.

La doctrina italiana afirma de manera mayoritaria que dicha sucesión necesaria tiene su origen y fundamento en la ley. En efecto, si tal y como señala el art. 457 CCI, la herencia puede deferirse – únicamente – por ley o por testamento, entonces, la sucesión necesaria – en lugar de un *tertium genus* – tendrá que ser una especie o tipo de la sucesión legal.

Ahora bien, pese a este origen y fundamento legal, no es identificable llanamente la sucesión necesaria (*successione necessaria*) con la sucesión intestada (*successione legittima*) – que también tiene origen legal – pues guardan ambas notables diferencias, entre ellas, las siguientes⁵³⁷:

En primer lugar, las fracciones o cuotas a las que cada sucesor tiene derecho son distintas en la sucesión legal intestada y en la sucesión necesaria.

En segundo lugar, la legítima (o reserva) se calcula conforme a la regla especial del art. 556 CCI; la cuota *ab intestato*, sin embargo, se determina tomando como referencia únicamente el *relictum* (sin reunir ficticiamente el *donatum*).

⁵³⁵ Arts. 768 bis y ss. CCI.

⁵³⁶ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 1.

⁵³⁷ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 508.

En tercer lugar, la sucesión necesaria comporta siempre adquisición de bienes, es decir, de no haber, a la muerte del causante, bienes con los que cubrir la legítima (ni como integrantes del *relictum*, ni como integrantes del *donatum*), no habrá o no existirá legítima alguna⁵³⁸. Sin embargo, en la sucesión intestada, se puede adquirir la condición de sucesor *ab intestato*, aunque no existan bienes en el patrimonio del causante.

Finalmente, en cuarto lugar, la sucesión intestada entrará en funcionamiento (art. 457, *comma* 2, CCI) en supuestos de ausencia de testamento; la sucesión necesaria, por el contrario, hará lo propio si el causante, aun habiendo hecho testamento, ha realizado en el mismo disposiciones lesivas de la legítima o si, con testamento o sin él, ha realizado en vida donaciones (en sentido amplio) tales que puedan lesionar los derechos de sus legitimarios⁵³⁹.

2. Es una institución que se configura como un límite a la libertad dispositiva *inter vivos y mortis causa*. La doctrina italiana afirma de manera mayoritaria que, pese a la distinciones y diferencias entre la sucesión necesaria y la sucesión intestada, no será aquella un *tertium genus* de sucesión, sino que constituirá un mero límite a la facultad dispositiva del causante⁵⁴⁰.

La legítima, en efecto, comporta una limitación de la libertad de testar y de donar (en sentido amplio) que tiene por objetivo garantizar, a determinados parientes, una serie de derechos sucesorios que el mismo ordenamiento reconoce. Es por esto por lo que NAPPA⁵⁴¹ sostiene que la legítima tiene “una funzione limitatrice

⁵³⁸ Nótese que este es uno de los argumentos que obsta para la consideración del legitimario como heredero. En el caso de inexistencia de bienes, el legitimario no adquiere absolutamente nada a título de legítima, ni siquiera una posición en la sucesión del causante. Y a esto no obstaría la propia naturaleza de la condición de heredero que, como hemos indicado en el capítulo 1, comporta un cierto *quid* de naturaleza personal, al margen de la atribución patrimonial que se reciba por este título. Es por ello por lo que puede defenderse que el legitimario sea un legatario, condición o posición esta que, para existir, siempre ha de venir acompañada de una atribución patrimonial concreta.

⁵³⁹ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 931.

⁵⁴⁰ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 200: “[L]e disposizioni dettate a favore dei legittimari *non potessero considerarsi come costituenti un terzo tipo de successione*, con carattere autonomo, accanto a quella legittima e a quella testamentari, ma dovessero invece intendersi come un *limite*” [subrayado del autor].

⁵⁴¹ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 9.

e correttiva della volontà testamentaria” (y, habría que añadir, de la voluntad dispositiva *inter vivos*⁵⁴²).

En efecto, parece que el art. 457, *comma* 3, CCI contempla la legítima como un límite. A este respecto, quizá sea interesante subrayar la posición de AZZARITI⁵⁴³, muy cercana a la que hemos visto que, dentro del Derecho español, defendía ROCA SASTRE, en función de la cual el límite en que la legítima consiste se cifra o articula a través de una obligación – a cargo del causante – de disponer de una parte de su patrimonio en beneficio de determinadas personas (los legitimarios).

3. Carácter imperativo. Las normas de la legítima italiana son imperativas⁵⁴⁴, al menos para el causante, pues, en la medida en que crean un derecho potestativo para el legitimario, tendrán carácter dispositivo para éste, que solo estará vinculado por la prohibición de renuncia a la legítima en vida del causante.

Precisamente por lo dicho, algún autor⁵⁴⁵ sostiene lo equívoco de la expresión “sucesión necesaria”, que es, según se deduce, inexacta desde el punto de vista técnico, toda vez que el ordenamiento italiano actual no conoce ninguna forma de verdadera sucesión necesaria, en el sentido de que alguien pueda ser designado sucesor de otro en contra de su voluntad (como hemos visto que sí ocurría en e los inicios del Derecho romano⁵⁴⁶). Este carácter de necesariedad en la sucesión sólo se aprecia en la sucesión del Estado (art. 586 CCI).

4. Es una institución que se cifra en un derecho de cuota móvil. Al contrario de lo preceptuado en el Código civil español, en el que las cuotas expectantes a los legitimarios son fijas (por ejemplo, arts. 808 CCE⁵⁴⁷); y de lo contemplado en el Código civil italiano de 1865, el codificador de 1942 estableció un sistema de

⁵⁴² RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. p. 581. “La riserva costituisce un limite non della sola successione per testamento, ma anche della successione legittima; questo spiega perché la legge si occupi dei legittimari, e della reintegrazione della loro quota in caso di lesione, nelle disposizioni generali sulle successioni a causa di morte”.

⁵⁴³ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 213.

⁵⁴⁴ DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. p. 26.

⁵⁴⁵ CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 890.

⁵⁴⁶ Puede verse, JORDANO FRAGA, Francisco. *La sucesión en el ius delationis*. cit. p. 24.

⁵⁴⁷ Con la salvedad de que la cuota del cónyuge viudo sí será móvil en función de con qué legitimarios concurra a la sucesión o si lo hace solo.

cuota móvil para la legítima, en función del cual la cuota expectante a cada legitimario variará en relación con la existencia de una o más categorías de legitimarios y al número de legitimarios presentes en cada categoría (por ejemplo, art. 537 CCI).

Este sistema, distinto del anterior, ha hecho surgir el problema de cómo calcular la cuota expectante a cada legitimario en caso de renuncia de uno de ellos. En estos supuestos, en efecto, se registra una modificación entre el número de los legitimarios existentes al momento de la apertura de la sucesión y el número de los que adquieren concretamente la herencia.

El problema, por consiguiente, atenderá a si la cuota de legítima deberá ser establecida en base al número de llamados o en base al número de los efectivos sucesores⁵⁴⁸.

Es una cuestión que dejamos aquí apuntada y sobre la que volveremos a lo largo de este estudio.

Señalados los caracteres de la legítima, todavía dentro de este primer apartado de carácter propedéutico, procede hacer referencia a la cuestión de la posición que ocupará el legitimario – en tanto que legitimario – dentro de la sucesión del causante. Es una cuestión que, como tantas otras, dejamos aquí apuntada (por el carácter introductorio de estas páginas) y que abordaremos en el capítulo 4, cuando hablemos de la legitimación activa.

En líneas generales, puede señalarse que existen dos grandes posturas dentro de la doctrina italiana:

1. El legitimario como heredero. Es esta la postura mayoritaria dentro de la doctrina⁵⁴⁹. Según estos autores, el Código civil italiano reconocería a los legitimarios la cualidad o condición de herederos⁵⁵⁰. En efecto, a los legitimarios el art. 536 CCI no les reserva una cuota del patrimonio del causante, sino una *quota di eredità*. El legitimario subentraría, así, como todo sucesor universal, en

⁵⁴⁸ CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 891.

⁵⁴⁹ Por todos, DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. p. 23.

⁵⁵⁰ Postura mayoritaria. Por todos, NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 4.

la posición jurídica del causante, también en referencia a las deudas o posiciones pasivas⁵⁵¹ (artt. 566, 735⁵⁵², 551⁵⁵³ CCI).

En lo que a nuestro tema respecta – la reducción de donaciones inoficiosas – un corolario de lo dicho es que el legitimario preterido que haya ejercitado la acción de reducción adquirirá la condición de heredero si esta triunfa⁵⁵⁴. La acción de reducción de donaciones tendría en este caso, si nos atenemos a lo dicho, la doble función de determinar la ineficacia de las disposiciones lesivas y de permitir que operara la delación *ex lege* de la legítima⁵⁵⁵.

2. El legitimario como sucesor a título particular. Junto a la corriente anterior, hay otra posición doctrinal, de carácter minoritario, que, inspirada por el Derecho romano, sostiene que el legitimario – salvo disposición expresa del causante o sucesión intestada – no adquirirá la condición de heredero por el solo hecho de ser legitimario.

En efecto, más allá de la dicción del art. 536 CCI, lo que el ordenamiento sucesorio reserva al legitimario no es una cuota de herencia, sino una cuota del útil neto (art. 556 CCI).

Sostiene, así, FERRI⁵⁵⁶, que, si nos atenemos a una interpretación sistemática del régimen jurídico de la legítima, resulta que el legitimario no es – ni puede ser, en tanto que legitimario – un sucesor universal, sino un sucesor a título particular *ex*

⁵⁵¹ Ídem.

⁵⁵² Que califica al legitimario de “coheredero”.

⁵⁵³ Que establece que el legitimario satisfecho con un legado en sustitución de la legítima adquiere la condición de heredero si rechaza el legado y reclama la legítima.

⁵⁵⁴ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 7. Es ésta la posición mayoritaria, contra la que se sitúa CICU, Antonio. *Successione legittima e dei legittimari*. cit. p. 133, que distingue entre la cuota de herencia y la cuota de legítima. La primera se determina sobre el *relictum* (esto es, sobre los bienes que formen parte del patrimonio del causante a la apertura de la sucesión) y se defiere al legitimario *ipso iure*; la cuota de legítima, sin embargo, determina el útil neto que espera al legitimario y se calcula sumando el *donatum* al *relictum*. Si el contenido económico de la cuota de reserva no alcanza el útil neto de la cuota de legítima, el legitimario puede actuar en reducción. Los bienes que consigue con tal acción no constituyen cuota de herencia, sino una *pars bonorum*. Esta división entre legítima y reserva puede apreciarse también en DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. p. 36. Finalmente, nos dice PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 509 que esta visión doctrinal ha sido superada. En este sentido, PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. cit. p. 225 dice que pueden considerarse sinónimas la expresión “legítima” y “cuota de reserva”.

⁵⁵⁵ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 8.

⁵⁵⁶ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 13.

lege. Clave es, para este autor, que el legitimario, cuando sea satisfecho mediante donaciones o legados, no pueda adquirir la condición de heredero.

Una confirmación de esta tesis encontraríamos, dentro de nuestro objeto de estudio, en el hecho de que al legitimario donatario e insuficientemente satisfecho no le sea atribuida la acción de petición de herencia (que sería lo propio si la norma lo contemplara como heredero), sino la acción especial de reducción de disposiciones inoficiosas⁵⁵⁷.

Desde esta perspectiva – señala NAPPA⁵⁵⁸ – el legitimario preterido no es ni será nunca heredero. Podrá conseguir la cuota cuantitativa a la que tiene derecho – ejercitando en reducción – pero no la condición de sucesor universal del causante.

Los caracteres de la legítima en el Derecho italiano son, así, similares – salvadas algunas diferencias – a los de la legítima en el Derecho español común: en ambos ordenamientos, la legítima adoptará la forma de un límite para la facultad dispositiva (*mortis causa e inter vivos* del causante) y de un derecho para el legitimario, que se concretará, bien sobre bienes determinados, bien sobre un valor calculado con referencia a los mismos.

Somos conscientes de que la exposición anterior es extremadamente somera, sin embargo, por el carácter de este primer apartado, no podemos sino dejar enunciados los temas que se abordarán en los capítulos siguientes.

IV. LA INOFICIOSIDAD COMO CATEGORÍA DE INEFICACIA NEGOCIAL

1. Consideraciones previas

Una vez concretados – si quiera de manera aproximada – el concepto, régimen jurídico y naturaleza de la donación inoficiosa, vinculada esta última cuestión estará – como se apuntaba *supra* – la determinación del tipo de invalidez o ineficacia⁵⁵⁹ que

⁵⁵⁷ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 12.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁵⁹ Tomamos aquí la distinción y clasificación que recoge CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Humberto. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato” en DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Cizur Menor: Aranzadi. 2007. p. 61.

genera. Así, habrá de verse si la donación inoficiosa, en la medida en que ha superado el límite representado por la legítima (minorando, a su vez, la cuota de valor que corresponde a alguno o algunos de los legitimarios), es nula, anulable, revocable, inoponible... o si, por el contrario, la inoficiosidad constituye un tipo de ineficacia propia y *sui generis*.

En consecuencia, en este epígrafe se habrá de (i) integrar la inoficiosidad, como ineficacia negocial, entre las restantes categorías o tipos de ineficacia negociales; y (ii) señalar y delimitar, si procede, las características propias de la inoficiosidad como tipo de ineficacia *sui generis*. Observaremos – lo adelantamos ya – que esta particularidad de la inoficiosidad como tipo de ineficacia no se deriva de constituir una categoría nueva *a se*, sino de imprimir características particulares – derivadas de la vinculación entre inoficiosidad y legítima – en un tipo de ineficacia ya existente: la rescisión.

La doctrina española, por la complejidad intrínseca de la inoficiosidad, por sus especiales efectos sobre el negocio/acto jurídico, por las particularidades de su régimen, no es pacífica al incluirla dentro de alguno de los tipos de ineficacia negociales, existiendo, según los autores, semejanzas bastantes para asimilarla (nunca identificarla) con algunas de las formas de ineficacia ya existentes en el ordenamiento.

Sí debe señalarse que, pese a lo dicho, y con alguna notable excepción⁵⁶⁰, ningún autor español – ni siquiera entre los clásicos⁵⁶¹ – ha defendido, como ya hemos apuntado *supra*, que la donación inoficiosa sea nula de pleno derecho. En efecto, mal se combinaría esta declaración de nulidad con la prevención, realizada en el Código español común vigente (art. 654.I CCE) y en sus antecedentes inmediatos⁵⁶², de que la donación es válida en vida del donante. Y esto porque, siguiendo la definición – tradicional – de nulidad, la misma provocaría que el negocio nunca llegara a ser perfecto ni jurídicamente eficaz⁵⁶³, por lo que difícilmente podría la donación inoficiosa – de reputarse nula – ser válida en vida del donante⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Que puede verse en SANPONS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón y FERRER Y SUBIRANA, José (ed.). *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X, con la glosa del Lic. Gregorio López. Tomo III*. cit. p. 52.

⁵⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 145.

⁵⁶² Arts. 971 PCC 1851 y 653 del ACC 1888.

⁵⁶³ CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Nulidad e impugnabilidad del testamento” en *Anuario de Derecho civil. Volumen 40. Num. 1*. 1987. p. 23.

⁵⁶⁴ En este sentido, MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. cit. p. 240.

La nulidad absoluta, además, vendría provocada – siempre siguiendo la doctrina tradicional española – principalmente por dos causas⁵⁶⁵: (i) por faltar en el negocio algunos de sus elementos esenciales (art. 1261 CC) y (ii) por ser este contrario a norma imperativa (arts. 6.3 y 1255 CC, *in fine*). Y coincide la doctrina española en señalar que la donación inoficiosa no se encuadra en ninguna de estas categorías⁵⁶⁶.

Y todo esto dejando a salvo el supuesto – que analizaremos en el capítulo 4 – en el que el causante disponga de sus bienes (por título oneroso o gratuito) en fraude de los derechos de sus legitimarios, en cuyo caso, como se verá, podrán recurrir éstos a mecanismos distintos del de la inoficiosidad.

Esta insistencia en la validez – *ab origine* – de la donación inoficiosa no es, creemos, sino una consecuencia de la configuración legal (e histórica) de la propia donación inoficiosa y de la legítima, que ya hemos desarrollado, y que tiene como consecuencia práctica un tipo específico de ineficacia: la inoficiosidad, que, al ser, como se indicará más adelante, un tipo de ineficacia sobrevenida, no puede coincidir con la nulidad absoluta, relativa o parcial (que serían supuestos de invalidez).

La clave de esta diferencia entre ambas categorías de ineficacia estriba, a nuestro juicio, en que la inoficiosidad es un tipo de ineficacia conexo a la legítima, lo que le da sus caracteres propios y la distingue de los restantes tipos de ineficacia. Así, respecto a sus caracteres, nulidad e inoficiosidad se diferencian en:

1. La nulidad actúa sobre el negocio jurídico y la inoficiosidad sobre sus efectos. La nulidad, como ya se ha indicado, actúa sobre el negocio jurídico, no sobre sus efectos. No se parte de un negocio existente que ahora deja de serlo, sino que va a ser como si el negocio jurídico en cuestión nunca hubiera existido⁵⁶⁷, “por adolecer, desde el mismo instante de su celebración, de algún defecto estructural”⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas. 1985. p. 472. Una contestación y corrección de la doctrina tradicional de la nulidad y la anulabilidad puede verse en CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. cit. pp. 652 y ss.

⁵⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo IV. cit. p. 250.

⁵⁶⁷ Así, apegados a la doctrina tradicional de la nulidad, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Tomo 1. *El contrato en general. La relación obligatoria*. Madrid: Tecnos. 2017. p. 94.

⁵⁶⁸ ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de contratos*. cit. p. 122.

Esto hace que el negocio nulo sea, al menos conforme a la doctrina llamada clásica o tradicional, insubsanable⁵⁶⁹ (a salvo los supuestos de convalidación, cuando esta se permita).

La inoficiosidad, por el contrario, como ya se ha indicado y ahora se reitera, no actúa sobre la donación en sí (o sobre el negocio/acto asimilado a la misma a efectos de reducción), sino únicamente sobre sus efectos jurídicos. Así, el acto dispositivo de liberalidad que el causante llevó a cabo seguirá siendo válido, pues ya lo era *ab origine*, pero sus efectos serán reducidos.

No se cuestiona, por tanto, la existencia jurídica del negocio, que seguirá siendo válido⁵⁷⁰ y produciendo efectos en la parte que no sea reducido, lo que es confirmado por el – tantas veces repetido – art. 654.I CCE cuando dice que la donación tendrá efectos en vida del donante. Y los seguirá teniendo tras la muerte de éste, en tanto que la acción no se ejercite. Y también tras el ejercicio de la acción, salvo que sea reducida totalmente, en cuyo caso seguirá existiendo como donación, pero no producirá efecto alguno con respecto al legitimario lesionado y actuante⁵⁷¹.

2. La nulidad se produce *ipso iure*, mientras que la inoficiosidad requiere impugnación específica. La nulidad actúa *eo ipso*, sin necesidad de impugnación expresa, por lo que, al menos conforme a la doctrina clásica⁵⁷², puede ser declarada de oficio, aunque no haya sido solicitado por las partes un expreso pronunciamiento sobre la validez o no del negocio⁵⁷³, lo que supone una notable excepción al principio dispositivo que rige el procedimiento civil.

⁵⁶⁹ CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Nulidad e impugnabilidad del testamento” en *ADC*. cit. p. 25.

⁵⁷⁰ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II*. cit. p. 402.

⁵⁷¹ Consecuencia de la ineficacia relativa que – por su cercanía con la rescisión – producirá la inoficiosidad. Al respecto, puede verse, JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. p. 28.

⁵⁷² Cuyo mayor y mejor exponente, dentro de la doctrina española, es DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. cit. p. 475, al que siguen la mayor parte de los autores. También, CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Humberto. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato” en DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. cit. p. 61. Más adelante (p. 76), matiza que el art. 24 CE obliga al Juez a dar traslado a la otra parte antes de declarar la nulidad, a fin de no quebrar el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁵⁷³ ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de contratos*. cit. p. 123.

Esta doctrina tradicional, por las disonancias que puede crear tanto dentro del derecho sustantivo como del adjetivo, tiene sus detractores o correctores. Uno de los más importantes quizá sea CARRASCO PERERA, que en su “Derecho de contratos” realiza una revisión de las teorías clásicas de la nulidad y de la anulabilidad.

Es imposible, por las características y objeto de este estudio, entrar en un análisis pormenorizado de dichas categorías, comparando la visión de CARRASCO con la de otros autores. Baste aquí decir que, según el autor citado, las notas tradicionales de la nulidad clásica han de matizarse o suavizarse en la mayoría de los supuestos.

Así, respecto de la declaración de oficio, señala CARRASCO⁵⁷⁴ que la misma entra en conflicto con las normas imperativas que rigen el proceso civil (arts. 216, 218 y 408 LEC), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE. Por ello, para el autor citado, dicha apreciación de oficio no puede admitirse con carácter general, quedando limitada a supuestos muy concretos, como cuando una poderosa razón de orden público impida la subsistencia del contrato⁵⁷⁵.

La inoficiosidad, por su parte, nunca podrá ser declarada de oficio, ni actuará *ope legis*⁵⁷⁶. Ni siquiera cuando sea notorio que la donación vulnera la legítima, podrá el Juez, si así no lo han solicitado las partes, declarar la inoficiosidad de la misma, que seguirá siendo válida en tanto que no la impugne algunos de los legitimados activamente a ello.

3. La nulidad tiene efectos *erga omnes* y *ex tunc*, la inoficiosidad, por el contrario, efectos *inter partes* y *ex nunc*. La declaración de nulidad no sólo tiene efectos *inter partes*, sino que también afecta a los negocios que se encuentran en una situación de dependencia del declarado nulo (salvando a los terceros de buena fe), provocando, en expresión de DE CASTRO, una “reacción en cadena de nulidades”⁵⁷⁷. Asimismo, la declaración de nulidad tiene efectos retroactivos⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. cit. p. 688.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 691.

⁵⁷⁶ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II*. cit. p. 404.

⁵⁷⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. cit. p. 477.

⁵⁷⁸ CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Nulidad e impugnabilidad del testamento” en *ADC*. cit. p. 23.

La inoficiosidad, por el contrario, por regla general, no va a afectar a los derechos de los terceros causahabientes *inter vivos* del donatario⁵⁷⁹. Del mismo modo, la inoficiosidad siempre tendrá efectos *ex nunc*, como señalan los arts. 654 y 651 CCE, al establecer que el donatario hace suyos los frutos y que no los debe sino desde la interposición de la demanda. No nos detenemos más aquí porque estas cuestiones se tratarán extensamente – con abundante doctrina y jurisprudencia – en el capítulo 4, al que nos remitimos.

4. La acción de nulidad es imprescriptible, mientras que la de inoficiosidad está sometida a plazo de prescripción. Si el negocio absolutamente nulo no llega a nacer para el mundo jurídico, entonces, la acción para solicitar que se declare su nulidad debe ser necesariamente imprescriptible⁵⁸⁰, y esto sin perjuicio de que sí pueda prescribir la acción que solicita la restitución de la situación jurídica al momento anterior al contrato declarado nulo⁵⁸¹.

Ahora bien, la acción de reducción está sometida a un plazo de prescripción concreto y determinado, cuyas particularidades se explicarán al final del capítulo 4.

Así las cosas, puede concluirse que la inoficiosidad no se asemeja a la nulidad absoluta. La donación hecha por el causante que tiene legitimarios es válida (art. 654 CCE) si en ellas se cumplen los requisitos de capacidad (arts. 624 y ss. CCE), objeto (arts. 634 y 635 CCE) y forma (arts. 632 y 633 CCE). El título por el cual adquirió el donatario no se ve anulado por la declaración de inoficiosidad, sino que, como se dirá más adelante,

⁵⁷⁹ Consecuencia del carácter personal de la acción. Puede verse, a este respecto, HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada. “Restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*: Las legítimas” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.). *Compendio de Derecho civil. Sucesiones*. cit. p. 485.

⁵⁸⁰ CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Nulidad e impugnabilidad del testamento” en *ADC*. cit. p. 25. Aunque sigamos en el texto la llamada “doctrina clásica o tradicional” sobre la nulidad, no se nos escapa, como también se dice en el mismo, que esta ha sido sometida a una fuerte crítica por un sector de la doctrina española. Sobre la prescriptibilidad de la acción de nulidad es de obligada lectura PASQUAU LIAÑO, Miguel. “La acción de nulidad sí prescribe” en DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. cit. pp. 230 y ss.

⁵⁸¹ ROBLES LATORRE, Pedro y PASQUAU LIAÑO, Miguel. *Nociones de Derecho de contratos*. Madrid: Editorial Universitaria. 2008. pp. 47 y ss. sostienen que esta imprescriptibilidad de la acción, que no comparten, así como otros muchos efectos que se consideran inherentes a la declaración de nulidad, son fruto de haber confundido esta institución jurídica con aquella de la inexistencia.

por el contrario, habrá de ser corregido en la medida que sea suficiente para resarcir o compensar el perjuicio sufrido por el legitimario⁵⁸².

En ningún caso, por tanto, el ejercicio victorioso de la acción de reducción va a suponer una nulidad de la donación impugnada. El donatario seguirá siendo donatario *erga omnes*, también frente a aquellos legitimarios no accionantes y para los acreedores del donante (ahora acreedores de la herencia). Para todos ellos, el acto impugnado con la acción de reducción conservará su validez y eficacia.

Distinto es el caso de la llamada – siempre dentro de la doctrina tradicional – nulidad relativa o anulabilidad. Y es que, si bien coincidía la doctrina en señalar que la donación inoficiosa nunca sería nula de pleno derecho, sí que hay algún autor que sostiene que la donación inoficiosa puede estar aquejada de nulidad relativa.

Es ésta la opinión de ACOSTA MÉRIDA⁵⁸³, según la cual la donación inoficiosa sería nula por ser contraria a norma imperativa (6.3 CCE en relación con el art. 806 CCE). Sin embargo, el Código, en lugar de sancionarla con la nulidad total, lo hace con la nulidad relativa o anulabilidad.

Así, se entiende que la donación inoficiosa es un acto/negocio realizado *contra legem* y, por tanto, prohibido. En efecto, quien dispone de los bienes que habrán de conformar la legítima de los legitimarios, está realizando una disposición contraria a norma imperativa (arts. 817 CCE, para disposiciones *mortis causa*; y 636 CCE para disposición *inter vivos*, ambos en relación con el art. 806 CCE).

En principio, parece esta visión estar acorde con la definición que CARRASCO ofrece de la anulabilidad, pues sostiene que “se caracteriza” por hacer depender la ineficacia del contrato de la protección de intereses individuales⁵⁸⁴. En efecto, el ordenamiento estaría protegiendo, mediante este mecanismo, el derecho individual de legítima de cada uno de los legitimarios lesionados⁵⁸⁵.

Prima facie, anulabilidad e inoficiosidad parecen compartir algunas semejanzas. Así, el negocio anulable – como la donación inoficiosa – comienza siendo inicialmente

⁵⁸² GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 238.

⁵⁸³ ACOSTA MÉRIDA, María del Pino. *Seguro de vida y derecho de sucesiones*. cit. p. 248.

⁵⁸⁴ CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. cit. p. 652.

⁵⁸⁵ ROBLES LATORRE, Pedro y PASQUAU LIAÑO, Miguel. *Nociones de Derecho de contratos*. cit. p. 49.

eficaz⁵⁸⁶, pudiendo ser impugnado – y perder dicha eficacia – por la parte del negocio que haya sido “víctima” de la irregularidad⁵⁸⁷. Tampoco la anulabilidad, como la inoficiosidad, es apreciable de oficio y debe ser invocada expresamente por la parte actuante.

Sin embargo, nos parece – como ya apuntábamos *supra* – que ésta tampoco es la solución que ha de aplicarse a la cuestión sobre el tipo de ineficacia del que adolece la donación inoficiosa. En efecto, mientras que la anulabilidad (como la nulidad) tiene efectos que se retrotraen a la celebración del contrato, los de la inoficiosidad únicamente podrán retrotraerse – para determinadas cuestiones – a la presentación de la demanda (así el art. 651 CCE). Y esto, como decíamos, porque la nulidad constituye un supuesto de invalidez del contrato, mientras que la inoficiosidad se configura como uno de ineficacia.

Otra diferencia importante que debe subrayarse entre estos regímenes jurídicos es que, mientras que nulidad y anulabilidad se refieren al momento de la celebración del contrato (es un tipo de invalidez que se produce por defectos estructurales del negocio⁵⁸⁸), no ocurre lo propio con la inoficiosidad, que en todo caso será una ineficacia de tipo sobrevenido con posterioridad al mismo.

A mayor abundamiento, ha de señalarse que inoficiosidad y nulidad (absoluta o relativa) van a diferenciarse, respecto de los efectos de la ineficacia, en una cuestión que nos parece determinante (y sobre la que volveremos en el capítulo 4): mientras que la nulidad, en tanto que incide sobre el negocio traslativo, va a comportar la vuelta de los bienes objetos de la donación al caudal relicto⁵⁸⁹, la inoficiosidad, por el contrario, va a comportar – como justificaremos en el capítulo 4 – una transmisión de bienes desde el patrimonio del donatario directamente al patrimonio del legitimario lesionado, sin

⁵⁸⁶ Sobre la pretendida validez del negocio anulable se pronuncia, de manera brillante, CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Humberto. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato” en DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. cit. pp. 73 y ss.

⁵⁸⁷ CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Nulidad e impugnabilidad del testamento” en *ADC*. cit. p. 26.

⁵⁸⁸ Así ROBLES LATORRE, Pedro y PASQUAU LIAÑO, Miguel. *Nociones de Derecho de contratos*. cit. p. 46.

⁵⁸⁹ Véase el FJ 3º de la STS num. 824/2011, de 15 de noviembre (RJ2012\755) cuando, *obiter dicta*, dice que el bien indebidamente transmitido por negocio nulo debe volver al patrimonio del transmitente y que, por consiguiente, “tal invalidez nunca podría producir como efecto la restitución a favor de concretos herederos”. En el mismo sentido, CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 531.

necesidad de que estos bienes pasen por el caudal hereditario⁵⁹⁰. Y esto porque, al contrario de lo que ocurre con la nulidad, la inoficiosidad presupone una donación válida⁵⁹¹ y, por consiguiente, una transmisión de bienes realizada válidamente.

2. La inoficiosidad entre las distintas categorías de ineficacia sobrevenida

De entre todas las categorías de ineficacia sobrevenida, la inoficiosidad ha sido tradicionalmente relacionada, por la doctrina española, sobre todo, con la resolución y con la revocación⁵⁹².

La resolución como tipo de ineficacia negocial alude a un concepto jurídico de enorme amplitud y, por tanto, difícil de definir. En una primera aproximación, puede decirse que, mediante ella, un contrato válido devendrá ineficaz por ejercitar algunas de las partes la facultad resolutoria, esto es, un derecho a extinguirlo por alguna causa objetiva conforme a Derecho⁵⁹³.

De esta definición – amplísima – se coligen ya algunas semejanzas entre resolución y reducción por inoficiosidad: (i) ambas se dirigen contra un contrato realizado válidamente y (ii) la parte que impugna el negocio lo hace por una causa objetiva: conculcar éste el derecho de legítima del accionante en reducción. Una diferencia notable entre ambas, sin embargo, es que la facultad resolutoria, por regla general, es ejercitada por una de las partes contractuales⁵⁹⁴, mientras que la reducción por inoficiosidad va a ser solicitada por un tercero ajeno al negocio, el legitimario, que ni siquiera tiene que ser sucesor del causante.

⁵⁹⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen; LLOBET AGUADO, Josep; SOLÉ RESINA, Judith; YSÁS SOLANES, María. *Derecho de sucesiones*. Barcelona: Cálamo. 2006. p. 205.

⁵⁹¹ Así, TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 538: “Se tali disposizioni fossero nulle, esse non potrebbero, secondo il noto brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*, risultare lesive dei diritti dei legittimari”.

⁵⁹² La doctrina italiana, por su parte, considera de manera unánime que la inoficiosidad no puede ser asimilada ni a la rescisión ni a la resolución. Puede verse GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 713.

⁵⁹³ CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Humberto. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato” en DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. cit. p. 62: “si un contratante no puede o no quiere cumplir sus obligaciones derivadas del contrato, el otro puede explícitamente liberarse exigiendo la ineficacia: es lo que se denomina resolución, concepto que, en principio, implica validez”.

⁵⁹⁴ ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de contratos*. cit. p. 136.

El amplio concepto de resolución que maneja la doctrina española y la manualística hace que, bajo el mismo, se englobe toda una constelación de figuras jurídicas que constituyen un *numerus apertus*. De ahí la necesidad de distinguir entre los distintos tipos de resolución, a fin de determinar si la inoficiosidad encaja o se asimila a alguno de ellos.

En este sentido, hemos de distinguir, primero, entre una resolución de origen convencional [que puede ser unilateral (arts. 1507 a 1520 CCE) o bilateral (como el ejemplo del art. 1454 CCE)] y una resolución de origen legal (art. 1124 CCE), con las que, adelantamos ya (sin perjuicio de ulteriores explicaciones), la reducción no va a guardar relación alguna.

Mayores similitudes guarda la reducción por inoficiosidad con la resolución que produce la condición o el término resolutorio, que deja sin efectos un negocio válidamente celebrado, bien por cumplirse un plazo determinado, bien por acontecer un evento concreto que era incierto⁵⁹⁵. Este tipo de resolución se aviene mejor con el negocio donación, en el que puede aparecer con frecuencia (más bajo condición que como término). Y, en tanto que tal, se asemeja muchísimo a la reducción por inoficiosidad.

Ambas se producen en base a una causa objetiva, que en el caso de la inoficiosidad es la lesión a la legítima⁵⁹⁶, y en el otro supuesto es la llegada del término resolutorio (la muerte del donante).

Al igual que la inoficiosidad, la resolución no va a afectar al negocio jurídico en sí, sino a sus efectos.

Estas semejanzas han llevado a determinados autores a ver en la inoficiosidad una especie derivada de la resolución.

Así, para GARCÍA PÉREZ⁵⁹⁷, como señalábamos *supra*, el régimen jurídico de la inoficiosidad en el Proyecto de Código civil de 1851 vendría inspirado por el de la resolución. La muerte del causante funcionaría a modo de condición resolutoria implícita, presente en todas las donaciones, que resolvería el negocio sobre la causa objetiva de ser

⁵⁹⁵ En contra, CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Humberto. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato” en DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. cit. p. 64.

⁵⁹⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y los legados” en MONJE BALMASEDA, Oscar. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 914.

⁵⁹⁷ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 242.

éste perjudicial para la legítima. Es ésta una cuestión que ya hemos analizado extensamente, con citas de los artículos y las notas, en este mismo capítulo.

Sin embargo, pese a las semejanzas existentes entre reducción y resolución, no existe, a nuestro juicio, asimilación posible entre ambas categorías de ineficacia. En efecto, las diferencias entre sus regímenes jurídicos son tan notables que evidencian que se está ante dos figuras jurídicas distintas (y esto pese a lo amplio del concepto de resolución).

Así, si tomamos la definición de resolución que hemos dado, en virtud de la cual la facultad resolutoria corresponde siempre a una (o todas) de las partes del contrato, se advierte rápidamente que estamos en un supuesto distinto al de la inoficiosidad, donde la “facultad” de impugnar la donación no corresponde al donante ni al donatario, sino a los legitimarios de aquél, que en ningún caso fueron parte del negocio jurídico impugnado⁵⁹⁸ (art. 655.1 CCE) y que no tienen por qué serlo como herederos.

Si tomamos las clases de resolución antedicha, parece claro que – como adelantábamos – no puede hablarse, para el caso de la inoficiosidad, de resolución de origen convencional. Primero, porque esta tiene siempre su origen en un acuerdo entre las partes (que no existe en el caso de la inoficiosidad); segundo, porque la totalidad de los ejemplos contenidos en el Código civil tienen como supuesto de hecho la existencia de obligaciones recíprocas, lo que no existe en la donación, negocio que crea obligaciones para una sola de las partes⁵⁹⁹; tercero, porque, al referirse a obligaciones recíprocas, la mayoría de ellas (con la excepción del pacto de retroventa) se basan en el incumplimiento de una de las partes⁶⁰⁰.

Lo mismo puede decirse de la llamada condición resolutoria implícita que se encuentra en el art. 1124 CCE, que, al referirse a obligaciones recíprocas, vencidas, exigibles e incumplidas⁶⁰¹, no es aplicable a la donación, negocio que, como ya se ha indicado, genera obligaciones esenciales para una sola de las partes negociales (a salvo otras que pueden surgir por mala fe, como la de saneamiento para el donante *ex art. 638 CCE in fine*).

⁵⁹⁸ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 135

⁵⁹⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil. Tomo IV.2*. cit. p. 658

⁶⁰⁰ Es más, como la mayoría de los supuestos planteados se han construido en referencia a la compraventa, la casi totalidad de los mismos tiene como única finalidad establecer las condiciones en las que el vendedor, ante el incumplimiento del comprador, puede resolver el contrato y recuperar el bien o derecho objeto del mismo.

⁶⁰¹ ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de contratos*. cit. p. 137.

De lo dicho se deduce que la finalidad de la resolución es proteger a las partes contractuales frente a los eventuales incumplimientos de su contraparte, otorgándoles una medida de reacción; la inoficiosidad, por el contrario, como se dirá más adelante, no está vinculada a incumplimiento alguno, sino que se relaciona directamente con la protección cuantitativa de la legítima. Es por esto por lo que su supuesto de hecho no atiende a ninguna otra causa objetiva que pueda afectar a su eficacia, fuera de la lesión a la legítima.

Respecto a la equiparación entre inoficiosidad y la resolución producida por la llegada del término resolutorio (la muerte del causante), ha de señalarse que hay una gran diferencia entre ambos regímenes jurídicos. Si la muerte – sumado al hecho de ser la disposición excesiva – fuese un verdadero término resolutorio, entonces, los efectos de la inoficiosidad deberían retrotraerse a la apertura de la sucesión, pues fue en ese preciso momento cuando la donación excesiva devino ineficaz. Sin embargo, los efectos de la inoficiosidad se retrotraen, como ya hemos indicado, al momento de la presentación de la demanda. Y esto porque la muerte del causante en nada afecta a la validez o eficacia de la donación, aun cuando sea excesiva. No puede, por consiguiente, funcionar como término resolutorio.

La finalidad de la inoficiosidad es, así, proteger el derecho de los legitimarios, a fin de (i) evitar que el causante pueda vaciar su patrimonio mediante donaciones y actos asimilados a la misma, y (ii) garantizar a los legitimarios que estos vean, en la medida de los posible, satisfecha su legítima *in natura* o *in valorem*.

La siguiente categoría de ineficacia con la que se ha relacionado a la inoficiosidad es con la revocación. Ésta, con carácter general, es la figura jurídica que permite a una de las partes contractuales dejar sin efecto un negocio válido mediante el ejercicio de la llamada “facultad revocatoria”, que, como ocurría en el caso de la resolución, se otorga con carácter exclusivo a alguna de las partes del contrato⁶⁰². Aplicado a la donación, la revocación se cifra en la facultad atribuida al donante de privar de eficacia a un acto perfecto, la donación ya realizada⁶⁰³.

La revocación es, además, un tipo de ineficacia propio y muy vinculado a la figura de la donación (arts. 644 a 653 CCE/800 a 809 CCI), que tiene su base y fundamento, en

⁶⁰² GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 249.

⁶⁰³ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 1039.

opinión de algunos autores⁶⁰⁴, en la tutela de intereses superiores de orden moral y familiar.

Aunque se hable indistintamente de revocación, debe tenerse en cuenta desde ahora que existen diferentes causas y, por tanto, diferentes fundamentos de revocación de la donación. Así, no será igual la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos (arts. 644 CCE y 803 CCI), que guarda una estrecha relación con las instituciones protectoras de la legítima⁶⁰⁵; que la revocación por incumplimiento de cargas (art. 647 CCE), que, en la medida en que otorga al donante acción para recuperar los bienes donados frente a eventuales incumplimientos por parte del donatario, se asemeja más a la resolución de las obligaciones recíprocas⁶⁰⁶. Tal es esta asimilación que el Código civil italiano de 1942 no contiene o contempla una revocación por incumplimiento de cargas, salvo que esta sea prevista por las partes del negocio (art. 793, comma 4)⁶⁰⁷.

Por consiguiente, cuando se postule, en el ordenamiento español, la semejanza entre revocación e inoficiosidad habrá de tenerse en cuenta que siempre será entre la inoficiosidad propiamente dicha y algunas de las clases de revocación (por supervivencia o superveniencia de hijos, por incumplimiento de cargas o por ingratitud).

Hay una importante corriente doctrinal, encabezada por LACRUZ/SANCHO⁶⁰⁸, que asimila inoficiosidad y revocación por superveniencia o supervivencia de hijos (art. 644 CCE). Tiene a su favor esta equiparación, los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, el argumento histórico, pues existen importantes textos jurídicos que asimilan reducción y revocación. Los dos más importantes tal vez sean: (i) el Rescripto (dirigido a Claudio Juliano) mediante el que el Emperador Alejandro Severo, a mediados del s. III d.C., amplía la protección de los legitimarios contras las liberalidades *inter vivos* hechas

⁶⁰⁴ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 488

⁶⁰⁵ GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. cit. p. 103.

⁶⁰⁶ Así lo cree, en coordinación con su teoría contractualista de la donación, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 647” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 1639. Se asemeja, decimos, y no “se asimila” porque las cargas (en sentido amplio) que el donante impone al donatario no pueden entenderse (en ningún caso) como contraprestaciones.

⁶⁰⁷ Sobre el particular, puede verse PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 2017.

⁶⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 154.

por el causante y que lesionaren su legítima⁶⁰⁹; y (ii) La Ley VIII, Título IV de la 5ª Partida⁶¹⁰.

A este argumento histórico, no obstante, cabría oponer el que, según sostiene BIONDI⁶¹¹, es el origen de este tipo de revocación. Señala este autor que la misma surge encuadrada dentro de las relaciones entre patrono liberto. En este contexto, se permite al liberto revocar la donación hecha al patrono si le sobreviniera o sobreviviera algún hijo. Fuera de esta relación, y de este supuesto determinado, no cabía invocar esta causa de revocación. La misma, nos dice PALAZZO⁶¹², fue extendida a otras relaciones – no a otros supuestos – por la produce la Glosa.

2. En segundo lugar, también puede alegarse en apoyo de esta interpretación la referencia contenida en el art. 654.2 CCE, cuando dice que para la reducción de donaciones “se estará a lo dispuesto en este capítulo”, refiriéndose al Capítulo IV del Título II del Libro III del Código civil español común vigente, regulador de la revocación de donaciones. Esta referencia no sólo tendría la función práctica de señalar al intérprete la regulación a la que debe acudir en caso de existir laguna normativa en el régimen de la reducción, sino que también estaría subrayando la semejanza existente entre revocación e inoficiosidad.
3. En tercer lugar, que tanto la inoficiosidad como la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos van a carecer de efectos retroactivos, produciendo únicamente efectos *ex nunc* (645.I CCE).
4. En cuarto lugar, que ni la revocación ni la inoficiosidad operan de manera automática, sino que siempre será necesaria una previa actuación, bien por

⁶⁰⁹ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 15. VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo*. cit. p. 727.

⁶¹⁰ “E si por ventura alguno que ouiesse fijos legítimos, quissiesse facer donación a otro puédelo fazer en tal manera, que todavía finque en saluo a los fijos la su parte legítima, también en vida de su padre, como después de su muerte. E la parte legítima es según dize en el título del establecimiento de los herederos. E si el padre fiziere mayor donación, puédenla reuocar, los fijos, fasta en la quantía de la su parte legítima”. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Apuntes de Derecho Sucesorio III” en *ADC*. cit. p. 669, sostiene que esta ley declara parcialmente “revocable” a la donación (en lo que fuere necesario para subsanar la lesión sufrida por el legitimario)

⁶¹¹ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 1068.

⁶¹² PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 515.

el donante (para el caso de la revocación), bien por los legitimarios (para el caso de la acción de reducción)⁶¹³.

5. En quinto lugar, la revocación de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos va a tener en común con la inoficiosidad que ambas tienen como fundamento la existencia de un deber de alimento y cuidado del padre hacia los hijos⁶¹⁴.
6. En sexto lugar, tanto la revocación del art. 644 CCE, como la reducción del art. 636 CCE, tienen como finalidad proteger una masa patrimonial (la del donante/causante) que, en última instancia, debe ser empleada para dar a los hijos los alimentos, la educación y la formación necesaria para que puedan llegar a la vida adulta⁶¹⁵.

Ahora bien, pese a estas semejanzas, existen también importantes diferencias entre inoficiosidad y revocación por superveniencia o supervivencia de hijos y, además, algunas de las semejanzas señaladas no son tales.

Así, pese a que, como se ha indicado hace un momento, parece que tanto el art. 644 CCE como el art. 636 CCE tienen una finalidad común, la protección de una masa patrimonial que debe servir para que el padre/causante cumpla con los deberes derivados de la generación (o de la adopción), lo cierto es que estas normas no son tan semejantes. En efecto, el art. 636 CCE protege la legítima como *portio bonorum* – según la teoría mayoritaria – o cuota de valor – según la seguida por nosotros en este estudio – que debe ser deferida a los legitimarios a la muerte del causante, con independencia de que éstos sean descendientes, ascendientes o el cónyuge viudo. El art. 644 CCE, por el contrario, sí que tiende a garantizar – con los matices que se explicarán *infra* – a los hijos nacidos o supervivientes (después de la donación) una mayor masa patrimonial para su propio desarrollo. Es por esto por lo que no sólo estamos ante dos acciones distintas sino, también, ante dos tipos de ineficacia distintas, cuyas diferencias más importantes son:

⁶¹³ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 152. “Los supuestos de revocación no operan automáticamente, por el mero hecho de producirse la causa, ni tampoco mediante notificación extrajudicial con la voluntad de revocar, sino precisamente en litigio”.

⁶¹⁴ GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. cit. p. 103.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 104.

1. La diferencia en el fundamento. El art. 644 CCE (y los arts. 645 y 646 CCE) tiene como fundamento la protección de la prole⁶¹⁶ (sobre la presunción de que el padre no habría donado de haber tenido un hijo o de saber que vivía el hijo que reputaba muerto) y de ahí derivan sus notas características.

Nótese que esta facultad revocatoria que se otorga al donante depende únicamente de la superveniencia o supervivencia del hijo, sin importar el patrimonio del donante, que puede seguir siendo, pese a la donación, suficiente para garantizar el cumplimiento de los deberes paternofiliales.

Es por esto por lo que puede decirse que la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos no tiene únicamente un fundamento patrimonial. Así, descansa tanto en la necesidad de atender a la prole, como en la presunción de que el padre no habría realizado la donación de haber previsto tener un hijo o de haber sabido vivo al que tenía por muerto⁶¹⁷. Por ello, con independencia del patrimonio del donante, le otorga la facultad de revocar la donación.

Así lo señala expresamente la STS num. 182/2016, de 18 de marzo (RJ\2016\1135), cuando dice que “nuestro Código Civil configura el régimen jurídico de la revocación de la donación por superveniencia de hijos de un modo claramente objetivado, que alcanza tanto al ámbito de su aplicación, como a la caracterización de los supuestos tomados en consideración” (FJ 3º). Es por ello por lo que, según el Alto Tribunal, basta la concurrencia de dos circunstancias objetivadas para que se produzca la revocación: que el donante no tuviera hijos en el momento de realizarse la donación; y que, con posterioridad a la misma, el donante llegue a tener un hijo (bien porque le supervenga o porque resulte vivo el que se creía muerto). En este sentido se pronuncia también el art. 803 CCI.

El art. 636 CCE (y los arts. 654, 655 y 656 CCE) se relaciona directamente con la legítima y con su protección. Por consiguiente, el presupuesto

⁶¹⁶ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel. “La donación” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo III*. cit. p. 615. Fundamento objetivo éste de la norma que – a su vez – justifica que la acción sea irrenunciable, tal como establece el art. 646.2 CC.

⁶¹⁷ GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. cit. p. 104.

objetivo de la acción de reducción no será otro que la lesión a la legítima⁶¹⁸, esto es, que, a la muerte del causante, realizadas las operaciones que se describen en el capítulo 3, no queden bienes suficientes para cubrir la legítima de algún legitimario. Y que esta carencia de bienes tenga, además, como causa, el que el *de cuius* haya dispuesto por donación de más de lo que podía disponer por testamento (art. 636 CCE).

El fundamento de la reducción de donaciones por inoficiosidad es, así, estrictamente patrimonial y por ello va a girar todo él en torno al concepto de lesión.

2. La diferencia en los supuestos de hechos. El supuesto de hecho del art. 644 CCE engloba dos opciones: que el donante tenga un hijo después de donar o que resulte vivo el hijo que el donante creía o reputaba muerto.

Para el caso del nacimiento, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 30 CCE, por lo que será necesario el entero desprendimiento del seno materno para que el hijo se repute nacido (y nacido vivo) y, por tanto, aparezca para el donante la facultad revocatoria.

Como se ha indicado, esta facultad revocatoria no depende de que en el patrimonio del donante queden bienes con los que atender al hijo nacido o superviviente, por lo que esta clase de revocación no se relaciona de ningún modo con el concepto de lesión, central en el régimen jurídico de la inoficiosidad (lo que se desprende del supuesto de hecho del art. 644 CC, que se refiere al nacimiento del hijo o a la sobrevivencia del reputado muerto, sin hacer mención alguna al patrimonio del donante⁶¹⁹).

El supuesto de hecho del art. 636 CCE es, por el contrario, (i) que a la muerte del causante no queden en su patrimonio bienes bastantes con los que cubrir la legítima de (alguno de) sus legitimarios y (ii) que éste haya realizado donaciones en vida que superaran en valor la cuota disponible.

El supuesto de hecho del art. 636 CCE no es, así, como en el caso de la revocación, la mera existencia de los legitimarios, que, si existen y son satisfechos con los bienes del caudal, nada podrán reclamar, ni reducir; sino que será necesario algo más, tomando aquí un cariz especial el

⁶¹⁸ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 228.

⁶¹⁹ Así lo destaca GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel. “La donación” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo III*. cit. p. 618.

concepto de lesión. En efecto, el supuesto de hecho de aplicación de la consecuencia jurídica contenida en el art. 636 CCE (y concordantes) será la lesión a la legítima⁶²⁰.

3. La diferencia en los sujetos actuantes. El art. 646. CCE, en coherencia con lo dicho sobre la revocación, otorga la facultad revocatoria a una de las partes del negocio jurídico que se va a revocar: al donante y, con alguna crítica por parte de la doctrina⁶²¹, a sus hijos (art. 646.II CCE).

En cualquier caso, aparece aquí una importante diferencia entre la acción revocatoria y la acción de reducción. La primera, como se ha visto, *ex art. 646 CCE* deriva de la voluntad del donante, que era quien podía revocar la donación. La segunda, por el contrario, no deriva del causante y no se encontraba en su patrimonio al morir éste, sino que se nace para los legitimarios lesionados a la apertura de la sucesión siempre que se den los requisitos necesarios.

El art. 655.1 CCE otorga legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción no sólo a los hijos (aunque éstos tengan la consideración de legitimarios preferentes), sino a todos los legitimarios, incluidos los ascendientes (cuando no existan descendientes, *ex art. 807.2º CCE*) y el cónyuge viudo (en todo caso, salvo que medie separación o divorcio *ex art. 834 CCE*).

4. La diferencia en los efectos. El más importante tal vez sea el que determina a quién van los bienes objeto de revocación/reducción. En el caso de la revocación, los bienes objeto de la donación no van a los hijos, sino que retornan al patrimonio del donante, que podrá volver a disponer de ellos (por título oneroso o gratuito).

En el caso de la reducción, por el contrario, el bien objeto de la donación no volverá en ningún caso al patrimonio del donante (ahora causante),

⁶²⁰ Así lo señala también, *obiter*, la STS 124/2006, de 22 de febrero (RJ\2006\900), en su FJ 3º: “Esta Sala tiene declarado que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración [...] y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la libre disposición”. Sobre este particular se volverá por extenso en el capítulo 4.

⁶²¹ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 240, sostiene que, en relación con los hijos del donante, la revocación resulta inútil o innecesaria ya que éstos tienen siempre derecho a pedir la reducción.

reintegrándose en el caudal relicto, sino que irá directamente al patrimonio del legitimario accionante⁶²².

Igualmente, debe señalarse que la revocación de la donación por supervivencia o superveniencia de hijos es siempre total, no admitiéndose la revocación parcial (por ejemplo, art. 645.I CCE, que establece que ha de retornar al donante todo el bien y no sólo parte del mismo). El donante, por consiguiente, o revoca toda la donación o no la revoca en modo alguno, pero no puede revocar únicamente una parte, lo que se relaciona con la independencia de este tipo de revocación con el concepto de lesión. No se trata de reparar lesión alguna (lo que sí fundaría una revocación parcial, hasta el límite de la lesión), sino de responder a la presunción de que el donante no habría donado de haber tenido hijos o de haber estado vivo el que se creía muerto.

Por todo ello puede decirse que, pese a las semejanzas existentes entre revocación e inoficiosidad, lo cierto es que ésta comparte más características, como se verá más adelante, con la rescisión. Y esto, porque, como se indicará, ambos tipos de ineficacia, al contrario que la revocación, van a producir un tipo de ineficacia relativa, limitada y, las más de las veces, parcial.

3. Inoficiosidad y rescisión

El término rescisión, dejado de lado su sentido amplio de deshacer o anular⁶²³, alude a una forma de ineficacia sobrevenida por la cual un contrato *válidamente celebrado* (art. 1290 CCE), es posteriormente considerado ineficaz por sus *efectos perjudiciales*, bien para una de las partes, bien para un *tercero*.

La rescisión surge en el ordenamiento jurídico español como un mecanismo de ineficacia distinto de los restantes tipos de ineficacia⁶²⁴, de las que se separa, en base a

⁶²² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 155. Nota 14. Misma idea más adelante (p. 157): “El producto de la reducción, que no estaba *in bonis* del causante, pasa directamente al legitimario perjudicado”.

⁶²³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. cit. p. 517.

⁶²⁴ Es el Proyecto de Código Civil de 1851 el que, dentro de los antecedentes del Código civil, sistematiza los tipos de ineficacia, confiriendo autonomía a la rescisión como categoría específica de ineficacia. Pueden verse los arts. 1164 y ss.

una serie de elementos propios, integrados en su concepto y régimen jurídico, que son característicos y concurrentes:

1. La impugnación del acto válido⁶²⁵. Es característico de la rescisión que la misma afecta a un negocio válidamente celebrado (art. 1290 CCE), pero que, por provocar un perjuicio a las partes del mismo o a un tercero ajeno a él, puede ser declarado parcial o totalmente ineficaz⁶²⁶ a petición del interesado.
2. El concepto de lesión. DE CASTRO⁶²⁷ sostiene que la rescisión se caracteriza, como categoría de ineficacia, por su vinculación al concepto de lesión, especialmente en la compraventa y en la partición⁶²⁸. Dicho con otras palabras: el contrato se rescinde porque perjudica.

En efecto, al contrario de lo que ocurría en las restantes formas de ineficacia, que se basan bien en un vicio invalidante (nulidad y anulabilidad), bien en un incumplimiento negocial (resolución), bien en la voluntad de una de las partes del contrato (revocación)⁶²⁹, la rescisión se basa, para DE CASTRO, en “razones de equidad”⁶³⁰: se da como medida de corrección y reparación de un resultado que se reputa injusto.

Esta vinculación al concepto de lesión va a jugar un papel importante en el tipo de ineficacia que produce la rescisión, que será siempre limitada y relativa, pues el negocio se “deshace” únicamente en lo que sea necesario para reparar el perjuicio que él mismo ha provocado (empiezan a aparecer ya aquí notas comunes con la reducción de donaciones por inoficiosidad).

Por lo dicho se comprende que causas de rescisión sean, *ex art.* 1291 CCE, la lesión, el fraude (en realidad, como se ha apuntado, la lesión que causa o puede causar el fraude) y la litigiosidad (la lesión que puede producir la venta o enajenación de la cosa litigiosa). Junto a estas tres causas típicas, existe una cuarta, en el art. 1291.5 CCE, cuando alude a “cualquier otros supuestos que especialmente determine la ley”. Esto lleva a

⁶²⁵ Particularidad que destaca el art. 1086 del Proyecto de Código de 1851.

⁶²⁶ “Reducida su eficacia” dice DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. cit. p. 520.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 518.

⁶²⁸ JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. p. 76.

⁶²⁹ A salvo los casos de revocación legales.

⁶³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. cit. p. 519.

CLAVERÍA⁶³¹ a señalar, con gran parte de la doctrina, que el Legislador ha subsumido, bajo el paraguas de la rescisión, a modo de “cajón de sastre”, un número de supuestos heterogéneos.

La rescisión da lugar al ejercicio de una acción, la acción rescisoria, que no es única y que tiene múltiples manifestaciones⁶³². Con carácter general, la acción rescisoria tiene siempre un carácter subsidiario (art. 1294 CCE), por lo que solamente procederá en aquellos supuestos en los que no se disponga de ninguna otra acción. En esto se asemeja a la acción de reducción de donaciones inoficiosas, que *ex art.* 820 CCE, será el último de los instrumentos protectores de la intangibilidad cuantitativa de la legítima que pueda utilizarse.

La inoficiosidad guarda una profunda relación con la rescisión y hay importantes semejanzas entre la acción de reducción de donaciones inoficiosas y la acción rescisoria⁶³³. En efecto, mientras que la segunda es un mecanismo de protección ante la lesión que puedan sufrir las partes contractuales o los terceros (los acreedores), la primera es un mecanismo de protección del legitimario – que en cierto modo y bajo determinado aspecto, es un acreedor – y de la legítima, de ahí las similitudes que comparten y de ahí que haya autores – que citaremos *infra* – que asimilen la inoficiosidad y la reducción de donaciones a la rescisión (bien por lesión, bien por fraude).

Así, tanto en el supuesto de rescisión como en el de inoficiosidad encontramos las siguientes características comunes: se dirigen contra un negocio/acto válido⁶³⁴, se fundan en una lesión o perjuicio, producen una ineficacia con efectos *ex nunc*⁶³⁵, se otorga legitimación únicamente al sujeto perjudicado, la posibilidad de impugnar desaparece con la compensación económica, son acciones subsidiarias y puede convertirse en una acción meramente indemnizatoria⁶³⁶.

⁶³¹ CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Humberto. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato” en DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. cit. p. 78.

⁶³² DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. cit. p. 524.

⁶³³ Recuérdese que, según un importante sector de la doctrina, en Derecho romano, la *querella inofficiosi donationis* tenía carácter rescisorio. A este respecto, puede verse BERNAD MAINAR, Rafael. “De la legítima romana a la reserva familiar germánica” en *RIDROM*. cit. p. 15.

⁶³⁴ Y es válida la donación inoficiosa, según la abrumadora mayoría de la doctrina. Por todos, GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 251.

⁶³⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. cit. p. 120.

⁶³⁶ Características que señala JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. pp. 60-62, para todas las acciones rescisorias.

Quizá en esta última característica sea en la que más difieran – en principio – reducción y rescisión. En efecto, en el caso de la acción de reducción, como ya se ha dicho, *prima facie*, no sería posible, por regla general, la satisfacción *in valorem* del legitimario perjudicado. A ello obsta la dicción del art. 806 CCE. Sin embargo, y como se señalará en el capítulo 6, por el juego de los arts. 841 y ss. CCE sí que es posible que el donante/testador ordene o autorice el pago del objeto de la reducción con efectivo extraherencial⁶³⁷. En cualquier caso, siempre es posible que legitimario y donatario lleguen a un acuerdo extrajudicial en base al traspaso de alguna cantidad de dinero. Y esto por la vinculación entre el concepto de rescisión y el de perjuicio: la finalidad de la rescisión es, como ya se ha dicho, reparar un perjuicio, por lo que no habrá lugar a ella si el perjudicado encuentra reparación por otra vía⁶³⁸.

Además, no hay que olvidar que, pese a la importancia que cierto sector de la doctrina da a la normativa sobre legítimas, haciéndola parecer casi de orden público, lo cierto es que estamos ante intereses netamente privados en los que el Estado no tiene nada que decir (más allá de la predisposición general de las normas de legítima). Prueba de esto es que el régimen jurídico de la legítima es siempre dispositivo para el propio legitimario, que puede incluso renunciar a la misma, siempre después de la muerte de su causante (art. 816 CCE, *a contrario*).

Respecto a la eficacia de la acción rescisoria con respecto a los terceros de buena fe, ha de señalarse que, en estos casos, la misma se transforma en una acción indemnizatoria o por equivalente (arts. 1295 y 1298 CCE). Lo mismo ocurre en los supuestos de inoficiosidad, cuando el donatario ha enajenado el bien a un tercero de buena fe, pasándose de la restitución *in natura* a la restitución por equivalente económico⁶³⁹.

Estas semejanzas, como ya se ha indicado, han hecho que algunos autores se decanten por asimilar rescisión e inoficiosidad, destacando que la acción de reducción no es más que una manifestación de la acción rescisoria. De esta opinión es, entre otros, PUIG BRUTAU⁶⁴⁰, para quien la remisión del art. 621 CCE a las disposiciones generales

⁶³⁷ Así, dentro de la doctrina clásica, MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 235.

⁶³⁸ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; *El patrimonio sucesorio.* cit. p. 919.

⁶³⁹ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades.* cit. p. 1348.

⁶⁴⁰ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III.* cit. p. 142.

de las obligaciones y contratos permite aplicar a la reducción de donaciones el régimen jurídico contenido en los arts. 1290 y ss. CCE. Con la misma argumentación, sostiene la asimilación entre inoficiosidad y rescisión ROCA-SASTRE MUNCUNILL⁶⁴¹.

GARCÍA PÉREZ⁶⁴², por su parte, sostiene que, en la medida en que tanto la rescisión como la inoficiosidad se dirigen contra actos válidamente celebrados, es ésta el tipo de ineficacia negocial del que participará la reducción de donaciones, si bien, como indica la propia autora, “con algunos perfiles propios que derivan de ser un instituto protector de la legítima”.

Ahora bien, pese a estas semejanzas (y otras que se señalarán en el epígrafe siguiente), no puede hablarse de una asimilación total entre rescisión e inoficiosidad. Y esto porque, como se señalará inmediatamente, la inoficiosidad (y la acción a la que da lugar, la acción de reducción de donaciones inoficiosas) tiene unas características propias como tipo o clase de ineficacia, derivadas de su estrecha y profunda vinculación a la legítima⁶⁴³, que la convierten en una categoría de ineficacia *a se*, con una delimitación propia dentro del ordenamiento jurídico español.

4. Caracteres de la inoficiosidad como tipo de ineficacia negocial

De todos los tipos o categorías de ineficacia que se han analizado, aquel con el que la inoficiosidad comparte más caracteres es – ya se ha indicado – con el de la rescisión, como advierte la doctrina, que de manera mayoritaria acerca (e incluso asimila) ambos tipos de ineficacia.

No obstante lo dicho, tiene la inoficiosidad una serie de caracteres que la individualizan y la caracterizan, separándola de los restantes tipos de ineficacia, y configurándola como un tipo especial de rescisión. Así, dentro de sus rasgos característicos – que se expondrán a continuación – hay algunos que compartirá con la rescisión y otros que no.

⁶⁴¹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. cit. p. 118. Y de la misma opinión es BALLESTER GINER, Eladio. *Derecho de sucesiones. Aspecto civil y fiscal*. Madrid: EDERSA. 1989. p. 270.

⁶⁴² GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. pp. 253-254.

⁶⁴³ Vinculación que es subrayada por PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. cit. p. 220.

En efecto, al ser la inoficiosidad un tipo de ineficacia vinculado – desde su origen, como se veía en el capítulo 1 – a la legítima, va a tener una serie de notas propias, que, sin separarla completamente de la rescisión, la definen como un tipo específico de ésta.

1. Ineficacia relativa y limitada. La inoficiosidad, en efecto, va a producir una ineficacia relativa⁶⁴⁴ (entre legitimario lesionado actuante y donatario) y limitada (pues la pretensión del legitimario siempre tendrá dos topes: el máximo del valor del bien, en caso de que el perjuicio a la legítima sea mayor; o el perjuicio sufrido, en caso de que el valor del bien sea mayor). Sin embargo, es ésta una característica que también se da en la acción rescisoria, especialmente en la acción pauliana, donde la ineficacia se produce sólo frente al acreedor impugnante y sólo en la medida que sea precisa para evitar/subsanar su perjuicio económico⁶⁴⁵.

Ahora bien, sí es cierto que esta doble característica de la ineficacia producida por la inoficiosidad, que comparte con la rescisión, va a producir una serie de efectos prácticos determinados, en algún caso distintos a los que produce la rescisión:

- a. El ya indicado (y ahora repetido) de que la inoficiosidad (y la acción de reducción) no van a actuar sobre el negocio jurídico donación, sino sólo sobre sus efectos⁶⁴⁶, limitándolos de manera relativa y parcial⁶⁴⁷. Esto implica que la ineficacia sólo se va a producir en beneficio del legitimario actuante y no de los demás legitimarios del causante⁶⁴⁸ y que la ineficacia sólo alcance hasta donde sea preciso para resarcir la lesión sufrida en la legítima.

La donación impugnada, por consiguiente, seguirá siendo válida, también para el legitimario actuante, en la parte que no lesiona su

⁶⁴⁴ Rasgo que subraya especialmente MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo.* cit. p. 241. Una posición original y discrepante encontramos en BARBA, Vincenzo. *La successione dei legittimari.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2020. pp. 377 y ss. que sostiene que la ineficacia producida por la acción de reducción es absoluta y no relativa. Pese a que conocemos, por indicación de su autor, las bases de su argumentación doctrinal, sin embargo, ha sido imposible - por la situación sanitaria actual y la fecha de publicación de la obra (2020) - acceder al contenido del libro. No obstante, se le tendrá muy en cuenta para futuras investigaciones.

⁶⁴⁵ JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana.* cit. p. 28.

⁶⁴⁶ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano.* cit. p. 584.

⁶⁴⁷ TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni.* cit. p. 544.

⁶⁴⁸ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil.* cit. p. 405.

legítima⁶⁴⁹. Esto tendrá gran importancia en la práctica. En efecto, si el donatario continúa siendo donatario y la donación continúa siendo eficaz, tenemos, en primer lugar, que el bien objeto de la donación (salvo en el caso de reducción total) nunca saldrá completamente de la órbita patrimonial del donatario, que continuará ostentando este título a todos los efectos⁶⁵⁰.

Y en segundo lugar, que lo reducido nunca irá al patrimonio del causante, ni al caudal hereditario, pues, al contrario de lo que ocurre en los restantes tipos de ineficacia analizados (con la excepción de la nulidad total y de la rescisión por fraude de acreedores), aquí no es una de las partes del negocio la que impugna el mismo, o la que ejerce alguna facultad (resolutoria o revocatoria) que, por causa objetiva o por su propia voluntad, le permite dejar sin efecto el contrato. En los supuestos de inoficiosidad y reducción de donaciones, quien ejercita la acción, el legitimario, no formó ni forma parte del negocio jurídico donación⁶⁵¹, ni ejercita derecho alguno en nombre del causante, sino que ejerce una acción *ex lege* protectora de su legítima, individual y personal⁶⁵², lo que explica que lo obtenido como consecuencia del ejercicio victorioso de la acción de reducción vaya a parar directamente a su patrimonio⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Son consideraciones que, para el negocio impugnado por fraude de los acreedores, sostiene JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. p. 28. Y que aquí pueden ser también aplicadas.

⁶⁵⁰ Distinto sería si lo que se pusiera en tela de juicio o lo que fuera afectado por la ineficacia fuese el negocio jurídico donación, y no sus efectos, en cuyo caso ésta perdería su validez y eficacia (como en el caso de la nulidad, la resolución o la revocación), perdiendo el donatario la condición de tal y debiendo, por tanto, ser desposeído del bien objeto de la donación (como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de revocación (arts. 644 y ss. CCE).

⁶⁵¹ Nótese que, ni siquiera cuando el legitimario sea heredero del donante y, por tanto, según la doctrina clásica, continuador de su personalidad, podrá considerarse parte de la donación inoficiosa, por lo que también podrá impugnar la donación, pues en tanto que legitimario no está vinculado por los actos de su causante que sean perjudiciales para él. Así DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. Anotaciones a COLIN Ambrosio y H. Capitant. *Curso elemental de Derecho civil. Tomo VIII*. cit. p. 508. “Los legitimarios, cuando actúen en defensa de su patrimonio, lo hacen más bien como terceros interesados en la impugnación de los actos de su causante que como causahabientes del mismo”.

⁶⁵² PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II*. cit. p. 402. RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de Liberalidades*. cit. p. 1339.

⁶⁵³ Así, FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 167, para quien lo contrario es efecto del ejercicio victorioso de la acción de nulidad.

Esto marca ya una diferencia con la rescisión. DE VERDA⁶⁵⁴ sostiene, a este respecto, que, en principio, salvo que los bienes se encuentren en posesión de un tercero de buena fe, cuando se rescinda el negocio lesivo, habrán de restituirse las prestaciones, por lo que los bienes habrían de volver – de reputarse la reducción como verdadera rescisión – al patrimonio del causante y no al del legitimario lesionado y ahora actuante (victoriosamente) en reducción.

Y lo mismo ocurre con la acción pauliana, que, si triunfa, lo más que produce es que los bienes que habían salido del patrimonio del deudor vuelvan a él.

La transmisión de bienes (de bienes que pertenecieron al patrimonio del causante, otrora donante) es una característica del tipo de ineficacia que produce la inoficiosidad (a salvo los supuestos, como los del art. 821 CCE, en los que la reducción se produce por equivalente económico).

- b. Relacionado con el anterior, que la inoficiosidad nunca va a suponer que decaiga o pierda vigencia la donación impugnada. El donatario seguirá siendo donatario *erga omnes* (también para los legitimarios no accionantes y los acreedores del donante, ahora causante). Rasgo este que es predicable también de las restantes acciones rescisorias.

- 2. Ineficacia sobrevenida. En principio, tanto la inoficiosidad como la rescisión son causas de ineficacia sobrevenida. Ahora bien, la inoficiosidad se caracteriza por ser siempre una ineficacia sobrevenida que, al contrario de lo que ocurre en los supuestos de rescisión, no tiene ninguna relación con el momento de celebración del contrato⁶⁵⁵.

Así, si atendemos a la doctrina clásica sobre la rescisión, ésta se califica como una forma de ineficacia que, si bien es sobrevenida, se produce en

⁶⁵⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *Derecho civil II. Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant. 2019. p. 261.

⁶⁵⁵ Diferencia que remarca: ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 919.

virtud de un elemento o anomalía que tuvo lugar en el momento de celebración del negocio cuya rescisión se pretende⁶⁵⁶.

En efecto, tanto en los supuestos de rescisión por lesión, como en los de rescisión por fraude o por litigiosidad, el contrato se celebra válidamente, pero adolece de un defecto (en última instancia, como hemos indicado, todos los supuestos se redirigen a la lesión) que faculta a quien lo sufra (la contraparte o los terceros) para dejarlo parcial o totalmente sin efecto. La rescisión, por consiguiente, siempre se remite al momento de la celebración del contrato, que es cuando se produce la lesión, o el fraude, o cuando debe determinarse la litigiosidad de la cosa.

Ahora bien, en el caso de la inoficiosidad de la donación esto no ocurre. La ineficacia que produce la donación no se relaciona de ningún modo con elemento alguno de la celebración del contrato, pues, por un lado, la donación nunca puede nacer inoficiosa (pues nadie tiene derecho alguno en vida del causante⁶⁵⁷) y, por otro, la donación que sea aparentemente inoficiosa en vida del causante (por consistir en gran parte de sus bienes, por ejemplo) puede, con posterioridad, no serlo por haber venido éste a mejor fortuna (y viceversa).

Efectivamente, la ineficacia que produce la inoficiosidad es sobrevenida en el sentido más literal del término, pues no atiende a ningún elemento originario. Sólo a la muerte del causante, una vez realizadas las operaciones de computación, imputación y, si procede, de colación, podrá determinarse si las donaciones realizadas por el causante fueron o no inoficiosas y sólo a partir de ese momento la donación quedará aquejada de un vicio que permitirá su impugnación.

Y esto con independencia, como ya se ha dicho y ahora se reitera, de si la donación fue o no excesiva en el momento de producirse. En efecto, el donante nunca puede, vivo, vulnerar legítima alguna (pues ésta ni siquiera existe), ni la donación incurrir en vicio alguno relacionado con la sucesión legitimaria. Así, aunque tanto la inoficiosidad como la rescisión parecen estar basadas en la lesión o perjuicio económico que sufre una parte

⁶⁵⁶ GARCÍA-BERNARDO LANDETA. *La legítima en el Código civil*. cit. p. 138.

⁶⁵⁷ DE FUENMAYOR, Amadeo. “La intangibilidad de la legítima” en *ADC*. cit. p. 47.

negocial o un tercero, en la segunda esta lesión siempre es rastreable hasta el momento de la celebración del contrato, mientras que en la primera dicha lesión sólo se produce con posterioridad a la muerte del causante. Esto supone una notable diferencia, sobre la que habrá de volverse, entre la inoficiosidad y la rescisión. Diferencia que parte, a nuestro juicio, de la profunda relación que existe entre la inoficiosidad como categoría especial de ineficacia y la legítima.

3. Ineficacia provocada. La inoficiosidad, como la rescisión, nunca opera *per se* o automáticamente⁶⁵⁸. Es cada legitimario perjudicado el que decidirá, a la vista de las operaciones de cálculo de la legítima, si ejercita o no la acción de reducción. La inoficiosidad, por tanto, es un efecto que puede provocar el legitimario potestativamente, una vez se determine que ha existido lesión en *su* legítima (propia e individual y no en la legítima globalmente considerada).

Por tanto, puede decirse que la inoficiosidad no produce en ningún caso una ineficacia automática, sino que, como ya se ha indicado, faculta a legitimario efectivamente lesionado para impugnar la donación lesiva de su legítima⁶⁵⁹. Lo que también es predicable de la rescisión.

Pero aún hay más.

En primer lugar, la inoficiosidad, al contrario que la rescisión, no puede dirigirse contra todo tipo de negocios jurídicos, sino que tiene un número tasado de aquellos a los que puede afectar. Así, se trata de un tipo de ineficacia que sólo afecta a un concreto tipo de negocio jurídico, el donativo, cuyas características ya hemos señalado en este mismo capítulo. Y, además, requiere que, mediante ellos, se haya vulnerado la legítima o contravenido las normas reguladoras de la misma⁶⁶⁰.

En segundo lugar, la inoficiosidad, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de rescisión, puede afectar a actos o negocios que son anteriores a la existencia de la legítima

⁶⁵⁸ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II.* cit. p. 404.

⁶⁵⁹ Misma consideración, para la acción rescisoria, encontramos en JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana.* cit. p. 64.

⁶⁶⁰ GARCÍA-BERNARDO LANDETA. *La legítima en el Código civil.* cit. p. 140. Si bien este autor parece acoger la tesis de que inoficiosidad y rescisión se identifican al señalar que la donación hecha por el causante y después reputada inoficiosa es válida, pero carente de firmeza, por tratarse de una situación viciosa.

o del legitimario. En efecto, como sostiene la mayoría de la doctrina, puede el legitimario descendiente o cónyuge⁶⁶¹ agredir donaciones que tuvieron lugar antes de que naciera o se constituyera el vínculo matrimonial⁶⁶², lo que no puede hacer ningún actuante en rescisión⁶⁶³.

En tercer lugar, la inoficiosidad no es sólo un tipo de ineficacia que afecte a lo cuantitativo, esto es, del montante en que se cifra la lesión; sino que, según la doctrina mayoritaria: tiene por objeto la recuperación, por regla general, de los mismos bienes que salieron del patrimonio del causante y no únicamente de su valor económico. Así lo cree la doctrina tradicional, en función de la cual la restitución debe llevarse a cabo, por regla general y salvo casos excepcionales, *in natura*⁶⁶⁴. Es ésta, sin embargo, una visión que se encuentra muy arraigada en las concepciones de la legítima que la entienden como *pars hereditatis* o *pars bonorum* y que ya no son tan claramente mayoritarias en nuestra doctrina actual. No ahondamos más en esta cuestión, que constituirá el contenido del capítulo 6, porque, como allí defenderemos, no nos parece clara ni evidente esta regla general de la restitución *in natura*. Es más, a lo largo de esta investigación hemos defendido y defenderemos que la inoficiosidad es un mecanismo de protección de la intangibilidad *cuantitativa* de la legítima.

Asimismo, estas diferencias hacen que podamos señalar que, si bien la acción de reducción se inscribe dentro del conjunto global de acciones rescisorias, la misma tiene una serie de características particulares que la configuran como un tipo específico de ella⁶⁶⁵. La reducción por inoficiosidad es un tipo de rescisión, particular y propia, que se explica por su relación con la legítima. Afirmación esta que se hace, como se viene diciendo, sólo y exclusivamente para el Derecho civil español común, que constituye el objeto de nuestra investigación.

⁶⁶¹ No tiene sentido aquí hablar del ascendiente porque este existe siempre.

⁶⁶² PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 135. Se volverá sobre estas consideraciones en el capítulo 4, en el apartado dedicado a la legitimación activa.

⁶⁶³ En efecto, es requisito de procedibilidad de la acción de rescisión (por fraude) que el accionante sea el acreedor y que la disposición fraudulenta haya tenido lugar con posterioridad a la constitución del crédito. A salvo la excepción señalada en la STS num. 814/2003, de 26 de julio (RJ\2003\5864), según la cual “esta regla general tiene como excepción la de que el deudor efectúe la disposición en función de un crédito que nacerá con toda probabilidad más adelante, a fin de procurarse una insolvencia frustrante de los derechos del acreedor” (FJ 2º).

⁶⁶⁴ Por todos, MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo*. cit. p. 204.

⁶⁶⁵ En contra, la totalidad de la doctrina italiana. Por todos, NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 89.

En efecto, las particularidades de la acción de reducción, como acción rescisoria específica, vienen dadas, a nuestro juicio, por la relación que existe entre la inoficiosidad y la legítima, que es un límite derivado del Derecho de sucesiones (no del de contratos), que se proyecta sobre actos *inter vivos*. Y si bien estas diferencias no nos parecen bastantes para fundar una categoría de ineficacia *a se*, completamente distinta, autónoma y separada de las recogidas en el ordenamiento jurídico civil español común, tampoco nos parece que pueda ser asimilada a cualquiera de ellas. Es por esto que concluimos, como ya hemos señalado, para el Derecho civil español común, que la reducción por inoficiosidad, sin identificarse completamente con la rescisión, sí que es un tipo especial y específico de rescisión.

En efecto, lo dicho nos permite – por las similitudes que existen entre ambas – acudir al régimen jurídico de la rescisión cuando se haya de solventar alguna duda o colmar alguna laguna existente en el régimen de la reducción. Lo que haremos en el capítulo 4, habida cuenta de que el Código es especialmente parco al regular la acción de reducción. Sin embargo, también lo dicho nos alerta de que dicho régimen no puede aplicarse *in toto*, sino que habrán de tenerse siempre presentes las características propias de la inoficiosidad, que matizarán muchísimas de las reglas de la rescisión.

CAPÍTULO TERCERO

LA DETERMINACIÓN DE LA INOFICIOSIDAD: OPERACIONES PREVIAS A LA REDUCCIÓN

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA COMPUTACIÓN O REUNIÓN FICTICIA DE DONACIONES. 1. La composición o conformación del activo bruto 1.1. La valoración del activo bruto. Una reflexión comparada. 2. Conformación o composición del pasivo. Consideraciones desde la doctrina española e italiana. 3. La composición del *donatum* y su valoración en el Derecho español. III. LA IMPUTACIÓN DE ATRIBUCIONES, *INTER VIVOS* O *MORTIS CAUSA*, HECHAS POR EL CAUSANTE. 1. El régimen legal de imputación o imputación por ministerio de la Ley en el Derecho español. 1.1. Reglas generales de imputación: la imputación de atribuciones hechas a legitimarios y a extraños. 1.2. La imputación a mejora: el caso controvertido de la mejora tácita. 1.3. Reglas especiales de imputación en supuestos determinados. 2. La imputación de atribuciones hecha por la voluntad del donante/causante y los problemas de su revocación o modificación. 3. La imputación de las atribuciones hechas al legitimario premuerto, repudiante o desheredado. 4. Algunas consideraciones sobre la imputación en el Derecho italiano. IV. LA COLACIÓN DE DONACIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. Sujetos de la colación. 2. Objeto de la colación. El problema de las donaciones no colacionables y su relación con la reducción de donaciones. V. DIFERENCIAS ENTRE IMPUTACIÓN, COMPUTACIÓN, COLACIÓN Y REDUCCIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La reducción de donaciones inoficiosas requiere de unos pasos previos y necesarios: la fijación cuantitativa de la legítima y, por consiguiente, la realización de las operaciones de computación (art. 818.II CCE/556 CCI), imputación (arts. 656, 816, 819, 822, 825, y 1038 CCE/564 CCI) y colación de donaciones (arts. 1035 y ss. CCE/737 y ss. CCI), que obligan a tener en cuenta todos los actos de carácter gratuitos – en el sentido amplio que

ya hemos explicado – llevados a cabo por el causante⁶⁶⁶, viendo, además, a qué parte se deben imputar, puesto que, como ya se ha indicado, no pueden sobrepasar o exceder de la *portio* de libre disposición⁶⁶⁷.

Estas operaciones, que se llevarán a cabo, siempre que sea necesario⁶⁶⁸, a la apertura de la sucesión⁶⁶⁹, tienen como finalidad inventariar o contabilizar todas las donaciones realizadas por el causante (computación), asignarlas a una de las porciones en las que se divide idealmente la herencia⁶⁷⁰ (imputación) y evitar que cualquiera de los legitimarios quede desigualado como consecuencia de las asignaciones hechas *inter vivos* por el *de cuius*⁶⁷¹ (colación), en ausencia de voluntad expresa del causante/donante de querer efectivamente tal desigualación.

Especialmente la primera, la computación, al poner el patrimonio del causante en una situación similar a aquélla en que se hubiera encontrado de no haber éste realizado donación o acto gratuito alguno⁶⁷², permitirá conocer la base ideal de cálculo de la legítima (e, indirecta y correlativamente, la de libre disposición); la segunda, por su parte, facilitará establecer qué porción o porciones (ideal/es) de la herencia ha ido agotando el causante al realizar donaciones y liberalidades en sentido amplio (en lo que a nosotros

⁶⁶⁶ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. Anotaciones a COLIN Ambrosio y H. Capitant. *Curso elemental de Derecho civil. Tomo VIII*. cit. p. 510: “Si nadie puede dar ni recibir por donación más de lo que puede dar o recibir por testamento, siendo inoficiosa toda donación en lo que exceda de esa medida (art. 636 del Código civil); y si las donaciones que con arreglo a tal criterio sean inoficiosas, computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso (art. 654 del Código civil), resulta indispensable, una vez fallecido el *de cuius*, examinar si las donaciones caben dentro de los límites que la ley les señala”.

⁶⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 99 subrayan la importancia de estas operaciones al señalar que las mismas están destinadas “en primer lugar, a averiguar si tal legítima existe”.

⁶⁶⁸ Por regla general, y excepción hecha de la colación (que requiere, *ex art.* 1035 CCE, para el Derecho español, la concurrencia de varios legitimarios y la existencia de comunidad hereditaria), bastará la presencia de un solo legitimario de los mencionados en el art. 807 CCE/536 CCI para que deba procederse a la computación y a la imputación (y para que, eventualmente, pueda ejercitarse la acción de reducción, si se dan los restantes requisitos de la misma). Y esto, como veremos, pese que el Código civil italiano parece configurar la imputación como una carga del legitimario actuante en reducción (art. 564, comma 2, CCI).

⁶⁶⁹ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 54.

⁶⁷⁰ En este capítulo, con carácter general, se adopta la acepción objetiva del término “herencia” que, en palabras de CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo VI. Volumen II. Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*. Madrid: Editorial Reus. 1979. p. 80 es: “la masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión”.

⁶⁷¹ Recordando que, *ex art.* 1037 CCE, puede el testador ordenar que se colacione lo dejado en testamento. Aunque en este caso estaríamos ante una colación voluntaria (más bien, una regla de imputación dada por el testador), de naturaleza distinta a la ordenada por la ley para las donaciones en sentido estricto.

⁶⁷² Así, PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 162.

respecta, pero también se debe proceder a la imputación de lo dejado a título de legado y de herencia); y, finalmente, la tercera, que no es *stricto sensu* operación de cálculo de la legítima, sino operación particional⁶⁷³, será determinante para establecer, entre otras cosas, la legitimación activa de los diferentes legitimarios para el eventual ejercicio de la acción.

Es por esto por lo que la doctrina es unánime⁶⁷⁴ al señalar que se trata de operaciones necesarias para poder determinar la inoficiosidad de la donación (en el sentido amplio ya visto) cuya reducción se pretende y que, por tanto, difícilmente podrá ejercitarse la acción de reducción si no se ha procedido antes a la realización de las mismas⁶⁷⁵.

Igual opinión se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino de España. Así se desprende de la STS num. 766/2005, de 11 de octubre (RJ2005\7273):

“La donación es inoficiosa únicamente cuando excede en su cuantía de lo que el donante podía dar al donatario por testamento y tal determinación hay que remitirla al momento de la partición a la que habrá de traerse el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (artículo 1045 CC) a fin de integrar la masa hereditaria con el *relictum* más el *donatum* a efectos de poder calcular las legítimas” (FJ 4º).

En la misma línea, el FJ 4º de la STS de 23 de diciembre de 2011 (RJ2012\301) cuando dice que:

“No habiéndose determinado la cuantía de la legítima, de acuerdo con las reglas establecidas al efecto, ni tan solo las bases para su cálculo, no puede procederse a la declaración de la inoficiosidad de las donaciones y su reducción, si a ello hubiese lugar”.

⁶⁷³ Como se deduce de la ubicación sistemática de los arts. 1035 y ss. CCE y 737 y ss. CCI.

⁶⁷⁴ Pueden citarse, como ejemplos de la doctrina pasada y actual. DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Derecho civil español común. Volumen II*. Madrid: REUS. 1931. p. 337. TORRES GARCÍA, Teodora F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “La legítima en el Código Civil (I)” en TORRES GARCÍA, Teodora F. *Tratado de legítimas*. cit. p. 43. MENDEZ, Rosa M. y VILALTA A. Esther. *Donación: acciones de revocación y reducción*. cit. p. 15. Dentro de la doctrina italiana, puede verse CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. p. 518.

⁶⁷⁵ Pues hasta que las mismas no se lleven a cabo no será posible determinar si ha habido efectivo perjuicio en la legítima individual de algún legitimario, que es el presupuesto objetivo de ejercicio de la acción de reducción.

Y por ello concluye la mentada sentencia que habrá de esperarse a que finalicen las operaciones particionales para conocer si el legitimario actuante ha sufrido efectivamente lesión en su legítima y el alcance de esta.

Excepción a las anteriores es, seguramente por el hecho que enjuicia, la STS num. 502/2014 de 2 de octubre (RJ\2014\4714). En este caso, existía un legitimario donatario supuestamente “satisfecho” en vida del causante y un heredero voluntario (único), distinto del legitimario, instituido como tal en testamento. Declara el Tribunal Supremo que, en este supuesto, no es necesario que con carácter previo al ejercicio de la acción de reducción se lleve a cabo operación particional alguna. Y esto porque, existiendo un único heredero, no existe comunidad hereditaria y no cabe la realización de ninguna operación de índole particional. Además, del relato de hechos se desprende como algo evidente que las donaciones y liberalidades lesionaban la legítima, lo que, a mayor abundamiento, también hacía innecesario proceder a las operaciones de cálculo y determinación de la legítima.

Igual opinión mantiene, también por la especialidad del hecho enjuiciado (no quedaban, a la apertura de la sucesión, bienes en el patrimonio del causante), la STS num. 171/2002, de 28 de febrero (RJ\2002\4148), según la cual no será necesario realizar operación previa alguna para declarar la inoficiosidad de donaciones si, existiendo éstas, no quedan bienes a la muerte del donante o los que quedan son de escaso valor (FJ 3º).

Sin embargo, en este último caso, al menos sí que sería necesaria la realización de dos de las operaciones ya mencionadas, aunque no se hagan en el seno de una partición: la computación del art. 818 CCE, para poder conocer la base total de cálculo de la legítima (pues no será lo mismo si el causante, por ejemplo, realizó una, dos o tres donaciones); y la imputación, que permita conocer el importe del exceso respecto de la parte de libre disposición.

Es, por consiguiente, necesario, con carácter previo a la interposición de la demanda de reducción, conocer, primero, a cuánto asciende el valor líquido del patrimonio del causante en el momento de la apertura de la sucesión y, segundo, haber procedido a la fijación cuantitativa de la legítima. Para ello, salvo que estemos en supuestos evidentes

o análogos a los excepcionados por la jurisprudencia citada, habrán de realizarse las operaciones que en este capítulo se describen y se analizan⁶⁷⁶.

Cabe precisar que las páginas que siguen no pretenden una presentación completa o monográfica de qué sean la computación, la imputación y la colación, lo que excede (con mucho) el objeto de esta tesis. Se tratan aquí, por el contrario, únicamente (en su carácter de operaciones previas a la declaración de inoficiosidad y a la posterior reducción de donaciones) en lo que tienen de problemático en su relación con ésta. Y centrándonos, principalmente, en atención al objeto de estudio, en el Derecho español común, entendiendo por tal el contenido en el Código civil. Es por ello por lo que la exposición subsiguiente – de carácter meramente instrumental – se va a centrar, sobre todo, en las controversias que estas operaciones generan para la práctica de la reducción y en ese ordenamiento concreto, remitiéndonos al Derecho italiano, como decíamos en la Introducción, cuando el mismo pueda servir de ayuda y guía en la interpretación del régimen jurídico castellano.

Finalmente, es necesario señalar que todas estas operaciones han de venir precedidas usualmente, para el caso quizá aún estadísticamente más frecuente en el territorio español, de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, disuelta al disolverse el matrimonio por la muerte del causante (art. 85 CCE en relación con el art. 1392.1º CCE), si estaba casado y era este el régimen económico matrimonial que regía entre los cónyuges.

Así lo evidencia el supuesto contenido en la STS num. 693/2010 de 17 de noviembre (RJ\2010\1306). En la misma, los recurrentes solicitan al Tribunal Supremo que el bien objeto de donación hecha por la madre a una de las hijas sea tenido en cuenta para el cálculo de la legítima y, si procede, se reduzca por ser ésta inoficiosa.

Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el recurso sobre la base de que el bien objeto de la donación era de naturaleza ganancial, por lo que no se podía solicitar (ni conceder) que fuese incluido en el caudal (solo) de la herencia de la madre, sino que era necesario proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales. En palabras de la sentencia:

⁶⁷⁶ Sin perjuicio de que en la misma demanda de reducción pueda solicitarse la realización de estas operaciones de cálculo y determinación de la legítima.

“[L]a pretensión de traer la donación hecha por padre y madre, con carácter de no colacionable, sólo a la herencia de la madre, que fue lo pedido en la demanda, carecía de viabilidad desde el momento en que el bien donado era, al menos en parte, ganancial, de suerte que tendría que haber constado la liquidación previa de la sociedad de gananciales para poder inventariar los bienes que formaban el caudal relicto de la madre donante, toda vez que la petición de que la donación era colacionable no tenía autonomía propia sino que se formulaba como instrumental para el fin último de su reducción” (FJ 5º)⁶⁷⁷.

II. LA COMPUTACIÓN O REUNIÓN FICTICIA DE DONACIONES

La computación de donaciones es una operación de carácter netamente contable, que tiene una gran importancia como operación previa a la reducción de donaciones pues, a través de ella, se va a conocer el valor de cada una de las cuotas o porciones en las que se divide idealmente la herencia e, indirectamente, tras la consiguiente imputación, si hay o no inoficiosidad en las disposiciones del donante/causante (por superar éstas el valor de la cuota disponible)⁶⁷⁸.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL define esta operación, centrándose en su funcionamiento, como aquella consistente “en sumar al caudal relicto todas las liberalidades hechas en vida por el causante, para poder calcular la legítima a que tienen derecho los eventuales legitimarios y, correlativamente, la parte de libre disposición que tenía el causante”⁶⁷⁹.

En la misma línea, RUBIO GARRIDO sostiene que la computación “consiste en la *agregación* a la herencia *líquida (relictum)* de *todas las donaciones* otorgadas en vida por el causante (*donatum*) con el fin de *calcular* sobre la suma resultante el *quantum legitinario global*”⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Y esto excepción hecha de los casos en que el Tribunal Supremo permite la partición hereditaria sin previa liquidación de gananciales o con una liquidación en abstracto.

⁶⁷⁸ GENNARI, Giuseppe. *Successioni e donazioni. Percorsi giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè Editore. 2009. p. 123.

⁶⁷⁹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. cit. p. 45.

⁶⁸⁰ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 336. Subrayado del autor.

Ambas definiciones subrayan el aspecto funcional de la computación, poniendo el énfasis en el último momento de esta, la reunión propiamente dicha, consistente en la incorporación – mental o contable – al *relictum* líquido de todas las donaciones (en sentido amplio) efectuadas por el causante, con independencia del tiempo en que fueron hechas. Y ambas dan a entender, al hablar de “herencia líquida”, que esta reunión de donaciones debe venir precedida, a su vez, de varias operaciones previas: primero, la conformación del activo bruto y del pasivo de la herencia; segundo, la detracción del pasivo al activo bruto; tercero, la incorporación, al resultado, de las donaciones hechas por el causante.

Se deduce de lo dicho que la computación es una operación de naturaleza imperativa (en la medida en que se orienta al cálculo de la legítima, bastará la concurrencia de un legitimario para que la misma deba llevarse a cabo) y puramente contable⁶⁸¹, por lo que en ningún caso supone o supondrá, por sí sola, la vuelta al caudal relicto de los bienes que fueron objeto de donación⁶⁸².

En efecto, en la medida en que es una operación que se orienta hacia la defensa de la legítima global⁶⁸³, se realiza o debe realizarse *ope legis* siempre que haya legitimarios, sean uno o varios, formen o no parte de la comunidad hereditaria y sucedan o no sucedan al causante⁶⁸⁴ (por ejemplo, porque sean donatarios que no hayan sido mencionados en el testamento o que sean mencionados a los solos efectos de consignar o recordar que quedaron satisfechos en vida gracias precisamente a las donaciones en cuestión).

Así se desprende, también, del art. 818 CCE, que establece el régimen jurídico de la computación, y cuya dicción literal es la que sigue:

“Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador⁶⁸⁵, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

⁶⁸¹ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 526. GETE-ALONSO, María del Carmen (Dir.). *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo II*. cit. p. 371. STS de 23 de diciembre de 2011 (RJ\2012\301), FJ 3º; y STS num. 375/2019 de 27 de junio (RJ\2019\2689), FJ 3º, *obiter*, entre otras.

⁶⁸² Esto únicamente puede conseguirse, una vez declarada la inoficiosidad, a través de la reducción, que, como ya se ha indicado, no devuelve los bienes al caudal relicto, sino al patrimonio del legitimario actuante.

⁶⁸³ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 339.

⁶⁸⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil V. Derecho de sucesiones. Volumen primero: Parte general*. Barcelona: Bosch. 1979. p. 412.

⁶⁸⁵ Léase “causante”, pues también procede esta operación cuando el *de cuius* ha muerto intestado.

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”.

En el Código italiano de 1942, igual disposición encontramos en el art. 556, cuando dice que:

“Per determinare l’ammontare della quota di cui il defunto poteva disporre si forma una massa di tutti i beni che appartenevano al defunto al tempo della morte, detraendone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui sia stato disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore determinato in base alle regole dettate negli articoli 747 a 750, e sull’asse così formato si calcola la quota di cui il defunto poteva disporre”

El art. 556 CCI recoge, así, al igual que el art. 818 CCE, las operaciones de cálculo que deben llevarse a cabo para determinar el valor de la cuota de reserva y de la cuota disponible. Estas operaciones son, como venimos diciendo, tres: la determinación del *relictum*, la detracción de las deudas y la suma del *donatum*.

La finalidad de la computación es, según se desprende de las normas citadas doble, y está muy vinculada a la reducción por inoficiosidad⁶⁸⁶. Así, la computación pretende, por un lado, como se decía, establecer la base de cálculo de la legítima y, por otro, de un modo más indirecto, ayudar a fiscalizar posteriormente la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones⁶⁸⁷. Este segundo aspecto lo remarca GALGANO, cuando señala que la *riunione fittizia* “ha la funzione di accertare se l’ereditando, donando in vita i propri beni, abbia pregiudicato i diritti dei legittimari”⁶⁸⁸.

Así, si bien es cierto que, al menos en el momento de realizarse, la computación no prejuzga la validez o invalidez, ni a la eficacia total o parcial, de las liberalidades computadas, sí que las inventaría y las tiene en cuenta, proporcionándonos la base para calcular el importe de la legítima global y de la parte de libre disposición y permitir, tras

⁶⁸⁶ ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto. Derecho de sucesiones I*. cit. p. 102, que sostiene que, desde esta perspectiva, puede considerarse al art. 818 CCE como un complemento de los arts. 636 y 654 CCE.

⁶⁸⁷ En este sentido, también, CLEMENTE MEORO, Mario E. “El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 779.

⁶⁸⁸ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 949.

la necesaria operación de imputación, la determinación de la eventual inoficiosidad, total o parcial, de las mismas⁶⁸⁹.

Hechas estas consideraciones iniciales, procede analizar, más detenidamente, algunos de los problemas prácticos que surgen a la hora de aplicar esta figura y que, directa o indirectamente, pueden incidir y tener un papel relevante en la determinación de la inoficiosidad de una donación y en su eventual reducción.

1. La composición o conformación del activo bruto

En atención a la letra del art. 818 CCE, la computación o reunión ficticia de donaciones comienza con la conformación del activo bruto, lo que hace aflorar el problema de qué bienes y derechos habrán de incluirse y excluirse del mismo (lo que no es sino una manifestación del problema de la conformación del caudal hereditario).

Hay un cierto consenso doctrinal⁶⁹⁰ a la hora de afirmar que, en principio, habrán de incluirse en el activo bruto todos los bienes y derechos que fueran de titularidad del *de cuius* y que no se hayan extinguido por su muerte (art. 818 CCE, en relación con el art. 659 CCE), por lo que la regla general será “la transmisibilidad de las relaciones jurídicas del causante”⁶⁹¹.

En esta línea, ROCA-SASTRE MUNCUNILL excluye de esta enumeración (que es ejemplificativa), por no integrar la propia herencia al no ser susceptible de transmisión *mortis causa* y, por consiguiente, por no seguir el proceso sucesorio general:

“Los derechos al propio cadáver del causante, la propiedad funeraria [sea esto lo que fuere]⁶⁹², el derecho al nombre, los títulos nobiliarios, los derechos a honores especiales y condecoraciones, la responsabilidad penal, el *ius vicinitatis*, los derechos derivados de accidente de trabajo [con

⁶⁸⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Las legítimas. Tomo I.* cit. p. 210.

⁶⁹⁰ Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo Sexto.* cit. p. 81, para la doctrina española y MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria.* cit. p. 178, para la italiana.

⁶⁹¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 818” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI.* cit. p. 210. En el mismo sentido, con anterioridad, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.1.* cit. p. 53. También, GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo.* cit. p. 14.

⁶⁹² Discrepa, a este respecto, TULLIO, Antonio. “Il calcolo della legittima” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni.* cit. p. 412, que, con cita de la Cass., 23 luglio 1964, n. 1971, sostiene que debe incluirse en el *relictum* el sepulcro familiar, si fue construido por el causante, aunque se destine o afecte a enterramiento de todos los parientes.

resultado de muerte], los cargos de Derecho privado, los derechos reales limitados (usufructo, uso y habitación), las relaciones jurídicas de crédito *intuitu personae* [...], el derecho de opción de carácter personalísimo, la cualidad de socio en las sociedades personalistas...”⁶⁹³.

A los que han de sumarse, como bien señalan GENGHINI y CARBONE⁶⁹⁴, los derechos de la personalidad (libertad, integridad personal, nombre, honor, intimidad...) y las relaciones derivadas de los estados familiares (no es transmisible, así, el estado de padre o de hijo).

Igualmente, según señala la doctrina italiana⁶⁹⁵, habrán de excluirse, también en el Derecho español común, los derechos respecto de los cuales la muerte tiene la función de término final o condición resolutoria, los derechos adquiridos por los herederos con ocasión de la muerte del causante y los bienes objeto de sucesión separada⁶⁹⁶.

Además, existe, dentro del Derecho castellano, toda una serie de casos controvertidos en los que la doctrina disputa si deben o no incluirse en el activo bruto y, por tanto, en la base de cálculo de la legítima:

1. El ajuar doméstico. El art. 1321 CCE dispone lo siguiente: “Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”.
Establece y regula este artículo⁶⁹⁷ lo que algunos conocen como “derecho de supervivencia”⁶⁹⁸, que engloba, según la propia letra de la norma, las ropas, el mobiliario y los enseres de la vivienda habitual

⁶⁹³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. cit. pp. 47 y 48.

⁶⁹⁴ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 15.

⁶⁹⁵ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 518.

⁶⁹⁶ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 178.

⁶⁹⁷ Introducido en 1981 por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

⁶⁹⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código civil comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley. 2019. p. 1335.

común de los esposos⁶⁹⁹ (que son “del uso ordinario de la familia”⁷⁰⁰), que no debe ser confundido con el ajuar personal de cada cónyuge, esto es, con la ropa y los objetos personales de uso diario, declarados privativos (con independencia de si se adquirieron con bienes gananciales o no) por el art. 1346.7º CCE.

Por la ubicación sistemática del artículo que ahora se analiza (situado en sede de régimen económico matrimonial primario), se aplicará en todo caso en que exista relación matrimonial, con independencia del régimen económico que hayan pactado los cónyuges o del que les resulte aplicable⁷⁰¹.

Como se desprende de la literalidad de la norma, no formarán parte de este ajuar las alhajas, los objetos artísticos o históricos o los de extraordinario valor. Tampoco las ropas, mobiliarios o enseres que formen parte del ajuar de la segunda residencia o casa de temporada de los cónyuges⁷⁰².

En atención al tema que nos ocupa, debe señalarse que el art. 1321 CCE contiene dos mandatos imperativos.

El primero, ordena la entrega (por ministerio de la Ley) al viudo de los objetos constitutivos del ajuar doméstico en los términos que describe el precepto. Se trata, según un sector de la doctrina, de una especie de legado legal⁷⁰³, por lo que, en principio, no será necesaria formalmente la entrega para que el supérstite pueda entrar en posesión y propiedad de los bienes⁷⁰⁴, salvo que éstos se encuentren (circunstancialmente) en poder de los herederos, en cuyo caso el

⁶⁹⁹ Así debe interpretarse el término “común” que aparece en el art. 1321 CC y no en el sentido de que la vivienda pertenezca a la sociedad de gananciales o tenga carácter ganancial (o de proindiviso ordinario), según DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Tomo I.* cit. p. 142.

⁷⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derecho de familia.* Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1989. p. 170.

⁷⁰¹ CLEMENTE MEORO, Mario. “El régimen económico matrimonial” en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. *Derecho de familia.* Navarra: Aranzadi. 2012. p. 569. LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI.* Madrid: Marcial Pons. 2019. p. 157.

⁷⁰² COSTAS RODAL, Lucía. “Capítulo I. Disposiciones generales. Arts. 1315-1324” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil.* Navarra: Aranzadi. 2006. p. 1588.

⁷⁰³ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia.* cit. p. 217.

⁷⁰⁴ CLEMENTE MEORO, Mario. “El régimen económico matrimonial” en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. *Derecho de familia.* cit. p. 569.

viudo podrá exigir su entrega, con independencia de los llamamientos sucesorios⁷⁰⁵.

El segundo, que dicha entrega de bienes no debe computarse en el haber del cónyuge superviviente, por lo que parece que se está aquí ante uno de esos casos en los que los bienes deben quedar excluidos de la sucesión regular u ordinaria, por no seguir los cauces de la misma, sino otros marcados expresamente por la Ley, que lo excluyen del concepto ordinario del caudal relicto o de herencia⁷⁰⁶.

Así lo entiende ROCA-SASTRE MUNCUNILL⁷⁰⁷, que, atendiendo a la letra del art. 1321 CCE, que establece que el ajuar será entregado al cónyuge “sin computárselo en su haber”, entiende que habrá de quedar excluido del cómputo, como si no formara parte del caudal relicto.

De la misma opinión es, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁰⁸, O’CALLAGHAN MUÑOZ⁷⁰⁹, para quien el ajuar doméstico es un derecho que deriva del vínculo matrimonial y no del fenómeno sucesorio, por lo que sus objetos no integrarían el caudal hereditario ni habrían de ser tenidos en cuenta para la computación o fijación de la legítima⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. “Comentario al artículo 1321” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo VII*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 9339.

⁷⁰⁶ Ídem.

⁷⁰⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. cit. p. 49: “Debe entenderse, en efecto, que dicha disposición legal estatuye un supuesto de sucesión vincular o excepcional [en sentido impropio, se entiende, pues no estamos en ningún caso ante un supuesto de sucesión vincular *stricto sensu*], que desvía ciertos bienes del orden sucesorio normal”. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 818” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2019.

⁷⁰⁸ Se citan las SSTS de 19 de mayo de 2000 (RJ/2000/3583) y de 16 de febrero de 2004 (RJ/2004/749).

⁷⁰⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código civil comentado y con jurisprudencia*. cit. p. 1335.

⁷¹⁰ Y LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*. cit. p. 157: “Pese a ser una atribución originada por la muerte de uno de los cónyuges, el ajuar doméstico no forma parte del caudal hereditario, ni debe computarse a efectos sucesorios, debiendo considerarse solo como una mera consecuencia de la liquidación del régimen económico-matrimonial a causa de la muerte de uno de los cónyuges”. Sin embargo, hay en esta postura – y en la de O’CALLAGHAN –, un claro resabio a nominalismo. Ya hemos indicado que, como señalan algunos importantes autores, estamos aquí ante un legado *ex lege*, y, por tanto, ante una atribución por causa de muerte, por lo que es difícil sostener que se trata de un derecho matrimonial y no sucesorio. Creemos más oportuno señalar – como ya hemos apuntado – que se trata o se atribuye por un cauce sucesorio especial, distinto del ordinario.

COSTAS RODAL⁷¹¹, sostiene, con un sector de la doctrina, que, pese al carácter imperativo del artículo, sí que cabría su matización por capitulaciones matrimoniales, pactando que, en lugar del ajuar, se entregue, por ejemplo, una renta o cantidad de dinero⁷¹².

Finalmente, cabe señalar que para que pueda actuar este artículo, es necesario, según la doctrina mayoritaria, que el matrimonio esté constante en el momento de la apertura de la sucesión, sin que surja este derecho de supervivencia cuando medie divorcio o separación de derecho o de hecho acreditada⁷¹³.

2. La suma dineraria abonada por el seguro de vida. El seguro de vida se inserta, sistemáticamente, dentro de los llamados “seguros de personas”⁷¹⁴, que, con carácter general, cubren riesgos que afectan a la existencia, integridad corporal y salud de las personas (art. 80 LCS). Riesgos estos que, por su propia naturaleza, no son cuantificables económicamente y de ahí que los seguros de personas no se configuren como seguros de indemnización⁷¹⁵. En estos supuestos, lo que la compañía va a abonar no es, por consiguiente, *stricto sensu*, una indemnización, sino una suma dineraria, en forma de capital o renta, que va a quedar prefijada o va a ser determinable conforme a unas bases preestablecidas⁷¹⁶.

Dentro de estos seguros de personas, vamos a centrarnos, por la especial relación que tiene con el tema que ahora se trata, sobre el seguro de vida para el caso de muerte concertado sobre la vida entera⁷¹⁷, en los que la muerte del asegurado, en cualquier tiempo,

⁷¹¹ COSTAS RODAL, Lucía. “Capítulo I. Disposiciones generales. Arts. 1315-1324” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil*. cit. p. 1588.

⁷¹² En contra, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derecho de familia*. cit. p. 173: “Por tratarse de un llamamiento sucesorio no cabe pacto o renuncia anterior a la muerte del causante”.

⁷¹³ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. “Comentario al artículo 1321” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo VII*. cit. p. 9338.

⁷¹⁴ SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique. “El contrato de seguro” en CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SANJUAN MUÑOZ, Enrique. *Manual de Derecho Mercantil*. Navarra: Aranzadi. 2018. p. 388.

⁷¹⁵ BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. Contratos mercantiles, Derecho de los títulos-valores y Derecho concursal*. Madrid: Tecnos. 2019. p. 439.

⁷¹⁶ Ídem.

⁷¹⁷ Y distinto de los seguros de vida “temporales”, en los que la obligación de pago de la compañía sólo es exigible si el asegurado muere en el período de tiempo fijado o cubierto contractualmente.

será el evento que haga exigible la obligación de pago de la compañía (art. 83.I LCS).

Este tipo de seguros cubre, así, la muerte del asegurado, con independencia de su causa. También si el beneficiario acaba dolosamente con la vida del asegurado (art. 92 LCS)⁷¹⁸; e incluso cubre, salvo pacto en contrario, el suicidio del asegurado, siempre que no se produzca dentro del primer año de vigencia del contrato (art. 93 LCS).

En tanto que destinatario de la suma pagadera por el seguro de vida, la posición del beneficiario y, sobre todo, quién la ocupe, va a ser determinante para establecer si dicha suma se integrará o no en el patrimonio relicto. Y esto porque, como establece el art. 88 LCS, el beneficiario tiene un derecho autónomo, que nace de la póliza, y que, aunque tenga como evento determinante la muerte del asegurado, no tiene naturaleza sucesoria ni ha de dirimirse por los causes de la sucesión ordinaria. En efecto, una vez se produzca la muerte del asegurado, la compañía pasa a ser deudora del beneficiario, sin que en esta relación puedan interferir o tengan derecho alguno los herederos del (asegurado) causante.

Dicho con otras palabras: en principio, como regla general, cuando asegurado y beneficiario sean personas distintas, la suma asegurada que la compañía tiene que pagar no se integrará en el caudal relicto, sino que pasará directamente al patrimonio del beneficiario⁷¹⁹.

Designar beneficiario es facultad del tomador (art. 84 LCS), que es, como ya se ha indicado, quien concierta el seguro y paga la prima⁷²⁰.

En principio, no hay límites ni normas para la designación de este

⁷¹⁸ Si bien, en este caso, como establece el propio art. 92 LCS: “La muerte del asegurado, causada dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato, quedando ésta integrada en el patrimonio del tomador”. En caso de que tomador y asegurado sean la misma persona, la suma dineraria pagadera por la compañía de seguros se integrará en el patrimonio del causante como formando parte de su herencia.

⁷¹⁹ Y lo único que podrán hacer los herederos del causante (asegurado), como se explicará con más detalle en el capítulo 5, será solicitar la reducción de las primas pagadas (si tomador y asegurado eran la misma persona o fue el asegurado, ahora causante, quien abonó dichas primas) si fueron lesivas para su legítima.

⁷²⁰ Salvo que la prima sea pagada por el asegurado, en cuyo caso a éste le corresponderá designar beneficiario.

beneficiario. En la medida en que, como regla general, la suma pagadera por la compañía aseguradora no va a formar parte del caudal relicto, no afectan al nombramiento del beneficiario las limitaciones de las normas sucesorias: puede ser un familiar del tomador o del asegurado, un tercero, una persona jurídica (una ONG, una Congregación religiosa...). Dicha designación debe hacerse en la propia póliza, en documento escrito aparte, en escrito posterior enviado a la compañía o en el testamento (art. 84 LCS).

Cuando se haya realizado debidamente la designación de beneficiario, conforme a los criterios ya explicados, en principio, la suma que habrá de abonar la compañía aseguradora no quedará integrada dentro del activo relicto⁷²¹.

En este supuesto, serán las primas pagadas las que se integren dentro del *donatum* que habrá de agregarse al *relictum* líquido, salvo que –añaden LACRUZ/SANCHO⁷²²– constituyan donaciones usuales o respondan a un deber moral o social de asegurar la subsistencia adecuada de determinadas personas, en cuyo caso quedaría exentas de computación.

Ahora bien, el problema aparece, para el caso que nos ocupa, cuando no hay beneficiario designado, ya que, en este supuesto, el art. 84.III LCS establece que la indemnización pagadera por la compañía de seguros deberá integrarse en el patrimonio del difunto.

En este caso, a diferencia de lo que ocurría cuando existe un beneficiario válidamente designado, aunque se trate de un derecho no preexistente en el patrimonio del causante, sino generado por la propia muerte (y aunque el art. 88 LCS diga que no tiene naturaleza sucesoria, sino contractual), se incluye la suma pagadera por la compañía dentro del activo relicto. Y esto porque, en ausencia de

⁷²¹ Pues “el beneficiario las obtiene en virtud de un derecho independiente” según FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián. “La sucesión y la institución hereditaria” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.) y GARRIDO MELERO, Martín (Coord.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 1º*. Navarra: Aranzadi. 2015. p. 82. TULLIO, Antonio. “Il calcolo della legittima” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 420.

⁷²² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 481.

beneficiario, la ley entiende que beneficiario será el propio tomador del seguro⁷²³, entrando la indemnización a formar parte del activo bruto a efectos del art. 818 CCE.

3. El resultado del ejercicio de determinadas acciones. Se incluyen en este apartado el resultado de dos tipos de acciones.

En primer lugar, encontramos aquellas que fueron iniciadas por el causante pero que, a la muerte de éste, continúan sus sucesores. Hacemos referencia a aquellos supuestos (como los contemplados en el art. 765.2 LEC⁷²⁴) en los que los herederos pueden continuar el proceso generado por acciones ejercitadas por el causante antes de morir.

En segundo lugar, tenemos lo obtenido como resultado del ejercicio de determinadas acciones que pueden ejercitar los sucesores (o el designado a tal efecto por el propio causante⁷²⁵) por legitimación legal. Un ejemplo de lo dicho lo encontramos en el art. 9.4 LOPDH (en relación con el art. 6 de la misma norma), que establece que el derecho de resarcimiento por intromisión ilegítima se integra dentro de la herencia de la víctima si ésta muere sin ejercitar o sin poder ejercitar las acciones correspondientes.

En opinión de CAPILLA⁷²⁶, deben formar parte del activo bruto “lo obtenido como consecuencia del ejercicio de acciones impugnatorias o de anulación iniciadas en vida por el causante y continuadas por los herederos”, así como las que sean iniciadas por los propios herederos, sin que traigan causa de la ejercitada por el causante, cuando la Ley les confiere legitimación expresa. Y esto porque dichas acciones, tanto las iniciadas por el causante como las ejercitadas por los herederos cuando la ley los legitima a ello, forman parte de la herencia

⁷²³ Pues, en ausencia de voluntad declarada, hay que entender que cada uno actúa en bien y favor de sí mismo.

⁷²⁴ O en el art. 6.2 LOPDH, donde encontramos otro ejemplo de sucesión procesal.

⁷²⁵ Un ejemplo, en el art. 4.1 LOPDH.

⁷²⁶ CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Comentario al art. 818” en CAÑIZARES LASO, Ana (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.* cit. p. 864. A esta opinión se suma CLEMENTE MEORO, Mario E. “El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *El patrimonio sucesorio.* cit. p. 782.

y, por tanto, también habrá de formar parte de la herencia lo obtenido mediante el ejercicio de las mismas.

VALLET⁷²⁷ incluye también entre estas acciones la de revocación de donaciones por superveniencia de hijos pues, *ex art. 646.II CC*, “se transmite por muerte del donante a los hijos y descendientes legítimos”.

Somos conscientes de que se dejan aquí muchos temas por tratar – por ejemplo, en sede de filiación, existe una multitud de casos en que los herederos son designados para ejercitar la acción (*iure proprio* o por sucesión procesal); también habría de citarse el art. 16 LEC, que regula la llamada sucesión procesal –, sin embargo, por ser este un tema meramente tangencial, creemos oportuno limitarnos a las consideraciones ya hechas.

4. Los frutos y rentas producidos por los bienes del causante. El art. 847 CCE del Código civil establece lo siguiente: “Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal”.

Se trata de un artículo ubicado sistemáticamente en sede de conmutación o de pago de legítima en supuestos especiales (arts. 841-849 CC) y que establece una serie de criterios a seguir a la hora de liquidar la porción legitimaria que corresponde al conmutado.

No obstante, más allá del criterio (o criterios) valorativo (s) que establece esta norma para los casos de conmutación (y que suponen una novedad respecto del sistema anterior a 1981, en que toda valoración debía venir referida a la apertura de la sucesión⁷²⁸), sí que parece evidenciar, si quiera implícitamente, al ordenar la inclusión de los frutos y rentas al liquidar la cuota correspondiente al conmutado,

⁷²⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 818” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI*. cit. p. 208.

⁷²⁸ BUSTO LAGO, José Manuel. “Pago de la porción hereditaria en casos especiales. Arts. 841 a 847” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. cit. p. 1036.

que éstos forman parte del caudal relicto y que, por tanto, habrán de integrarse en el activo bruto a los efectos del art. 818 CCE.

Distinto es el criterio de la doctrina italiana⁷²⁹, para la cual, toda vez que la valoración del *relictum* debe referirse al momento de la apertura de la sucesión, no entrarán en el cálculo los frutos naturales o civiles no percibidos. Sí se integrarán en el caudal, sin embargo, los frutos de toda especie (valorables económicamente) que pertenecieran al difunto al momento de su muerte y sean transferibles conforme a las reglas antedichas.

5. Los bienes sujetos a reversión convencional o legal a favor de terceros al fallecimiento del donatario y los fideicomitidos respecto de los que el causante fuese un fiduciario. La donación con cláusula de reversión se recoge en el art. 641 CCE, en virtud del cual el donante puede establecer que el bien donado sea objeto de una segunda entrega, bien en favor del propio donante (en cualquier caso o circunstancia), bien en favor de un tercero (en los mismos casos y con las mismas limitaciones que se fijan para las sustituciones testamentarias).

La reversión de la que ahora se habla consiste, en opinión de MANRESA⁷³⁰, en una segunda entrega en virtud de la cual el objeto donado pasa, por orden del donante-disponente, a un nuevo patrimonio, ya sea el del donante o el de una tercera persona.

El supuesto que aquí nos ocupa es el de la reversión en favor de un tercero a la muerte del donatario.

Se trata, este caso, de una verdadera sustitución (fideicomisaria) del donatario a su muerte (esto es, es un fiduciario o sustituido), por lo que la cláusula de reversión habrá de cumplir con toda una serie de requisitos⁷³¹ sin los cuáles devendría nula la reversión (aunque no necesariamente el negocio principal⁷³²).

⁷²⁹ Por todos, puede verse GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo.* cit. p. 687.

⁷³⁰ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 226.

⁷³¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 641” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 1626. Sostiene que habrán de cumplirse con las formalidades requeridas por el negocio principal (la donación) y respetarse las limitaciones y condiciones establecidas en los arts. 774 a 789 CCE.

⁷³² MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 227.

Los bienes objeto de la reversión, a la muerte del donatario, no seguirán los cauces ordinarios de la sucesión *mortis causa* del donatario, sino que habrán de ser entregados al tercero reversionario, por lo que no podrían integrarse en el patrimonio relicto del donatario (ahora causante)⁷³³. Lo mismo cabe decir de los bienes sujetos a reversión legal del art. 812 CCE, según la STS 551/2012 de 25 de septiembre (RJ\2013\2269) pues “este mecanismo de retorno se produce porque su configuración jurídica anida en la propia estructura funcional que ordena la eficacia de la donación efectuada, de modo que producido el evento reversional, fallecimiento del donatario sin posteridad, su eficacia se extingue y concluye con efectos *ex nunc*, esto es, desde el momento del fallecimiento del donatario” (FJ 2º). Los bienes sujetos a reversión legal (*ex art.* 812 CCE) no podrán, por consiguiente, formar parte del activo relicto del donatario, toda vez que, por mor del evento reversional (la muerte del donatario), *ex art.* 812 CCE, deben salir de su patrimonio e integrarse en el del donante. Y lo mismo ha de decirse de los bienes fideicomitidos, cuando, en una sustitución fideicomisaria típica, el causante sea el fiduciario y éstos deban pasar al fideicomisario, destinatario final de los mismos (art. 781 CCE).

En opinión de CAPILLA⁷³⁴, dichos bienes no han de computarse como parte del activo bruto.

En efecto, en estos casos, como ya se ha indicado, a la muerte del *de cuius* los bienes sujetos a reversión – en la donación – o fideicomitidos – en la sustitución fideicomisaria – no se deferirán a sus sucesores, legitimarios o voluntarios, sino a quien hayan dispuesto, respectivamente, el donante o el fideicomitente. En este sentido, aunque pertenecieron al causante, no pueden entenderse como incluidos en su patrimonio a los efectos de cálculo de la legítima (e, indirectamente) de la cuota disponible, toda vez que ningún sucesor podrá satisfacer derecho alguno con ellos.

⁷³³ Ni en el del donante, cuando proceda, salvo que la reversión se haya estipulado en favor de éste.

⁷³⁴ CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Comentario al art. 818” en CAÑIZARES LASO, Ana (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.* cit. p. 865.

Lo contrario, esto es, computar dichos bienes como formando parte del caudal relicto, daría una imagen distorsionada del verdadero estado patrimonial de dicho caudal y sería una fuente de problemas a la hora de establecer no sólo las cuotas ideales, sino también en el momento de realizar las operaciones particionales, pues se habrían computado más bienes de los efectivamente existentes en el patrimonio.

6. El dinero extrabancario. Por tal debe entenderse el que se mantiene fuera del sistema oficial bancario, en forma de dinero – comúnmente llamado – B⁷³⁵.

Sostiene BOSCH⁷³⁶ que es, por definición, y como ya hemos señalado, aquél que está “oculto” y que, en tanto que tal, caerá fuera del activo hereditario (que debe inventariarse y en el que todos los bienes deben, como se suele decir, “salir a la luz”). Este dinero, además, en opinión del citado autor, por regla general, acabará en poder de quien conozca su ubicación o el lugar de su escondite, por lo que difícilmente podrá integrar el caudal hereditario.

En realidad, a nuestro juicio, el dinero extrabancario perteneciente al causante sí que debe computarse para la formación del activo bruto a efectos del art. 818 CCE. En efecto, el carácter (de ganancia, rendimiento o patrimonio sin declarar) y la procedencia (lícita o ilícita) del dinero no prejuzga la propiedad civil, que no queda determinada por estos factores, y que claramente es del causante, según el razonamiento que estamos siguiendo.

El dinero B, que el causante mantuvo oculto (por los motivos que fueran), era, en definitiva, y salvo que se pruebe lo contrario, suyo y, como tal, debe quedar incluido en el cómputo del art. 818 CCE (en relación con el art. 659 CCE).

Distinto es que, en la práctica, esto no llegue a suceder nunca o casi nunca pues el dinero B que ha estado “oculto” en vida del causante,

⁷³⁵ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de Liberalidades*. cit. p. 1326.

⁷³⁶ BOSCH CAPDEVILA, Esteve. “El cálculo de la legítima de los descendientes en los derechos civiles españoles” en VAQUER ALOY, Antoni (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. cit. p. 167.

suele seguir estándolo tras su muerte. Sin embargo, y como ya se ha apuntado, esto no obsta para que los sucesores (entre ellos, los legitimarios) que conozcan la existencia y ubicación de este dinero puedan (y deban, pues formaba parte del patrimonio del *de cuius*) integrarlo en el caudal relicto a efectos de cómputo y fijación de la legítima e, igualmente, repartirlo integrándolo en las cuotas o lotes correspondientes a cada sucesor⁷³⁷, en su caso, por cauces extraparticionales, para no incrementar la cuota líquida del impuesto de sucesiones.

Y, relacionado con esto, debe señalarse que habrán de integrarse, igualmente, en el activo bruto, las cantidades depositadas en cuentas bancarias tituladas por el causante, siempre que él sea el único titular del dinero, aunque en la misma aparezcan otras personas como “cotitulares” o “autorizadas”, y aunque éstas hayan hecho, antes o después de la muerte del *de cuius*, disposiciones de efectivo. Y esto porque, como señala la STS 423/2004 de 28 de mayo (RJ\2004\3332) en su FJ 2º, “el hecho de autorizar a disponer de una cuenta bancaria no significa por sí, salvo prueba suficiente, que se ostente condominio sobre el saldo que la integra, pues la cotitularidad bancaria es más bien meramente operativa y el hecho de la misma no autoriza a la atribución de la propiedad de las cantidades que obren en la cuenta y de las que se dispone en provecho propio, por lo que deben integrarse en el caudal relicto del titular dueño de la cuenta”⁷³⁸.

Vinculado al problema de la composición del activo bruto está el de su valoración, que abordamos a continuación.

⁷³⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 240 (nota 2) abona esta tesis al señalar que tanto el dinero “B”, como los demás bienes que no se incluyan en el inventario fiscal (entre ellos, muebles, alhajas, enseres...) sí podrán (y, en la práctica, serán) incluidos en un segundo documento de partición, de naturaleza privada, que complementará la escritura pública de partición.

⁷³⁸ Para un mayor abundamiento en esta cuestión puede verse RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. p. 240 y la abundante jurisprudencia allí citada.

1.1. La valoración del activo bruto. Una reflexión comparada

Una de las cuestiones más importantes que encontramos en esta sede es aquella de la valoración del activo bruto. Es este un problema nada baladí toda vez que de la valoración que se dé al activo bruto (y al *donatum*) dependerá, en gran medida, primero, el valor de la cuota total de legítima global que habrá de repartirse entre legitimarios (en caso de ser más de uno) y, segundo, el de la porción disponible, que el causante pudo (en vida o por disposición testamentaria) repartir entre quienes libremente deseara (legitimarios o no). De este segundo valor dependerá, directamente, el carácter de oficiosa o inoficiosa que pueda predicarse de una determinada donación (o de un legado o de una institución de heredero).

El art. 818 CCE, tantas veces citado en este apartado y ya reproducido, no contiene ningún criterio de valoración del activo bruto, lo que, en opinión de SÁNCHEZ ROMÁN⁷³⁹, bien se coordina con el carácter privado de los intereses que en él se ventilan (debe recordarse el art. 786.1 LEC, que parece permitir al testador establecer sus propios criterios de valoración, siempre que no vayan en detrimento de la legítima; o el consenso doctrinal existente en torno a la posibilidad de los legitimarios de pactar criterios de valoración).

No obstante lo dicho, parece existir cierta opinión pacífica en que la valoración de los bienes integrados en el relicto debe hacerse conforme a su valor real o de mercado⁷⁴⁰. Las controversias doctrinales surgen en torno al momento al que debe referirse la valoración⁷⁴¹. Es ésta una cuestión candente, compleja y no resuelta en la doctrina ni en

⁷³⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil. Tomo VI.2.* cit. p. 946, con la previsión de que “el único interés público que tienen que dejar a salvo en este avalúo es el fiscal del impuesto de transmisión de bienes, el cual constituye siempre una restricción, a la que han de someterse para evitar que figuren valores inverosímiles, que la Hacienda rechazaría”.

En contra, VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 818” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI.* cit. p. 217, para quien esta disposición es de derecho necesario y, por tanto, “no puede dejar los problemas de valoración, que puedan plantearse, a la particular apreciación del testador, ni del contador partidario por él designado, ni de uno solo o de varios de los interesados”.

⁷⁴⁰ Por todos, CLEMENTE MEORO, Mario E. “El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *El patrimonio sucesorio.* cit. p. 787.

⁷⁴¹ En opinión de RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “Comentario al artículo 818” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo IV.* cit. p. 5993, estos criterios son subsidiarios de la voluntad del testador ya que, en principio, habrá de respetarse ésta siempre que no resulten perjudiciales para las legítimas. Ahora bien, esta afirmación, que es común, debe ser matizada, pues, si bien es cierto que el testador puede establecer criterios de valoración, los mismos no jugarán siempre e imperativamente. Tienen un límite en la defensa de la legítima y otro – igualmente importante – en materia

la jurisprudencia. Además, debe ser puesto en relación este epígrafe con el dedicado a la valoración del *donatum*, de la donación sometida a colación y – también, salvando las distancias – con la valoración del bien objeto de reducción. Como tal, la materia de valoración se abordará, extensamente, en el capítulo 4, en el epígrafe dedicado a la valoración del bien objeto de la reducción, al que nos remitimos. Y tanto en aquel capítulo como ahora será de gran ayuda, para esclarecer la cuestión, la aportación de la doctrina italiana.

Respecto al momento al que debe referirse la valoración, dentro de la doctrina española, un primer grupo de autores, de carácter mayoritario⁷⁴², sostiene que los bienes del activo bruto deben valorarse en el momento de la apertura de la sucesión. En efecto, pese a la ausencia de un criterio legal expreso en el art. 818 CCE, sí que es cierto, según estos autores, que el mismo parece referirse al momento de la apertura de la sucesión cuando dice que “para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador” (nótese que, por otro lado, es el mismo criterio que establece el art. 654 CCE para la determinación de la inoficiosidad de las donaciones). Si este es el momento en el que deben quedar fijados los bienes que luego habrán de inventariarse (art. 818 CCE) como formando parte del caudal relicto, es lógico pensar que también sea tomado dicho momento como referencia para su valoración.

Un segundo criterio de valoración, siempre dentro (aún) de la doctrina española, encontramos en LACRUZ/SANCHO⁷⁴³, que afinan (quizá) más que los autores anteriores al señalar que no puede establecerse un único criterio de valoración para todos los modos que existen de hacer efectiva la legítima. Parten estos autores del problema que puede comportar para el legitimario el hecho de que la legítima se fije siempre y necesariamente en el momento de la apertura de la sucesión. Sobre todo cuando, por existir comunidad hereditaria, deba procederse a la realización de operaciones particionales. Y esto porque, debido al tiempo que pueden conllevar éstas, puede pasar un importante lapso temporal desde que se fije la legítima – apertura de la sucesión – hasta que se pague – fin de las

tributaria. Sería irrisorio pensar, en efecto, que estos criterios impuestos por el testador deban ser respetados o puedan vincular en lo referente al tributo.

⁷⁴² Por todos, dentro de la doctrina tradicional, CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo VI. Volumen II.* cit. p. 511. Dentro de la doctrina italiana: GENNARI, Giuseppe. *Successioni e donazioni. Percorsi giurisprudenziali.* cit. p. 105. TULLIO, Antonio. “Il calcolo della legittima” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni.* cit. p. 411.

⁷⁴³ LACRUZ, José Luis y SANCHO, Francisco. *Derecho de Sucesiones II.* cit. pp. 102 y ss.

operaciones particionales –. Así, estos autores distinguen entre varios supuestos, estableciendo criterios de valoración distintos según sea el caso:

- Cuando la legítima ha sido determinada y satisfecha antes o en el momento de la apertura de la sucesión. Esto es lo que ocurrirá en aquellos casos en los que el testador haya realizado la partición (art. 1056.1 CCE); haya atribuido la legítima como institución *ex re certa* (art. 768 CCE); o a través de un legado de cosa propia y determinada (art. 882 CCE); o a través de una donación *inter vivos* (art. 815 CCE). En todos estos casos, si el testador ha atribuido a cada legitimario, en pago de su cuota, bienes de su patrimonio, la valoración de los mismos debe hacerse conforme establece el criterio mayoritario, es decir, tomando como referencia el momento de la apertura de la sucesión. Efectivamente, en estos supuestos, los bienes van directamente al patrimonio del legitimario, sin que se forme verdadera comunidad hereditaria⁷⁴⁴, por lo que éste es satisfecho antes o en el momento de nacer su derecho y difícilmente podrá sufrir perjuicio como consecuencia de la dilación entre los momentos de valoración y de partición.
- Cuando no haya partición hecha por el propio testador, entonces lo más “justo”, según estos autores, es valorar la cuota de legítima (global e individual) en el momento en que deba pagarse ésta, para evitar que el legitimario pueda sufrir perjuicios como consecuencia de las fluctuaciones de valor⁷⁴⁵.

La crítica más severa que puede hacerse a la postura mayoritaria (la que opta por valorar el activo relicto al tiempo de la apertura de la sucesión) es, como se deduce de lo dicho, doble:

En primer lugar, como ya se ha insinuado, la tesis mayoritaria fija y cristaliza la legítima en un momento, el de la muerte del causante, que puede ser temporalmente muy

⁷⁴⁴ Para el caso de la partición hecha por el propio testador, véase RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. p. 444. STS num. 395/2009, de 22 de mayo (RJ\2009\3038), FJ 3º.

⁷⁴⁵ Mismo criterio encontramos en CLEMENTE MEORO, Mario E. “El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 793.

distante de aquél en el que efectivamente se lleve a cabo el reparto de los bienes (cargando al legitimario con los riesgos de las oscilaciones de valor).

De ahí el acertado razonamiento de LACRUZ/SANCHO, al que ya se ha aludido *supra*, de que no puede establecerse el momento de la muerte del causante como el determinante – en todos los casos – para la valoración del activo bruto⁷⁴⁶.

En segundo lugar, se puede objetar a la tesis mayoritaria que establece un único criterio de valoración para todos los supuestos de pago de legítima. Cobra todo su sentido aquí la crítica que hacen LACRUZ/SANCHO a la tesis mayoritaria y la solución que proponen: tratar de manera diversa supuestos que son, en sí mismos, diversos, pues no puede darse igual solución al legitimario que es satisfecho en el momento de la muerte del causante (porque éste lo ha dispuesto así) que al que debe esperar, en comunidad hereditaria, a que se concreten los bienes que pasarán a integrar su cuota. Y tampoco se le puede cargar, en ausencia de disposición legal expresa, con el riesgo de que los bienes puedan sufrir algún tipo de depreciación durante ese período.

Entendemos, por consiguiente, que, cuando el testador ha satisfecho la legítima en vida (art. 815 CCE) o realizado la partición (*ex art.* 1056.1 CCE, por ejemplo), disponiendo de los bienes concretos con que ha de pagarse a cada heredero/legitimario⁷⁴⁷, por la ausencia de perjuicio potencial que puede existir, es válida la posición de LACRUZ/SANCHO de que, para este supuesto concreto, puede tomarse como referencia para la valoración del activo bruto el momento de la apertura de la sucesión.

En este caso, efectivamente, al no existir comunidad hereditaria, se produce una transmisión directa de un patrimonio a otro⁷⁴⁸. Y, consiguientemente, no puede producirse el perjuicio del legitimario como consecuencia de la dilación entre el momento de la valoración y el momento de satisfacción de su cuota, que es precisamente lo que se pretende evitar.

⁷⁴⁶ Así también GETE-ALONSO, María del Carmen (Dir.). *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo II*. cit. p. 371.

⁷⁴⁷ Lo que es, en la *mens legislatoris*, la regla general *ex arts.* 806 y 813 CCE.

⁷⁴⁸ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 444. “Por ello, tratándose de una partición total [la hecha por el propio testador], no es propiamente un cese de una comunidad hereditaria, sino de una división o partición del patrimonio del causante, de modo que los coherederos y legatarios de parte alícuota reciben *recta via* los bienes del difunto, sin necesidad de aprobación de nadie”.

En aquellos casos, sin embargo, en los que exista comunidad hereditaria y el derecho del legitimario se concrete en una cuota determinada, que habrá de ser llenada con bienes específicos en la partición, habrá de adoptarse un criterio distinto.

En este caso, si la computación se realiza en el seno de operaciones particionales, para determinar el valor de los bienes incardinados en el activo bruto (con el solo efecto de determinar si ha podido existir o no inoficiosidad), habrían de valorarse los bienes teniendo en cuenta el estado en el que se encontraban en el momento de la apertura de la sucesión, pero actualizando dicho valor al momento en que se lleven a cabo las operaciones particionales. En efecto, este es el criterio que, como se verá, se sigue también para valorar el *donatum* y las donaciones que hayan de ser traídas a colación.

En efecto, éste es el criterio que creemos más justo: valorar el activo bruto teniendo en cuenta el estado en que se encontraba a la apertura de la sucesión, pero actualizándolo a aquél en que se lleven a cabo las operaciones particionales. Se salva así el problema – señalado por LACRUZ y por VALLET⁷⁴⁹ – de que el valor de la legítima que corresponde a cada legitimario quede fijado en un momento muy anterior de aquél en que deba, finalmente, pagársele.

En este supuesto, mantenemos el criterio seguido por la doctrina tradicional y mayoritaria, y por el art. 654 CCE, de tomar como referencia – también para la determinación de la inoficiosidad – el valor de los bienes que queden a la apertura de la sucesión. Y, además, limitamos los perjuicios que – como consecuencias de fluctuaciones de valor – pueda sufrir el legitimario, evitando que quede fijado el valor de su legítima mucho antes de que le pueda ser entregada, sobre todo y principalmente en aquellos supuestos en los que haya de procederse a la partición del caudal.

Las consideraciones anteriores no pueden ser aplicados a la doctrina ni a la legislación italiana, que trata esta cuestión con mayor claridad, dándonos un criterio que, aplicado en el capítulo 4, nos permitirá fijar con un notable grado de certeza el criterio de valoración.

Lo dicho se completa con algunas indicaciones y notas procedentes del Derecho y la doctrina italiana.

⁷⁴⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Las legítimas*. Tomo I. cit. p. 209.

El Código civil italiano vigente, en el art. 556, a través del reenvío a las normas de colación (arts. 747-750 CCI), fija *como criterio temporal único de referencia para todas las valoraciones* la apertura de la sucesión⁷⁵⁰.

En efecto, los criterios establecidos en sede de valoración por el ordenamiento italiano serán los mismos para el *relictum*, para el *donatum*, para la colación de donaciones y, también, como veremos en el capítulo 4, para la valoración del bien sometido a reducción⁷⁵¹.

Así se deduce de la aplicación general de los arts. 747 – 750 CCI, situados en sede de colación, pero cuya aplicación ha de extenderse, por disposición expresa, a todas las valoraciones llevadas a cabo en sede de cálculo y reintegración de la legítima⁷⁵².

En atención a lo dicho, las ulteriores variaciones de valor de los bienes que componen *relictum*, *donatum*... no serán tomadas en cuenta⁷⁵³, tal y como defiende en España la postura que refiere la valoración al momento de la apertura de la sucesión.

Del mismo modo, serán de aplicación en toda su extensión en esta sede, como ya se ha indicado, los criterios particulares de valoración establecidos en los arts. 747 a 750 CCI. Desde esta perspectiva, no se deberá atender, en el caso de los inmuebles, al aumento de valor que sea consecuencia de mejoras efectuadas por el donatario (art. 748, comma 1, CCI). Igualmente, habrán de deducirse los gastos extraordinarios en los que haya incurrido el donatario para conservar la cosa, siempre que no les sean imputables en términos de culpa. Corolario de esto, como veremos en el capítulo 4, es que no se computará la cosa donada cuando ésta se haya perdido por causa no imputable al donatario (art. 744 CCI)⁷⁵⁴.

Más allá de estas reglas particulares, que aquí se dejan meramente apuntadas (sobre ellas habrá de volverse en el capítulo 4), lo que la doctrina y la normativa italiana ofrecen

⁷⁵⁰ PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. cit. p. 224, explica: “Il contenuto della quota di riserva può essere determinato unicamente con riferimento al momento identificato come quello dell’apertura della successione, poiché soltanto in tale momento si potrà venir a conoscere ed accertare, da un lato, l’entità del *donatum* e, dall’altro lato, l’entità del *relictum*”.

⁷⁵¹ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 192. Y pone un ejemplo: la lesión de la legítima, sobre la base de la valoración de los bienes referida al tiempo de la apertura de la sucesión, se eleva a diez millones. Los bienes que deben atribuirse al legitimario deberán valer diez millones, según la misma estima, esto es, referida al tiempo de la apertura de la sucesión.

⁷⁵² Opinión mayoritaria. Puede verse GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 685.

⁷⁵³ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 190.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 196.

para el Derecho español son dos principios que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer el criterio de valoración.

El primero de estos principios es que, en la medida de lo posible, salvo en aquellos supuestos en los que el causante haya satisfecho (en vida, mediante donaciones; o a la apertura de la sucesión, mediante partición) los derechos legitimarios⁷⁵⁵, todas las valoraciones deben referirse al mismo momento.

En el capítulo 4 – donde analizamos detenidamente la cuestión – demostramos – con el análisis de los textos normativos – que esta fue siempre la intención del legislador también para el Código español. Esta unicidad del criterio es necesaria si se quiere evitar que las oscilaciones de valor afecten o produzcan lesión en el derecho del legitimario.

Es por ello por lo que el Código civil italiano y, con él, la doctrina mayoritaria, refieren todas las valoraciones que deben llevarse a cabo en sede de cálculo y reintegración de legítima a las normas de la colación.

El segundo principio es que el criterio elegido – si debe ser único – ha de salvaguardar, en la medida de lo posible, el interés del legitimario y del donatario, evitando que, como consecuencia de la valoración, se irroguen perjuicios a uno u otro.

Es por esto por lo que, como ya hemos indicado, se opta por el criterio elegido, que se desarrolla en el capítulo 4, de valorar al momento de realizarse la donación, pero actualizando el valor al momento en que se realicen las operaciones particionales (si fueran necesarias) o al momento de la apertura de la sucesión (si no lo fueran)⁷⁵⁶.

A mayor abundamiento, puede verse en el capítulo 4 el epígrafe de la valoración del bien sometido a reducción. Allí se trata, *per extenso*, la materia atinente a todo tipo de valoraciones, con referencia a la doctrina española e italiana y a los antecedentes legislativos del Código vigente.

⁷⁵⁵ En los que la valoración tomará como momento de referencia, según hemos dicho, la apertura de la sucesión.

⁷⁵⁶ Dentro de la doctrina italiana, este criterio es apuntado por NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 58.

2. Conformación o composición del pasivo. Consideraciones desde la doctrina española e italiana

Una vez calculado el activo bruto, al mismo habrá de deducírsele el pasivo, formado por el conjunto de deudas y cargas que no se extingan por la muerte del causante, excluidas las impuestas en testamento (art. 818 CCE) y que disminuyan económicamente el activo hereditario⁷⁵⁷. Se obtendrá así el llamado *relictum* líquido.

Operación ésta imprescindible y que vuelve a reflejar la doble finalidad del art. 818 CCE que, por un lado, establece las bases sobre las que debe llevarse a cabo el cálculo de la cuota legitimaria y, por otro, determina si ha podido existir (o no) algún tipo de inoficiosidad.

En principio, ha de señalarse que serán deducibles todas las deudas y obligaciones que pesaban sobre el causante con anterioridad al momento de la apertura de la sucesión⁷⁵⁸ (sin tener en cuenta las mandas o legados testamentarios). Ahora bien, del mismo modo que ocurría con el activo bruto, también en el caso de la conformación del pasivo existe una serie de supuestos controvertidos, que se analizan a continuación:

1. Los gastos de entierro y funeral. Los gastos de entierro y funeral⁷⁵⁹ son causados por la muerte del causante y no constituyen, en ningún caso, una deuda u obligación previa de éste, existente en el caudal hereditario.
MANRESA⁷⁶⁰ sostiene, a este respecto, que dichos gastos no pueden ser reputados como baja del caudal hereditario, toda vez que se generan con posterioridad a la muerte del causante. Opinión distinta, dentro de la doctrina tradicional, mantiene DE LA RIPIA⁷⁶¹, cuando

⁷⁵⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II.* cit. p. 49.

⁷⁵⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo VI. Volumen I.* Madrid: Reus. 1973. p. 688.

⁷⁵⁹ Entre los que habrían de contarse, según SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* cit. p. 947, “los gastos que para sufragios por su alma hubiera ordenado el testador”.

⁷⁶⁰ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo VI. Volumen I.* cit. pp. 688 y 689: “Los gastos de entierro, funeral, etc., como posteriores a la época de la muerte del causante, no pueden figurar como una baja general del caudal hereditario. Se ha de atender siempre precisamente al activo y al pasivo que existiese en el momento de la muerte del testador, y en ese momento no existen tales deudas”.

⁷⁶¹ DE LA RIPIA, Juan. *Prácticas de Testamentos y modos de suceder.* Madrid: Imprenta de Ángel Pascual Rubio. 1718. p. 31. Seguramente, siguiendo el criterio apuntado ya por LÓPEZ, que, al comentar la Ley 30 de Toro, señala que los gastos de funeral (a los que deben sumarse los de última enfermedad) han de sacarse

señala que los gastos de entierro, funeral y última enfermedad son gastos (cargas en sentido estricto) de la herencia.

Ya dentro de la doctrina moderna, LACRUZ/SANCHO⁷⁶² incluyen estos gastos entre el pasivo hereditario, toda vez que (i) son gastos que, sin preexistir en el patrimonio del causante, sí que traen causa de él (“son gastos necesarios suyos”, dicen los autores); y (ii) el mismo causante pudo hacer frente a los mismos y pagarlos en vida.

En realidad, la *ratio* de la inclusión de los gastos de entierro y funeral entre el pasivo de la herencia se deduce de la dicción del art. 818 CCE, que ordena deducir “deudas y cargas”. Como bien señalaba DE LA RIPIA, estos gastos entran, de pleno derecho, en la categoría de cargas de la herencia.

RUBIO GARRIDO⁷⁶³, en esta línea, para los casos de comunidad hereditaria, incluye los gastos de entierro y funeral entre el pasivo de la herencia por aplicación del art. 1064 CCE, pues estos gastos se hacen (“indudablemente”) en beneficio de todos los coherederos.

En esta línea, hoy se entiende que habrán de deducirse del activo bruto para poder determinar la (posible) inoficiosidad de las liberalidades y fijar la cuota de legítima (global o colectiva), precisamente por su carácter de carga de la herencia⁷⁶⁴.

2. Los gastos de partición en interés de los legitimarios. Establece el art. 1064 CCE que “los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, *se deducirán de la herencia*; los hechos en interés particular de uno de ellos serán a cargo del mismo” [subrayado propio].

Para que existan estos gastos, es evidente que debe darse una situación de comunidad hereditaria y de indivisión de la herencia, de lo contrario no podría hablarse de “gastos de partición”.

“del cuerpo de la herencia” (puede verse, NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. cit. p. 126).

⁷⁶² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 103.

⁷⁶³ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 257.

⁷⁶⁴ TULLIO, Antonio. “Il calcolo della legittima” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 423. GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 690.

Ejemplos clásicos de estos gastos son las retribuciones del albacea testamentario o del contador-partidor⁷⁶⁵, o los generados por las operaciones particionales propiamente dichas⁷⁶⁶.

Habrán de considerarse también entre estos gastos “comunes” o “hechos en interés de todos los cosucesores”, los causados por la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y por la defensa de sus derechos (art. 1033 CCE), así como los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada (art. 886.3 CCE).

RUBIO GARRIDO⁷⁶⁷ sostiene que el propio art. 1064 CCE configura estos gastos como “carga de la herencia” y que, por tanto, conforman, *ministerio legis*, el pasivo hereditario.

A lo dicho han de sumarse, aún, algunas consideraciones que hace la doctrina italiana. En primer lugar, respecto a las deudas solidarias, siguiendo lo dispuesto en el art. 1.298 CCI, se estima que solo habrá de incluirse en el *debitum* la parte o cuota de la deuda que correspondía al causante. La totalidad de la misma únicamente gravaría sobre la herencia si los restantes codeudores fuesen insolventes (art. 1299 CCI)⁷⁶⁸.

Posición distinta mantiene AZZARITI⁷⁶⁹, para quien en el momento de la apertura de la sucesión debe detraerse la totalidad de la deuda, pues a tal pago puede ser obligado el causante, sin perjuicio del derecho de crédito contra los restantes codeudores. Es esta la posición que nos parece más acorde al funcionamiento de la solidaridad pasiva, también en el ordenamiento español común, pues, en tanto que deudor solidario, frente al acreedor, el causante estaba obligado al cumplimiento completo de la obligación. Y esto, como señala el autor citado, sin perjuicio de las acciones de regreso que luego puedan corresponderles a sus sucesores.

En segundo lugar, respecto a las deudas sometidas a condición, ha de señalarse que es posición común en la doctrina italiana que las mismas se incluirán o excluirán

⁷⁶⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Comentario al artículo 1064” en en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo VI*. cit. p. 7772. A salvo, los supuestos de nulidad de la partición por mala fe del contador-partidor que se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones.

⁷⁶⁶ DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. “Comentario al art. 1064” en CAÑIZARES LASO, Ana. *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III*. cit. p. 1772.

⁷⁶⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 254.

⁷⁶⁸ En este sentido, PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 525.

⁷⁶⁹ AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 267.

dependiendo de la naturaleza de la condición⁷⁷⁰. Así, quedarán fuera del cómputo las deudas sometidas a condición suspensivas, en tanto no se verifique dicha condición. Por el contrario, se incluirán las sometidas a condición resolutive, siempre y cuando la misma no se haya cumplido en el momento de abrirse la sucesión.

Finalmente, el legislador – tanto en el art. 818 CCE como en el art. 556 CCI – regula la detracción de las deudas como una operación de naturaleza matemática y mental, sin referirse o imponer en ningún caso un verdadero y efectivo pago de las deudas.

3. La composición del *donatum* y su valoración en el Derecho español

Establecida la composición del pasivo hereditario y obtenido el *relictum* líquido, al mismo habrá de sumársele lo que tradicionalmente se conoce como *donatum* y que está compuesto por el valor de las donaciones – y liberalidades asimilables – efectuadas por el propio causante (art. 818.II CCE).

Esta agregación, que es la computación de donaciones propiamente dicha, no prejuzga (en principio) la inoficiosidad de las donaciones computadas, pero las inventaría y las tiene en cuenta, siendo la base de cálculo y determinación, como ya se ha apuntado, de una eventual y futura inoficiosidad de éstas.

Pese a lo sencillo de la regla de computación, la misma, tal vez por la mala dicción del segundo párrafo del art. 818 CCE, requiere de toda una serie de explicaciones, necesarias para una recta interpretación.

En primer lugar, la operación de agregar el valor de determinadas donaciones (las “colacionables”, según el art. 818 CCE *in fine*) vuelve a traer a primer plano el problema de la calificación del acto/negocio jurídico donación y la importancia, para el tema que nos ocupa, de un correcto deslinde entre éste y los demás actos/negocios lucrativos que no se identifican con aquél. Cuestión abordada en el capítulo 2, al que nos remitimos.

Junto al problema de la calificación, el segundo párrafo del art. 818 CCE crea otro problema de interpretación al referirse textualmente a las donaciones colacionables.

Stricto sensu, una donación colacionable es aquella hecha por el causante a un legitimario (art. 1035 CCE⁷⁷¹) y que, en ausencia de dispensa expresa del causante (art.

⁷⁷⁰ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 187.

⁷⁷¹ Se deben colacionar, conforme a la norma, los bienes o valores recibidos del causante por dote, donación u otro título lucrativo.

1036 CCE), debe ser imputada a su legítima (art. 819.I CCE⁷⁷²), contándose lo ya recibido en su haber cuando concurra con otros legitimarios en comunidad hereditaria, y obligándole a tomar de menos de la masa hereditaria cuando se produzca el reparto de los bienes⁷⁷³.

En puridad, desde una interpretación estrictamente literal del art. 818.II CCE, únicamente serían computables las donaciones que el causante hubiese hecho a sus legitimarios y que no hubiera dispensado expresamente de colación.

Sin embargo, esta interpretación llevaría al resultado de que no se computarían (para establecer, primero, la base de cálculo de la legítima, y segundo, la posible inoficiosidad de determinadas donaciones) las donaciones hechas a extraños, quedando el causante en la posibilidad de vaciar su patrimonio entre terceros (con el límite del art. 634 CCE), perjudicando gravemente las legítimas de sus descendientes, ascendientes o cónyuge.

Es por ello por lo que, con alguna voz discordante⁷⁷⁴, la doctrina⁷⁷⁵ y la jurisprudencia⁷⁷⁶ son hoy unánimes al señalar que en el caso del segundo párrafo del art. 818 CCE, el legislador está usando el término “colacionable” en sentido amplio y no en sentido técnico jurídico, por lo que habrían de computarse todas las donaciones hechas por el causante, con independencia de quién fuera el donatario o de a qué porción ideal de la herencia deban imputarse. Se consigue, así, el objetivo último que persigue la norma, que es poner el patrimonio del causante en la misma situación que se hubiera encontrado de no haberse realizado dichas donaciones. Sólo de este modo puede establecerse cabalmente una base correcta de cálculo de la cuota de legítima y, en consecuencia, determinar la posible inoficiosidad de las atribuciones realizadas.

⁷⁷² Entendiéndose que cuando el artículo aludido dice “hijos”, debe entenderse “legitimarios”.

⁷⁷³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil V. Volumen primero*. cit. p. 409.

⁷⁷⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2*. cit. p. 948, que, además, critica duramente que el Código civil, forzando las instrucciones dada por la Base 18ª *in fine* LBCC de 1888, en lugar de desenvolver con la mayor precisión la doctrina vigente con anterioridad a la publicación del Código civil español vigente, introduzca toda una serie de novedades y disonancias en el régimen jurídico de la colación.

⁷⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Anotaciones a BINDER, Julius. *Derecho de sucesiones*. cit. p. 306. “Se reúnen todas [las donaciones] que verificó el causante, sea en favor de parientes o de extraños, sin límite alguno de tiempo, y sin considerar su proporción o desproporción con el patrimonio del donante, sin la ausencia de la voluntad dolosa de éste, ni si han sido hechas con la renta o con el capital, o si son manuales o están disimuladas bajo la forma de un contrato oneroso”.

⁷⁷⁶ STS de 19 de julio de 1982 (RJ\1982\4256), Cdo. 3º; STS de 17 de marzo de 1989, FJ 2º; STS 124/2006, de 22 de febrero (RJ\2006\900), FJ 3º; STS 1062/2007 de 18 de octubre (RJ\2007\8625), FJ 4º.

A mayor abundamiento, lo impropio y extraño de la presencia del término colacionable en sede de computación se advierte si se atiende a los antecedentes legislativos de la norma.

Así, el art. 648.2 PCC de 1851, que decía: “al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían *todas las donaciones* del mismo testador” [subrayado propio] y que, como se advierte, no hacía referencia alguna a la colación o a las donaciones colacionables, sino que ordenaba, por el contrario, la reunión ficticia de todas las donaciones hechas por el testador (*rectius*, causante).

De igual modo se expresaba el art. 803.2 ACC de 1888, antecedente inmediato del Código civil actual, que, además, incluía un criterio para la valoración de las donaciones computables: “al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían todas las donaciones del mismo testador en el tiempo en que las hizo”⁷⁷⁷.

Rompiendo la dinámica de sus antecesores mediatos e inmediatos, el art. 818.II CCE abandona la mención a “todas las donaciones” y la sustituye por la de las “donaciones colacionables”.

Se deduce de una interpretación histórica, sistemática y teleológica de la norma (art. 3.1 CCE), que la misma pretende, por lo que ya se ha dicho, la reunión de todas las donaciones (y no sólo de aquéllas que puedan calificarse de colacionables en sentido estricto), único modo de proteger verdaderamente la legítima global frente a un (posible) exceso de generosidad por parte del causante⁷⁷⁸.

Matiza esta opinión, con solvencia, ESPEJO LERDO DE TEJADA⁷⁷⁹, para quien la presencia del término “colacionable” en el art. 818.II CCE no se debe ni a un error, ni a un lapsus del legislador. Según este autor, el término “colacionable” debe ser entendido en el sentido de que quedan excluidas de computación aquellas donaciones que están excluidas de colación⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ La redacción de los artículos del Anteproyecto de 1888 están tomados de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. cit.

⁷⁷⁸ En los mismos términos las SSTs de 17 de marzo de 1989 (RJ/1989/2161); 21 de abril de 1990 (RJ/1990/2762) FJ 2º

⁷⁷⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada*. cit. p. 149.

⁷⁸⁰ Así también, con algún matiz, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2*. cit. p. 158: “No obstante, el artículo 818 da pie para excluir de la computación necesaria para el cálculo de la legítima algunas de las donaciones o de las atribuciones que el Código exime de colacionar”.

Así, lo que estaría haciendo el art. 818.II CCE al referirse a las donaciones colacionables no sería establecer cuáles deben computarse, sino, por referencia a los arts. 1041 y 1042 CCE, determinar cuáles no serían computables en modo alguno y, por consiguiente, habrían de quedar fuera del cálculo de la legítima.

Por nuestra parte, estimamos que el cuando el Código excluye de colación, lo hace porque el acto excluido no tiene carácter de verdadera donación (al menos, no como la entiende el Código civil en los arts. 618 y 619 CCE, ni como lo hemos configurado en esta investigación), pues, o bien se trata de una mera liberalidad de uso (las propinas, los regalos módicos hechos en atención a los usos y costumbres sociales...), o bien responden al cumplimiento de deberes netamente jurídicos (por ejemplo, los gastos realizados en cumplimiento de deberes familiares *ex* arts. 142 y 154 CCE); y, en este sentido, no es que estemos ante verdaderas excepciones a la regla de la colación, sino que, en la medida en que este régimen jurídico se aplica a las donaciones (y a los actos/negocios a ella asimilados por participar de sus características), no podría aplicarse a estos actos que el Código no concibe como tales.

En consecuencia, no es que el Código declare, por remisión (mediante la referencia a las donaciones “colacionables” en el art. 818.II CCE), exentas de computación las donaciones que están exentas de colación, sino que, antes bien, lo que hace es (en los arts. 1041 y 1042 CCE⁷⁸¹) declarar exentas de computación y colación a toda una serie de actos que no considera donaciones y precisamente en la medida en que no los considera tales.

Realmente, si nos atenemos a los criterios que se han dado para la calificación de un acto/negocio como donativo en el capítulo 2, ninguno de los gastos contenidos en los arts. 1041 y 1042 CCE encajarían dentro de los mismos (por faltar, precisamente, el elemento subjetivo del espíritu de liberalidad, pues el padre/madre realiza estos gastos en cumplimiento de deberes jurídicos), por lo que, aun si el Código nada dijera, quedarían exentos, al menos, de computación⁷⁸².

⁷⁸¹ Salvo disposición expresa del causante.

⁷⁸² Tampoco puede aceptarse, *in toto*, la argumentación de ESPEJO porque la misma llevaría a considerar no computables las donaciones que el causante haya dispensado de colación (art. 1036 CCE) ya que, *stricto sensu*, se trata de donaciones “no colacionables”. Aspecto éste que ha sido rechazado por la jurisprudencia. Así, la STS de 21 de abril de 1990 (RJ\1990\2762), FJ 2º; y, más recientemente, la STS 391/2008 de 19 de mayo (RJ\2008\3084) recuerda que se incluirán también en el *donatum* las donaciones dispensadas de colación: “Es doctrina de esta Sala la de que la dispensa de colación no significa que se haya de prescindir

Es por ello por lo que debe concluirse con la doctrina mayoritaria, y pese a la matización de ESPEJO LERDO DE TEJADA, que el término “colacionable” del art. 818.II CCE debe ser reinterpretado en el sentido de computable, o dejado de lado directamente, debiendo de ser computadas todas las donaciones hechas por el causante.

Igualmente, y al contrario de lo que ocurre en algún Derecho territorial distinto del común⁷⁸³, el Código civil español vigente no establece límite temporal alguno a la computación: habrán de ser computadas *todas* las donaciones hechas por el causante, con independencia del momento en que fueron hechas y, también, con independencia de si en el momento de realizarlas éste tenía o no legitimarios⁷⁸⁴.

Por tanto, en principio, conformarán el *donatum* que habrá de agregarse al *relictum* líquido todas las donaciones realizadas en vida por el causante, sin límite de tiempo, y sin importar quién fuera el destinatario de las mismas [STS de 21 de abril de 1990 (RJ\1990\2762)⁷⁸⁵].

Habrán de computarse también el valor de las donaciones que se realizaron de forma encubierta o disimulada, bajo la apariencia de un contrato oneroso⁷⁸⁶. De lo contrario, se estaría vulnerando el derecho del legitimario (que se pretende proteger) y quedaría falseada la base que debe tomarse como referencia para calcular la legítima global (e indirectamente, la individual) y la posible inoficiosidad de determinadas donaciones.

Esta agregación mental o contable del valor de la donación disimulada bajo contrato oneroso no supone, al menos en esta fase, ni la declaración judicial de nulidad de la donación en cuestión, ni la vuelta efectiva de los bienes al caudal relicto, lo que se conseguirá mediante el ejercicio de la pertinente acción.

de ella en el inventario para imputarla donde corresponda, para saber si el causante se ha extralimitado en sus facultades” (FJ 1º).

⁷⁸³ Art. 451-5 b) CCCAT, que limita la computación a las donaciones realizadas por el causante hasta diez años antes de su fallecimiento. Como curiosidad, se señala que el art. 467-6.2 del Proyecto de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil limita temporalmente las donaciones computables, con algún matiz, a las hechas 20 años antes del fallecimiento del causante.

⁷⁸⁴ La proyección de la computación, que afecta a las donaciones realizadas *antes* de que el causante tuviera legitimarios, explica que, como se indicará en el capítulo 4, el legitimario no existente en el momento de otorgarse la donación tenga acción para impugnar la donación realizada antes de su existencia.

⁷⁸⁵ “La doctrina científica predominante, al interpretar el precepto del artículo 818 del Código Civil, viene entendiendo que para el cálculo de la legítima, mejora y tercio de libre disposición de la herencia deben sumarse a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias”.

⁷⁸⁶ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 68.

Ahora bien, si se hubiese ejercitado con éxito la acción de nulidad antes de proceder a la computación, y los bienes hubiesen vuelto al caudal hereditario, éstos quedarían computados dentro del activo relicto y no del *donatum*, pues declarada la nulidad de la donación ésta desaparece a todos los efectos del mundo jurídico.

Señalado lo anterior, procede indicar ahora aquellos supuestos que, pese a la regla general de que habrán de reunirse ficticiamente todas las donaciones, van a quedar excluidos del cómputo, entre otros:

1. Los gastos del art. 1041 CCE. El art. 1041 CCE, situado en sede de colación y no de reunión ficticia o computación, declara exentos de colación “los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre”.

Se trata, como se deduce de la lectura del artículo, de desembolsos realizados en vida por el causante y que han tenido como destinatario o beneficiario a alguno de los legitimarios.

Es posición común en la doctrina⁷⁸⁷ que dichos “gastos” no habrán, como dice la norma, de colacionarse, pero tampoco de computarse o reunirse (y tampoco, por consiguiente, se reducirían)⁷⁸⁸. Y esto porque, *stricto sensu*, no constituyen verdaderas donaciones, toda vez que se configuran como “gastos debidos”, en la medida en que se realizan como cumplimiento de una obligación que (*ex arts. 142 y 154 CCE*) tienen los ascendientes con los descendientes en virtud del fenómeno de la generación y la filiación⁷⁸⁹, por lo que dichos gastos se reputarán también no colacionables (y no computables) cuando el destinatario legítimo sea mayor de edad, pues los deberes a cuyo

⁷⁸⁷ Por todos, BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.) y GARRIDO MELERO, Martín (Coord.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. Navarra: Aranzadi. 2015. p. 310.

⁷⁸⁸ En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “Comentario al artículo 1042” en en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III*. cit. p. 1670.

⁷⁸⁹ ROCA JUAN, Juan. “Comentario a los arts. 1041 y 1042 CC” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XIV*. Jaén: Edersa. 1978. p. 49.

cumplimiento tienden no derivan de la patria potestad, sino de la paternidad⁷⁹⁰.

En efecto, el propio artículo, al utilizar la palabra “gastos” ya está situando estos desembolsos en una órbita distinta de la mera liberalidad.

Ahora bien, DOMÍNGUEZ LUELMO⁷⁹¹ entiende que si estos gastos son excesivos con relación al patrimonio de quien los da (el causante) y a las necesidades de quien las recibe (el legitimario), sí que constituirían verdaderas donaciones (en sentido amplio) que, por consiguiente, habrían de computarse como formando parte del *donatum*.

Tampoco se incluiría, a efectos de computación (colación o reducción), lo abonado por los padres por los daños causados por los descendientes como consecuencia de la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 1903.II CCE, pues tampoco se está aquí ante verdaderas liberalidades, sino ante el cumplimiento de una obligación⁷⁹².

Respecto a los regalos de costumbre de los que habla el artículo, habrá de entenderse que se trata de los hechos (por el causante al legitimario) con motivo de alguna festividad, aniversario o similar (regalos de cumpleaños, de Navidad...), que deben ajustarse a las circunstancias socioeconómicas de cada familia⁷⁹³.

La no colación/computación de estos “regalos de costumbre” tal vez se explique por su carácter de liberalidades de uso. Por tal debe entenderse “aquellas que el donante realiza en obediencia a imperativos sociales, influido y moralmente coaccionado por normas

⁷⁹⁰ RUBIO GARRIDO. *La partición de la Herencia*. cit. p. 352, que añade, además, que entre los “gastos de enfermedad” habrán de incluirse, también, las primas usuales de los seguros de enfermedad pagadas por el causante, que tampoco serán colacionables (ni computables).

⁷⁹¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “Comentario al artículo 1042” en en CAÑIZARES LASO, Ana. *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III*. cit. p. 1672.

⁷⁹² BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. p. 366.

⁷⁹³ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “Comentario al artículo 1042” en en CAÑIZARES LASO, Ana. *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III*. cit. p. 1673.

no jurídicas que regulan, fuera del campo del Derecho, la convivencia en sociedad”⁷⁹⁴.

Las liberalidades de uso (sobre las que se volverá en el capítulo 5) no se encuentra reguladas en el Código civil que, quizá, por su módica cuantía, deja que sean la costumbre y el uso social quienes la regulen⁷⁹⁵. Más aún, según mantiene ALBIEZ DOHRMANN⁷⁹⁶, serán estos usos y costumbres quienes le proporcionen a una determinada entrega el carácter (o no) de liberalidad de uso: así, si la entrega se hace respetando lo que es costumbre y uso para un evento o un lugar determinado, se estará ante un verdadero regalo de costumbre⁷⁹⁷.

De lo dicho se desprende que la liberalidad de uso (“el regalo de costumbre”) no va a coincidir, pese al carácter liberal, con la donación. Las diferencias más notables que señala la doctrina son: primero, que el regalo de costumbre no se hace con *animus donandi*, sino “coaccionado” (de algún modo) por el uso y el contexto social⁷⁹⁸; segundo, que la liberalidad de uso no está sometida a los requisitos formales de la donación⁷⁹⁹; tercero, que su objeto siempre será de módica cuantía⁸⁰⁰ (en relación con la situación económico-social de quien realiza la entrega); y, cuarto, que las liberalidades de uso suelen caracterizarse por una cierta periodicidad⁸⁰¹, pues los regalos de costumbre más frecuentes en la práctica, al coincidir con fechas o eventos que se repiten cíclicamente (el cumpleaños, el aniversario de

⁷⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero*. cit. p. 103.

⁷⁹⁵ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil*. cit. p. 77.

⁷⁹⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. cit. p. 4718.

⁷⁹⁷ Siempre, por ejemplo, que la entrega se haga con motivo de algún evento o aniversario en los que es usual entregar regalos (por ejemplo, un cumpleaños, un aniversario de bodas...) y que el bien objeto de la entrega sea de módica cuantía (en relación con el evento/aniversario y la riqueza del *tradens*).

⁷⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero*. cit. p. 153.

⁷⁹⁹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. cit. p. 4717.

⁸⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero*. cit. p. 153.

⁸⁰¹ GENSOLIN, Rinaldo R. *Las donaciones mortis causa*. cit. p. 12.

bodas, la Navidad), son más regulares que la donación propiamente dicha⁸⁰².

Las liberalidades de uso (y, entre ellas, los “regalos de costumbre”), como se ve, no participan de la naturaleza jurídica de la (verdadera) donación y, por consiguiente, no son susceptibles de computación (ni de colación, imputación o reducción⁸⁰³).

La doctrina⁸⁰⁴, además, entiende que esta norma (la del art. 1041 CCE) tiene carácter imperativo y que, por tanto, no puede el causante ordenar la colación (e indirectamente, la computación) de tales “gastos”.

2. Los gastos del art. 1042 CCE. El art. 1042 CCE, siguiendo la línea marcada por el artículo precedente, sostiene que “no se traerán a colación, sino cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima, los gastos que éste hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística”.

Este artículo, sin embargo, a diferencia del anterior, parece dejar a juicio del causante el ordenar la colación (y con ella, indirectamente, la computación y la imputación) de los desembolsos hechos por él y destinados a este fin.

No ocurría así en el Derecho histórico y los comentarios a la Ley 29 de Toro⁸⁰⁵ señalan que no debe colacionarse lo dado al hijo para procurarle carrera profesional, pues (i) ha de considerarse como peculio *quasi* castrense y (ii) se incluye en el concepto de alimentos, que se deben por derecho natural.

ROCA JUAN⁸⁰⁶ achaca este trato diferenciado a que, en la *mens legislatoris*, los gastos causados para dar carrera profesional o artística al hijo se producen viviendo éste fuera del domicilio familiar,

⁸⁰² Así, mientras que una persona media hará en su vida (quizá) una donación (o ninguna), sí que hará, sin embargo, regalos periódicos a sus hijos coincidiendo con sus cumpleaños, onomásticos...

⁸⁰³ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1336.

⁸⁰⁴ Por todos, RUBIO GARRIDO. *La partición de la Herencia*. cit. p. 352.

⁸⁰⁵ NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. cit. p. 115.

⁸⁰⁶ ROCA JUAN, Juan. “Comentario a los arts. 1041 y 1042 CC” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XIV*. cit. p. 51.

y precisamente por tener que vivir fuera debido a los estudios que cursa; mientras que los gastos del art. 1041 CCE son, por el contrario, gastos de mantenimiento, que se extienden más allá de la mayoría de edad cuando el hijo no ha alcanzado la independencia económica o no puede valerse por sí mismo. De ahí, según el citado autor, el inciso final del art. 1042 CCE, que ordena descontar los gastos que habría causado el beneficiario de los mismos viviendo en el domicilio familiar.

BERMEJO PUMAR, en esta línea, sostiene que esta norma debe ser interpretada con arreglo a la realidad social del tiempo actual (art. 3.1 CCE) y entender que, como en el caso del art. 1041 CCE, estamos aquí ante “gastos de educación que hoy se consideran ordinarios, por lo que pueden tenerse por una obligación del padre, ya que lo debido por otro concepto no puede ser tenido como satisfacción o anticipo de legítima”⁸⁰⁷.

En la misma línea, RUBIO GARRIDO⁸⁰⁸ sostiene que habrán de incluirse entre los gastos del art. 1042 CCE los causados para dar al hijo legitimario estudios de grado o postgrado (siempre que sean “transcendentes o muy convenientes”). No obstante, señala este autor que, “como regla”, estarán sujetos a colación los desembolsos que el causante deba realizar como consecuencia de la “ineptitud o mala aplicación” del hijo.

Dichos gastos, por consiguiente, en la medida en que estuvieran exentos de colación, no se integrarían dentro del caudal relicto.

3. Lo pagado para cumplir un deber moral/social. El art. 1901 CCE, referido al error en el pago, se expresa del siguiente modo: “Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad *o por otra causa justa*” [subrayado propio].

⁸⁰⁷ BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. p. 367.

⁸⁰⁸ RUBIO GARRIDO. *La partición de la Herencia*. cit. p. 353.

Según LACRUZ/SANCHO/LUNA, en el inciso subrayado el ordenamiento está recogiendo, colateralmente, la doctrina de la obligación natural⁸⁰⁹, esto es, de aquella atribución patrimonial que se hace de forma “voluntaria”, “sin ánimo liberal” y que se configura como irrepetible⁸¹⁰, de modo que no pueda el *solvens* exigir la devolución de lo pagado.

Dicho con otras palabras: la obligación natural será aquella que se hace en cumplimiento de un deber u obligación, que no es exigible en sentido estricto en términos jurídicos, pero que sí proporciona una justa causa para retener lo recibido (en doctrina clásica, cuando, aunque falte la obligación civil, hay una obligación moral o del foro de la conciencia).

Dicha entrega, por consiguiente, no podrá ser catalogada de liberalidad, pues no hay en el *solvens* intención de enriquecer al *accipines*, ni tienen, en puridad, causa gratuita (sobre esto, puede verso lo dicho en el capítulo 1 sobre el elemento subjetivo del acto donativo).

En efecto, se entiende por estos autores que las obligaciones naturales atienden al cumplimiento de deberes morales (el art. 1901 CCE habla de “justa causa”), que son, a su vez, los que sustentan la irrepetibilidad de lo entregado/pagado y los que alejan estas entregas de las realizadas a título de liberalidad⁸¹¹ (a las que también alude, diferenciándolas, el propio art. 1901 CCE).

Por consiguiente, estos autores ven en la obligación natural, tal y como la configura el ordenamiento español, una causa apta para justificar un desplazamiento patrimonial y, en consecuencia, entienden que lo entregado en cumplimiento de las mismas, no puede

⁸⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 21: “La *causa retinendi* es, en el art. 1901, [...] una causa subjetiva, esto es, un *quid* realmente existente, tenido en cuenta por el *solvens* al hacer la atribución y que justifica ésta: primero en la mente de aquél, y luego, por mandato del legislador, en el orden jurídico objetivo”.

⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 18.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 19.

ser reputado liberalidad ni, por tanto, estar sometido a la operación de computación de donaciones⁸¹².

Las consideraciones anteriores tienen, sin embargo, una importante carga problemática. Si lo entregado en cumplimiento de obligaciones naturales no se computa, ni se imputa, ni se colaciona, ni se reduce, se abre la puerta a un punto de fuga adecuado para defraudar los derechos legitimarios.

Por ello, en primer lugar, ha de señalarse que el ordenamiento español y, con él, la doctrina⁸¹³, han recortado mucho el ámbito de actuación de la llamada “obligación natural”.

En segundo lugar, ha de subrayarse que, en principio, ninguna entrega hecha por el causante se reputará como cumplimiento de obligación natural por el mero hecho de que éste lo haya señalado expresamente. Será necesario que el *accipiens* pruebe la preexistencia de la pretendida obligación/deber natural en función del cuál se ha producido el “pago” (y ello, con la dificultad probatoria que ello conlleva).

4. El supuesto del art. 822.1 CCE. El art. 822, en su primer párrafo, establece que “la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, *no se computará para el cálculo de las legítimas* si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo con él” [subrayado propio].

Contempla este artículo el supuesto de una verdadera donación (*inter vivos*, que ha debido ser aceptada por la persona con discapacidad, si tiene capacidad suficiente, o su representante legal) o legado del derecho de uso o habitación de una vivienda en favor de un conviviente, persona con discapacidad. Para que surja la consecuencia jurídica prevista en esta norma (la exclusión de la donación del

⁸¹² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 483.

⁸¹³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tomo I*. cit. p. 111: “La obligación natural no constituye una obligación jurídica, es un deber moral o social: la norma se ocupa de ella sólo con el fin de dar eficacia a la transmisión patrimonial que los sujetos realizan para cumplir un deber de tal naturaleza”.

cómputo del art. 818 CCE), deben concurrir en ella los siguientes requisitos:

El primero, de carácter subjetivo, viene dado por la propia letra de la norma: donante debe ser el causante y donatario un legitimario del mismo, que tenga la condición de persona con discapacidad (sobre la que se profundizará *infra*).

El segundo, de carácter objetivo, se refiere a que el derecho de uso y habitación donado debe tener por objeto la vivienda habitual en la que conviven causante y legitimario-persona con discapacidad⁸¹⁴.

El tercero, finalmente, exige que la convivencia entre causante y legitimario persona con discapacidad se mantenga en el momento de la apertura de la sucesión⁸¹⁵.

Se incluye este artículo como consecuencia de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, LPPD⁸¹⁶), que introduce en el ordenamiento sucesorio español un nuevo concepto: el de persona con discapacidad (distinto o no del todo asimilable a los tradicionales de incapaz natural o incapacitado), que ahora habrá de ser interpretado conforme a lo establecido en la norma citada.

⁸¹⁴ BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio. “Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español” en *Anuario de Derecho civil. Vol. 71. Num. 2*. 2018. p. 352. Critica que el legislador se limitase a la vivienda habitual, pues, en atención al carácter tuitivo de la institución, permitiría extender esta facultad a cualquier inmueble propiedad del testador que, quizá, permitiera satisfacer las necesidades del beneficiado más que la vivienda habitual.

⁸¹⁵ VIVAS TESÓN, Inmaculada. *La protección económica de la discapacidad*. Barcelona: Bosch. 2009. p. 175, sostiene que permitir que se beneficie solo al conviviente, dificulta, retrasa y, en algunos casos, imposibilita el acceso a la vida autónoma e independiente de la persona con discapacidad.

⁸¹⁶ Norma que ha recibido fuertes críticas por las modificaciones que introduce en el Derecho de sucesiones. Por todos, puede verse FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. “La reforma del Derecho de sucesiones por la Ley 41/2003” en *Jaldo: Boletín de la Academia Vasca de Derecho. Año 2. N° Extra 1*. 2004. p. 19, donde señala que esta norma altera dos de los principios básicos del ordenamiento sucesorio: (i) la intangibilidad cualitativa de la legítima (arts. 813.II CCE, en su relación con el art. 808 CCE, que permite constituir una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta); y (ii) el carácter personal, intransferible e indelegable del testamento (a través de la delegación contenida en el art. 831 CCE, que crea una figura parecida al testamento por comisario o fiducia sucesoria, ya completamente desvinculada de la situación personal de los hijos comunes).

Dicha norma, en el número II de su Exposición de Motivos, sostiene que se entenderán por personas con discapacidad aquéllas “afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello *con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 del Código Civil*⁸¹⁷ y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no *judicialmente incapacitadas*” [subrayado propio].

Del mismo modo, el art. 2.2 LPPD concreta y establece que habrá de reputarse persona con discapacidad (también, en lo que a nosotros respecto, a los efectos del art. 822 CCE): a la afectada por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y a la afectada por una minusvalía sensorial igual o superior al 65 por ciento. Y esto, recuérdese, con independencia de si ha recaído o no incapacitación judicial⁸¹⁸.

La prueba de este grado de minusvalía se otorgará, según el art. 2.3 LPPD, mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o mediante resolución judicial.

Por tanto, en atención a lo dicho, el beneficiario o destinatario de la donación (o legado) del derecho de uso y habitación sobre la vivienda habitual que no se reputará computable a efectos del art. 818 CCE (por mandato expreso del art. 822 CCE) no tiene que estar incapacitado judicialmente, ni tienen que concurrir en él las causas de incapacitación (art. 200 CCE); es más, ni siquiera tiene que haber recaído resolución judicial (del orden jurisdiccional civil) alguna, bastando la mera acreditación administrativa de la minusvalía o discapacidad⁸¹⁹.

⁸¹⁷ “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

⁸¹⁸ Lo que, para BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio. “Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español” en *ADC*. cit. p. 340, supone la gran novedad introducida por la reforma.

⁸¹⁹ BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 459, lo expresa gráficamente al decir que, a efectos de esta ley, “resulta irrelevante el concepto civil de incapaz”.

Respecto a la cuestión abordada en este punto, como ya se ha indicado, establece el art. 822 CCE que la donación o el legado⁸²⁰ del derecho de uso y habitación sobre la vivienda habitual que el causante haga a uno de sus legitimarios, si éste es persona con discapacidad, no habrá de computarse, siempre que la discapacidad y la convivencia subsistan en el momento de la apertura de la sucesión⁸²¹.

La consecuencia de esta exclusión del cálculo de la legítima a los efectos del art. 818 CCE es, como señala BOTELLO HERMOSA⁸²², que esta donación, cualquiera que sea su valor, nunca podrá ser reputada inoficiosa. Lo que se explica por el carácter tuitivo de la institución y las características de la persona a la que se busca beneficiar.

BERMEJO PUMAR⁸²³, sin embargo, sostiene que cabe disposición en contra del causante, que puede decidir que dicha donación sea computada, toda vez que no se está aquí ante un deber de naturaleza forzosa para el causante (que deba, obligatoriamente, donar o legar imperativamente el uso o habitación de la vivienda al descendiente persona con discapacidad). Tampoco se trata, consecuentemente, como se deduce de la literalidad del artículo, de un derecho de naturaleza forzosa para el descendiente persona con discapacidad. De ahí que deba entenderse que, si nada expresa el causante, el derecho de uso y habitación donado no habrá de ser computable, pero que sí lo será (con todas las particularidades derivadas de ser éste un derecho de carácter limitado y no pleno) si así se establece expresamente.

⁸²⁰ Afirmación ésta superflua pues, *stricto sensu*, el legado no se computa como las donaciones.

⁸²¹ Así lo creen TORRES GARCÍA, Teodora F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “La legítima en el Código Civil (I)” en TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.). *Tratado de legítimas*. cit. p. 44.

⁸²² BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio. “Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español” en *ADC*. cit. p. 357.

En realidad, la LPPD es una norma excesivamente laxa en lo que a legítima respecta e introduce, con la “finalidad” de proteger, en principio, a un colectivo vulnerable, una serie de disposiciones que socaban la intangibilidad de la legítima. La más llamativa (y menos estudiada), quizá, sea la amplia facultad de distribución del caudal hereditario que el causante puede otorgar al cónyuge *ex art.* 831 CCE.

⁸²³ BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. pp. 372-373.

Especial duda plantea, de cara a su computación, lo recibido a cambio de transacción o renuncia anticipada a la legítima. El art. 816 CCE establece la nulidad de todo negocio sobre la legítima futura⁸²⁴ (en consonancia con el art. 1271.II CCE⁸²⁵) y declara que, de haberse recibido algo como contraprestación por la renuncia o transacción realizada sobre dicha legítima, lo recibido habrá de “traerse a colación”.

La dicción del art. 816 CCE, sobre todo *in principio*, hace que existan dudas sobre si lo recibido a cambio de la transacción o renuncia sobre la legítima deba ser o no computado.

Y esto porque, al menos *prima facie*, parece que el artículo declara la nulidad del negocio jurídico cuyo objeto sea la legítima futura, por lo que, en principio, habrían de restituirse las prestaciones, debiendo el legitimario renunciante traer los bienes *in medio adducendo* y reputándose éstos como nunca salidos del patrimonio del causante (pasando a integrar el activo bruto y no el *donatum*). Desde este punto de vista, lo recibido a cambio de la transacción o renuncia anticipada no es que estuviera exento de computación, sino que nunca habría salido del caudal hereditario y formaría parte de éste como activo del mismo.

En contra, GARCÍA PÉREZ⁸²⁶, con otra interpretación, sostiene que, en realidad, lo que hace el artículo es, por un lado, recordar la ineficacia del negocio cuyo objeto sea la legítima futura y, por otro, establecer que lo recibido a cambio de la renuncia (cuando ésta es onerosa y no gratuita) sea imputado a la legítima del renunciante (y en este sentido debe entenderse la expresión “traer a colación”).

Por consiguiente, lo recibido a cambio de transacción o renuncia sobre la legítima futura habrá de ser tratado, en opinión de esta autora, como cualquier otra liberalidad hecha (sin dispensa de colación) por el causante a un legitimario (art. 819.I CCE). Y esto porque, como señala la primera parte del art. 816 CCE, al ser ineficaz la renuncia o

⁸²⁴ Una interpretación particular de este precepto en SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* cit. pp. 940 y ss. Para este autor, el art. 816 CCE, si bien decreta la nulidad de toda *renuncia*, únicamente estaría estableciendo la nulidad de las transacciones sobre la legítima llevadas a cabo entre el que la debe y sus legitimarios. Las transacciones sobre la legítima futura celebradas entre legitimarios o entre legitimario y tercero devendrían nulas por la prohibición del art. 1271 CCE y no por lo expuesto en el art. 816 CCE.

⁸²⁵ Un estudio pormenorizado de la relación entre el art. 816 CC y 1271.II CCE y de la verdadera extensión de las prohibiciones contenidas en él puede verse en DE FUENMAYOR, Amadeo. “La intangibilidad de la legítima” en *ADC.* cit. pp. 73 y ss.

⁸²⁶ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas.* cit. p. 67.

transacción realizada, que no afecta materialmente a cómo deba deferirse la sucesión legitimaria del causante, lo dado por el causante al legitimario pierde su declarado carácter sinalagmático u oneroso y adquiere un marcado matiz de gratuidad.

Así, lo dado por el causante al legitimario habrá de ser computado como donación, imputado a su legítima (art. 819.I CCE) y, si excede de ésta y, también, de lo que el causante podía disponer libremente, podrá ser reducido (en consonancia con lo establecido en el art. 636 CCE).

Además de las excepciones señaladas (y que parecen gozar de un cierto consenso), PUIG PEÑA⁸²⁷ excluye de computación (y de reducción) las siguientes donaciones: las realizadas por el causante antes de que existieran herederos forzosos, las que ya hayan producido prescripción adquisitiva en el donatario y aquéllas en las que el largo tiempo impida el ejercicio de la acción de reducción. Sin embargo, ninguno de estas excepciones puede ser acogida por los motivos que siguen.

Respecto al primer supuesto, ya se ha indicado que el art. 818 CCE no establece ningún criterio limitativo o distintivo de las donaciones computables (siempre que se entienda rectamente el término “colacionable”). Y donde la ley no distingue, no debemos tampoco distinguir nosotros.

Es cierto que la postura de PUIG PEÑA tiene su ingrediente de sensatez. A fin de cuentas, lo que busca el art. 818 CCE no es otra cosa que proteger la cuota global de legítima, estableciendo la base para su cálculo y para que pueda determinarse la eventual inoficiosidad de las atribuciones (*inter vivos* o *mortis causa*) hechas por el causante. Desde este punto de vista, no es absurdo excluir de computación aquellas donaciones que el causante realizó cuando no tenía legitimarios y, por tanto, cuando no había nacido aún, ni siquiera potencialmente, derecho de legítima alguno que limitara su total facultad dispositiva⁸²⁸.

Sin embargo, y pese al sentido común que rezuma el argumento de PUIG PEÑA, el ordenamiento positivo ha optado por una alternativa diversa: dar facultad al legitimario para agredir, en defensa de su legítima, todas las donaciones hechas por el causante, y de

⁸²⁷ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II*. cit. p. 401

⁸²⁸ No obstante, ya vimos en el capítulo 2 que era ésta precisamnte una de las diferencias que la inoficiosidad tenía con la rescisión. Y también, lo que explicará – como se señalará en el capítulo 4 – que tenga legitimación activa para ejercitar la acción de reducción el legitimario que no existiera en el momento de realizarse la donación.

ahí que se reconozca legitimación para el ejercicio de la acción de reducción al legitimario que no existía en el momento de realizarse la donación⁸²⁹. Y esto porque el momento determinante para establecer quién ostenta la condición de legitimario es el momento de la apertura de la sucesión (pues, *ex art. 657 CCE*, es en este momento cuando nacen todos los derechos de naturaleza sucesoria y, por consiguiente, adquiere el legitimario la condición de tal). Y bastará que exista un legitimario, en el momento de la muerte del causante, para que todas las liberalidades hechas por éste hayan de ser computadas, imputadas y, en caso de que proceda, reducidas (no colacionadas, pues la colación exige como mínimo, la concurrencia de dos legitimarios).

En las restantes excepciones, el criterio utilizado por PUIG PEÑA para excluir de computación y reducción las donaciones reseñadas es el paso del tiempo.

Ahora bien, esta inclusión del factor “tiempo” como criterio delimitador de las donaciones computables implica una relación entre computación y usucapión (o prescripción adquisitiva) que no es clara ni evidente. Y esto porque la computación no prejuzga, ni ataca, ni cuestiona la validez de la donación ni la propiedad del bien objeto de la misma (que, aunque se compute, continúa siendo del donatario). La computación es sólo una operación contable que pretende una agregación mental, por lo que no se entiende cómo se podría oponer la usucapión (por su propia estructura y funcionamiento) bajo la forma de “no computar” aquellas en las que ya haya mediado prescripción adquisitiva⁸³⁰.

En este sentido, la STS 1062/2007 de 18 de octubre (RJ\2007\8625), aunque referida a la colación, recuerda que el

“[I]nstituto de la prescripción, como ha sentado la sentencia de 23 de junio de 1994 (RJ\1994\6498), no puede apoyar el desequilibrio de los herederos forzosos en punto a su derecho legitimario y por ello la colación⁸³¹, en

⁸²⁹ Porque no hubiesen nacido o porque aún no se hubiere constituido el vínculo matrimonial. PUIG PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 135. En contra, PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II*. cit. p. 405. ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y DE CASTRO GARCÍA, Jaime. “Comentario al artículo 636” en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia. Tomo III*. cit. p. 87.

⁸³⁰ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 508, a mayor abundamiento, señala que la prescripción adquisitiva o usucapión ni siquiera podrá oponerse como excepción contra el accionante en reducción.

⁸³¹ Y, podemos decir, la computación, por la similitud que existe entre el funcionamiento de estas dos operaciones en tanto que ambas atienden únicamente al valor del bien (para agregarlo la *relictum* líquido en el caso de la computación; y para imputarlo a lo ya recibido en concepto de legítima por el legitimario

orden al valor de los bienes al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, según el artículo 1045 del Código civil, no atañe a la propiedad en si misma considerada del bien inmueble como conforma dicho precepto en su segundo párrafo” (FJ 3º).

Cabe señalar, finalmente, antes de entrar en la cuestión de la valoración del *donatum*, que de las donaciones del art. 619 CCE (las donaciones remuneratorias, por méritos y modales) sólo se reunirá lo que no quede absorbido por el servicio que se remunera, los méritos que se “preman” o la carga que haya sido impuesta. Lo mismo ocurrirá en el supuesto del *negotium mixtum cum donatione*, del que únicamente se computará, en su caso, la parte de liberalidad o gratuidad⁸³².

Finalmente, ha de abordarse ahora el último de los problemas que relacionan computación y reducción: el de la valoración del *donatum*.

Ya hemos indicado (y argumentado) que deben reunirse todas las donaciones hechas en vida por el causante, cualquiera que sea su destinatario y estén o no sujetas a colación. Ahora bien, en ningún caso se tratará de una agregación física, es decir, de un retorno de los bienes al caudal. Al contrario, lo que el art. 818 CCE establece es que al activo líquido debe agregársele el *valor* de las donaciones realizadas y de ahí la importancia de la operación que ahora se analiza.

En efecto, del valor que se dé a las donaciones realizadas por el causante (y, en última instancia, del criterio que se utilice para valorar) dependerá en gran medida la determinación de la oficiosidad o inoficiosidad de dichas donaciones⁸³³, lo que será fundamental para sentar sobre bases sólidas el ejercicio de la acción.

Precisamente por la importancia de esta valoración el art. 818 CCE, hasta su reforma por el art. 5º de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, incluía un criterio legal de valoración al establecer que al activo líquido habría de agregarse el valor de las donaciones colacionables en el tiempo en que se hubieren hecho. Este mismo

en el caso de la colación), y no al bien en sí mismo, sin que cuestionen su propiedad actual ni comporten una reversión material del bien objeto de la donación. Y a salvo, siempre, las diferencias, delimitaciones y demarcaciones que existen entre ambas operaciones y que se subrayan y evidencian en el último epígrafe de este capítulo.

⁸³² Sobre los tipos de donaciones y su relación con la reducción volveremos en el capítulo 5.

⁸³³ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 69.

criterio se encuentra en el art. 645.III CCE y era el seguido por los antecedentes inmediatos del Código civil. A este respecto puede verse el art. 887 PCC de 1851 y el 803 ACC de 1888. GARCÍA GOYENA⁸³⁴, que es quien introduce este criterio, sostiene que – si bien es cierto que se separa del criterio tradicional seguido por el Derecho romano y los primeros Códigos de nuestro entorno (que optaban por utilizar como criterio único el de valorar a la apertura de la sucesión) – se basa en el hecho de que la donación supone una verdadera enajenación del bien objeto de la misma y que, por consiguiente, concede al donatario la condición de dueño de la cosa, debiendo ahora éste soportar el riesgo de lo que ocurra después de operada la transmisión (reminiscencia de esto resuenan aún en el art. 1045.II CCE).

Tras la reforma, no obstante, dicho criterio ha desaparecido del art. 818 CCE y la norma guarda silencio, como ocurría en el caso del activo bruto, acerca de qué criterio o a qué momento temporal debe referirse la valoración de las donaciones que van a ser computadas.

Ante el silencio de la norma, la doctrina se divide, como ocurría en el caso del activo bruto, en dos posturas claramente diferenciadas (previamente, no obstante, debe señalarse que, en principio, nada obstaría para seguir utilizando el criterio contenido en la norma antes de su reforma y valorar las donaciones con relación al momento en que fueron realizadas):

1. Valorar al momento de la apertura de la sucesión. Es esta, como ocurría en el caso de la valoración del activo bruto, la postura mayoritaria⁸³⁵.

BOSCH CAPDEVILA⁸³⁶ nos dice que esta tesis descansa sobre la ficción de que el bien donado no ha salido del patrimonio del causante y continúa en él. De este modo se tienen en consideración los aumentos o disminuciones de valor que el bien objeto de la donación haya podido experimentar. A la hora de valorar, habrán de deducirse las mejoras útiles costeadas por el donatario y añadir los deterioros

⁸³⁴ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II.* cit. p. 256.

⁸³⁵ Por todos, PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III.* cit. p. 104. También la STS de 19 de julio de 1982 (RJ\1982\4256), Cdo. 2º.

⁸³⁶ BOSCH CAPDEVILA, Esteve. “El cálculo de la legítima de los descendientes en los derechos civiles españoles” en VAQUER ALOY, Antoni. *La libertad de testar y sus límites.* cit. pp. 170-171.

que tengan su origen en la culpa o negligencia de éste. Asimismo, si la cosa se perdió sin culpa del donatario, habrá de dispensarla de computación.

GARCÍA PÉREZ⁸³⁷ defiende esta tesis desde el argumento de que todas las valoraciones contenidas en el art. 818 CCE deben referirse al mismo momento y éste debe ser (en consonancia con la tesis mayoritaria sobre la valoración del activo bruto) el de la apertura de la sucesión, que es, por otro lado, el momento en que van a nacer los derechos legitimarios (y, por consiguiente, la legítima), que la norma pretende proteger.

VALLET⁸³⁸, en consonancia con su tesis de que este artículo persigue una doble finalidad (determinar la posible inoficiosidad de las liberalidades realizadas por el causante y establecer la base de cálculo de la legítima), sostiene que, de cara a la primera, el momento que ha de ser tenido en cuenta es el de la muerte del causante.

Y esto porque, siempre según este autor, el art. 818 CCE tiene como primera finalidad determinar qué liberalidades (institución de heredero, legado o donaciones) son inoficiosas en el momento de morir el causante, que es en el que nacen los derechos sucesorios y legitimarios. Así parece indicarlo, para este autor, la colocación del art. 818 entre el art. 817 (dedicado a la reducción de las disposiciones testamentarias) y los arts. 819 y ss. (dedicados a la imputación y a cómo debe llevarse a cabo la reducción).

Será para calcular la legítima cuando deba tomarse otro criterio temporal pues valorar con referencia a la muerte del causante puede irrogar perjuicios al legitimario.

2. Valorar al momento de realizarse las operaciones particionales. Esta tesis, minoritaria, sostiene, con apoyo en los artículos 1045.I, 818.II y 654.I CCE, que la valoración con referencia al momento de la muerte del causante sólo es posible y viable cuando no son necesarias operaciones particionales. En caso contrario, los bienes objeto de las

⁸³⁷ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 76.

⁸³⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Las legítimas. Tomo I*. cit. pp. 210-211.

donaciones computables habrán de ser valorados al tiempo de realizarse las operaciones particionales, si bien habrá de tenerse en cuenta el estado en que se encontraban cuando fueron donados⁸³⁹.

Es éste, también, el criterio mantenido por la STS 124/2006, de 22 de febrero (RJ\2006\900), en su FJ 3º, cuando dice que la valoración del *donatum* se hará “según el estado físico que mantuviere el bien al tiempo de la donación, pero teniendo en cuenta el correspondiente cuando se evalúen los bienes hereditarios, de manera que con ello se evita la inclusión en la valoración de las mejoras efectuadas por el donatario”⁸⁴⁰.

Como hemos señalado *supra*, al hablar de la valoración del activo bruto y ahondaremos en el capítulo 4, esta última solución nos parece la más acertada, justa y acorde a la mentalidad del legislador, pues es la que menos perjuicios irroga para el legitimario y para el donatario.

En efecto, aun sabiendo que se trata de una cuestión abierta y que toda solución es – si se quiere – provisional y opinable, creemos que esta última es la que mejor se coordina con aquellos supuestos en los que, por ser necesaria la partición, puede pasar un importante lapso de tiempo desde la apertura de la sucesión hasta que el legitimario vea satisfecha su legítima. Habida cuenta de esto, no deben – especialmente en estos supuestos – utilizarse criterios de valoración que, por fijar los valores de manera rígida en un momento muy anterior a la satisfacción de la legítima, pueda acabar irrogando un perjuicio al legitimario.

Se coordina esto con lo dicho *supra* sobre valoración del activo bruto, pues creemos que es principio subyacente – como demostramos en el capítulo 4 – que todas las operaciones de valoración atinentes a la legítima deben referirse, siempre que sea posible, al mismo criterio temporal.

Las operaciones aquí reseñadas, resueltos los problemas planteados, permitirá: fijar las porciones en que (idealmente) se divide la herencia (que pueden ser dos: legítima y libre disposición, si el causante carecía de descendientes; o tres: legítima, mejora y libre disposición, si el causante tiene descendientes a los que mejorar o a los que ha

⁸³⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo V. Derecho de sucesiones*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2016. p. 208.

⁸⁴⁰ También la STS num. 954/2005 de 14 de diciembre (RJ\2006\300), FJ 6º.

mejorado⁸⁴¹), estableciendo la cuota de legítima global a repartir entre los legitimarios (e, indirectamente, la individual que va a corresponder a cada uno).

Asimismo, determinados el montante de la porción de legítima y de libre disposición, se podrá fiscalizar adecuadamente toda la actividad patrimonial lucrativa en sentido amplio del causante, poniendo especial atención a si sus disposiciones lucrativas respetaron o no el límite en que éste podía moverse (arts. 636 y 817 CCE).

De ahí la relación del art. 818 CCE con la reducción de donaciones y de ahí la importancia de las operaciones contenidas en él como operaciones previas a la reducción que se estudia en las páginas que siguen.

III. LA IMPUTACIÓN DE ATRIBUCIONES, *INTER VIVOS O MORTIS CAUSA*, HECHAS POR EL CAUSANTE

La imputación es, dentro del Derecho español común, en palabras de ESPEJO LERDO DE TEJADA, la operación consistente en “asignar las atribuciones realizadas en favor de cada uno de los sucesores, legitimarios y donatarios a alguna de las porciones en la que se divide idealmente la masa de cálculo de la legítima”⁸⁴².

DE LOS MOZOS⁸⁴³, con opinión discutible, sostiene que hay dos tipos de imputación: una estricta, que consiste en imputar a la legítima lo que los legitimarios hayan recibido a título gratuito del causante (*inter vivos* o *mortis causa*), cuya finalidad es salvaguardar para éste la mayor cuota de libertad dispositiva posible; y otra amplia, que engloba cada una de las atribuciones lucrativas realizadas por el causante, con independencia de quién sea su destinatario, y las imputa, según corresponda, a la legítima, la mejora o la parte de libre, y que se dirige a determinar la oficiosidad o inoficiosidad de las mismas. La primera acepción o tipo de imputación será el que se tome principalmente como referencia en las páginas que siguen, sin perjuicio de que deba hacerse mención,

⁸⁴¹ Cabe una tercera opción: que toda la herencia esté constituida por la porción de libre disposición, lo que ocurrirá cuando el causante carezca de legitimarios. Sin embargo, en este caso, no será necesario realizar las operaciones contenidas en el art. 818 CCE.

⁸⁴² ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada*. cit. p. 168.

⁸⁴³ DE LOS MOZOS, José Luis. *La colación*. cit. p. 138.

por la naturaleza de la imputación, también a la segunda acepción cuando proceda⁸⁴⁴. Decimos que es discutible esta opinión porque también puede pensarse – con mejor criterio, a nuestro juicio – que ambas imputaciones se refieren a una única operación, solo que una queda circunscrita a los recibido por los legitimarios.

La *ratio* de esta operación es, para LACRUZ⁸⁴⁵, por un lado, comprobar si las atribuciones lucrativas realizadas (por acto entre vivo o por disposición testamentaria o, en su caso, por contratos *mortis causa*) por el causante a los legitimarios cubren o satisfacen los derechos legitimarios de éstos; y por otro, examinar si lo atribuido a los terceros (entendiendo por tales a los no legitimarios) respeta los límites establecidos por los arts. 636 y 817 CCE.

La imputación de donaciones, por consiguiente, en atención a lo dicho, es un instrumento eficaz para fiscalizar la actividad dispositiva (a título gratuito) del causante; pero va más allá: distribuye dichas liberalidades hechas por el causante de modo que cada una de ellas sea imputada (y, por consiguiente, deba ser pagada o cargada) a una de las porciones en que idealmente se divide la herencia. De este modo, mediante la imputación se evita, primero, que la excesiva generosidad del causante con los terceros sobrepase la parte de libre y acabe minorando la de legítima (y perjudicando a los legitimarios); y segundo, que lo dado por el causante a los legitimarios no recorte o vaya en detrimento de su libertad dispositiva *mortis causa*, sin que haya habido una expresa y clara voluntad del causante en tal sentido⁸⁴⁶.

Luz sobre esta cuestión podría arrojar (quizá) el art. 564 CCI, que regula la imputación en sede de reducción, como una de las cargas con las que debe cumplir el legitimario con carácter previo al ejercicio de la acción. La *ratio* de esta imputación (que

⁸⁴⁴ La jurisprudencia, en ocasiones, ha dado un concepto de imputación aún más restringido, circunscrito a los solos legitimarios y a lo entregado por el causante como “anticipo” de legítima. Como ejemplo, puede verse la STS 29/2008, de 24 de enero (RJ\2008\306), FJ 2º, cuando dice que: “La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como donatario o como legatario”.

⁸⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Dykinson. 2007. p. 369.

⁸⁴⁶ ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. cit. p. 238: “La imputación o computación de donaciones resulta imprescindible, porque si el causante dispuso en vida de algunos de sus bienes a título gratuito y a favor de un extraño, hizo uso anticipadamente de su libertad de disposición, y, de no computar esta enajenación en su parte dispositiva libre, los legitimarios resultarían perjudicados por aquella anticipada merma. Y, viceversa, si el causante hizo donaciones en vida a los legitimarios, o a alguno de ellos, como cumplió anticipadamente su deber de favorecer con sus bienes al pariente o parientes, ya beneficiados por la donación, puede recabar una mayor libertad dispositiva en su testamento [...]”.

es paralela a la del art. 819.1 CCE), no es otra que la de determinar (i) cuánto ha recibido el legitimario a cuenta o para satisfacción de su legítima, (ii) si ha visto o no satisfecha la totalidad de su cuota correspondiente y (iii) en caso negativo, cuál (o cuánto) ha sido el efectivo perjuicio sufrido.

La ubicación sistemática de la imputación en el *Codice civile* refleja la relación que existe entre imputación y reducción. Y es expresión de un principio general que orienta toda la normativa italiana sobre *reintegrazione della quota legittimaria*: el de la proporcionalidad o equilibrio entre la tutela de los intereses de los legitimarios y la seguridad jurídica de los donatarios (o herederos y legatarios), y que se revela en otras normas y disposiciones de la misma Sección, como la obligación de aceptar a beneficio de inventario (art. 564, comma 1, CCI) o la ausencia de efectos retroactivos de la restitución en determinados supuestos (arts. 561 y 563 CCI). Sobre la imputación en el Derecho italiano volveremos a lo largo de este capítulo.

Como ya se ha indicado, objeto de imputación será cualquier atribución gratuita y efectiva de bienes⁸⁴⁷ (*inter vivos* o *mortis causa*) y sus sujetos serán los destinatarios de las referidas atribuciones.

Se advierte de lo dicho que la imputación es, como la computación, una operación previa y decisiva para la reducción (en caso de que ésta sea necesaria). Como se dijo en el epígrafe anterior, dedicado a la computación, no pretenden las páginas que siguen efectuar un análisis monográfico acerca de la operación que ahora se estudia, sino meramente determinar, de modo casi descriptivo, los problemas que dicha operación plantea y que están relacionados o pueden tener incidencia sobre la reducción de donaciones.

1. El régimen legal de imputación o imputación por ministerio de la Ley en el Derecho español

El régimen legal de imputación no se recoge en una única norma, sino que está compuesto por un conjunto diverso de artículos, diseminados por el Código civil español común vigente, entre los que pueden diferenciarse dos grupos: los que establecen las

⁸⁴⁷ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 548.

reglas generales de imputación y los que determinan la imputación de determinadas atribuciones en supuestos concretos⁸⁴⁸.

1.1. Reglas generales de imputación: la imputación de atribuciones hechas a legitimarios y a extraños

Dentro de las reglas generales de imputación se encuentran los arts. 819.I y II, 825 y 828 CCE⁸⁴⁹, que establecen la imputación de las atribuciones hechas a legitimarios y a extraños, haciendo alguna concreción sobre la imputación a mejora. El art. 819.I CCE, dice así:

“Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán a su legítima”.

Se colige de su dicción literal que la donación hecha a un legitimario descendiente, salvo que exista mandato inequívoco de imputación hecho por el donante/causante⁸⁵⁰, se imputará a legítima⁸⁵¹ y, en lo que exceda, a la parte de libre disposición. Y, si aun así, hubiese exceso en lo donado o atribuido, el mismo será (podrá ser) reducido, sin que, en principio (y sin perjuicio de lo que se expondrá *infra*), pueda ser imputado a mejora salvo disposición expresa del causante (art. 825 CCE).

Del mismo art. 819.I se colige que la donación efectuada a un ascendiente, que posteriormente resulte ser legitimario, se imputará primero a su legítima y, en lo que exceda, a la parte de libre disposición. Y esto porque la palabra “hijos” que utiliza dicha norma ha de ser interpretada en el sentido de “legitimario efectivo”, por lo que, si lo son

⁸⁴⁸ Aunque también establece la ley excepciones a la imputación, declarando que ciertos bienes sean entregados a un supérstite concreto, pero sin contársele en su haber (por ejemplo, el art. 1321.I CCE o el art. 822 CCE).

⁸⁴⁹ Que, según GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. 92, “constituyen un régimen que funciona de manera subsidiaria pero que, a la vez, el causante no puede forzar”.

⁸⁵⁰ Que lo dispense de colación, en cuyo caso se imputará a la parte de libre; o que lo impute expresamente a mejora, caso en el que se imputaría a dicho tercio (art. 825 CCE).

⁸⁵¹ Pues “se entiende que es un pago anticipado o a cuenta de la legítima” según VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *Revista de Derecho civil*. Vol. V. Num. IV. 2018. p. 336. CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 547.

los ascendientes, habrán de seguirse las mismas reglas de imputación que se siguen para los descendientes⁸⁵².

En efecto, si el art. 819.I se refiere únicamente a los hijos se debe, primero, a un posible lapsus del legislador; y, segundo, a que éstos serán siempre (que existan) legitimarios efectivos (al igual que el cónyuge viudo), mientras que los ascendientes pueden serlo o no, pudiendo llegar a ser reputados extraños (no legitimarios) en la sucesión, por lo que les sería de aplicación el segundo párrafo del art. 819 CCE⁸⁵³.

En cualquier caso, la ausencia del término ascendiente no obsta para que, de ser éstos legitimarios efectivos, les sean de aplicación las mismas normas de imputación que a los descendientes. Y esto porque, en caso contrario, y habida cuenta de que no existe una norma de imputación análoga al art. 819.I CCE para los ascendientes, se daría la paradoja que a dos grupos de legitimarios directos se les estarían aplicando reglas de imputación distintas no expresamente previstas.

A mayor abundamiento, también es posible aplicar a los ascendientes, cuando sean legitimarios efectivos, el art. 819.I CCE por analogía, toda vez que, en lo que se refiere a la imputación de atribuciones realizadas a los mismos, existe una laguna normativa e identidad de razón (art. 4.1 CCE)⁸⁵⁴.

En el mismo sentido ha de argumentarse, pese a existir doctrina en contra⁸⁵⁵, en el caso de donación realizada al cónyuge.

Norma paralela encontramos en el 2º comma del art. 564 CCI, si bien allí la imputación, en lugar de operación general de cálculo de la legítima a realizar en todo caso, aparece únicamente como carga u operación que ha de llevar a cabo el legitimario

⁸⁵² Por todos, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* cit. p. 958, que achaca la exclusiva mención de los hijos a “un defecto visible de esta parte del 819”.

⁸⁵³ No ha de descartarse el peso de la tradición histórica en un texto como el Código civil español común. En efecto, y como se vio en el capítulo 1, tradicionalmente la condición de legitimario ha recaído exclusivamente sobre los hijos, que eran los únicos que debían imputar la donación recibida del causante a su legítima. Sobre el particular, puede verse NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro.* cit. p. 123.

⁸⁵⁴ Así, VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *RDC.* cit. p. 345.

⁸⁵⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* cit. p. 959. La norma del art. 819.I CCE no podría ser aplicada al cónyuge (i) por estar prohibidas (al tiempo de la redacción del libro citado) las donaciones entre cónyuges (art. 1334 CCE, en su redacción originaria) y (ii) por la excepcionalidad de la forma usufructuaria. Sin embargo, desde la reforma operada en el Código civil en 1981, nada impide las donaciones entre cónyuges (art. 1323 CCE) y es muy posible que un cónyuge done a otro un bien en plena propiedad o en usufructo, imputándolo (o no) a su legítima.

con carácter previo al ejercicio de la acción de reducción. Aunque veremos más adelante que hay doctrina que interpreta la imputación como una operación general de cálculo de la legítima.

No obstante esta diferencia, el régimen jurídico de la imputación va a ser muy similar en un ordenamiento jurídico y en el otro. Y esto, a nuestro juicio, porque responden al mismo principio: ofrecer una imagen fiel (i) de lo recibido efectivamente por el legitimario a cuenta y satisfacción de su legítima y (ii) de la entidad de la eventual lesión sufrida por éste.

Las donaciones hechas a extraños, en el ordenamiento civil común, por su parte, se imputarán, *ex art.* 819.II CCE, a la parte de libre disposición (regla que se vería reforzada, según ALBIEZ DOHRMAN⁸⁵⁶, por el art. 656 CCE, que, además de establecer el orden en que habrán de reducirse las donaciones inoficiosas, impone la imputación al tercio de libre de las donaciones hechas a extraños).

Aparece aquí el problema del término “extraño”, que se opone en el artículo al de legitimario.

Por extraño ha de entenderse a quien no sea un legitimario efectivo o de primer grado en el momento de fallecer el causante⁸⁵⁷. Como legitimarios no hay que considerar únicamente (y de manera automática) a los mencionados en el art. 807 CCE⁸⁵⁸, sino a quienes ostenten esta efectiva condición en la sucesión de que se trate⁸⁵⁹: así, la donación hecha a los ascendientes, existiendo descendientes (que son los legitimarios efectivos), será imputada a la parte de libre disposición; lo mismo que la donación hecha al nieto en vida de sus padres, si la misma no tenía calidad de mejora.

En el último epígrafe de los dedicados a la imputación abordaremos si el legitimario efectivo que repudia o es desheredado puede ser considerado (o no) extraño a efectos de imputación en la sucesión de que se trate.

⁸⁵⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 4993.

⁸⁵⁷ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *RDC.* cit. p. 348.

⁸⁵⁸ Los descendientes (que son legitimarios preferentes); los ascendientes (que serán reputados legitimarios efectivos únicamente en defecto de descendientes); y el cónyuge viudo (que concurrirá siempre como legitimario con descendientes o ascendientes).

⁸⁵⁹ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III.* cit. p. 110.

1.2. La imputación a mejora: el caso controvertido de la mejora tácita

La imputación a mejora de las donaciones hechas por el causante a alguno de sus descendientes se regula en el art. 825 CCE.

“Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de sus hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar”.

La imputación de los legados se encuentra en el art. 828 CCE, que dice:

“La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte de libre”.

Por la naturaleza del objeto de estudio, nos centraremos en el análisis del art. 825 CCE. Dicha norma contiene dos disposiciones: en primer lugar, establece (interpretado *a contrario*) que cuando en la donación hubo clara imputación a mejora, primero habrá de imputarse a ella. El exceso, en principio, se imputará a la legítima estricta si el descendiente mejorado ostenta la condición de legitimario efectivo⁸⁶⁰ y, si aún quedase remanente, a la parte de libre, pudiendo ser reducido si, excediendo aún de esta porción, vulnerase la legítima de algún otro legitimario⁸⁶¹.

En segundo lugar, prohíbe lo que se conoce en la doctrina como “mejora tácita”⁸⁶² en donaciones *inter vivos* y, en base a su letra, puede establecerse que la donación hecha a un descendiente que no tenga carácter expreso de mejora nunca podrá ser atribuida a dicho tercio.

⁸⁶⁰ En el caso de los nietos mejorados en vida de sus padres, no podrá lo que exceda imputarse al tercio de legítima estricta, debiendo ser imputado a la parte de libre disposición y, si fuera en detrimento de la legítima de algún legitimario, podrá ser reducido (con la salvedad del art. 829 CCE, para el caso de la mejora en cosa determinada).

⁸⁶¹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *RDC*. cit. p. 338.

⁸⁶² Por todos, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2*. cit. p. 170.

Ahora bien, pese esta prohibición de la mejora tácita en las donaciones, aceptada por la doctrina mayoritaria, VALLET DE GOYTISOLO⁸⁶³ sostiene una opinión propia, en virtud de la cual el Código civil español común no obliga al donante a usar la palabra “mejora” para que la donación pueda ser imputada a dicho tercio, sino que establece que la voluntad de mejorar ha de ser colegida de los actos de quien donó⁸⁶⁴.

VALLET parte de la diferencia entre mejora expresa, tácita y presunta. La expresa sería aquella común y ordinaria, ordenada por el testador o donante, mediante el uso de la palabra mejora o del verbo mejorar (en cualquiera de sus formas). La tácita sería aquella que puede deducirse de la voluntad del causante/donante, aunque éste no haya usado la palabra mejora o no haya hecho referencia alguna al término mejorar. La presunta sería aquella que ha de inferirse de los comportamientos o manifestaciones del donante/causante, que indiquen que, sin que éste se haya propuesto directamente mejorar, al final existe dicha mejora.

Hecha esta diferencia, sostiene VALLET que lo presunto no coincide con lo tácito y que el Código civil español común, en su art. 825, prohíbe la mejora presunta, aquella que debe deducirse de comportamientos del causante, al margen de su voluntad; pero admite tanto la expresa como la tácita, pues ambas descansan sobre la voluntad del donante/causante, único que puede mejorar.

En realidad, la base del argumento que niega toda posibilidad a la mejora tácita en donaciones *inter vivos* (identificándola con la presunta), y que obliga al donante/causante a utilizar palabras determinadas, adolece de un cierto ritualismo: parece que es el término o la palabra y no la voluntad la que obra la mejora, rozándose aquí un formalismo (casi sacramental) que no es compatible con el principio espiritualista que informa el Código civil⁸⁶⁵ y que choca con las normas de interpretación tanto del testamento (arts. 675.I, 769

⁸⁶³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudio sobre Donaciones*. cit. pp. 537 y ss. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios de Derecho sucesorio. Vol. II*. Madrid: Montecorvo. 1989. pp. 115 y ss.

⁸⁶⁴ Éste fue el criterio seguido, dentro de la tradición jurídica castellana, por la Ley 26 de Toro, cuando dice que: “Si el padre o la madre en testamento o en otra qualquier ultima voluntad, o por otro algún contrato entre vivos fizieren alguna donacion a alguno de sus hijos o descendientes, aunque no digan que lo mejoren en el tercio o en el quinto, entiendese que lo mejorarán en el tercio y quinto de sus bienes”. Tomamos la redacción de NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. cit. p. 108.

⁸⁶⁵ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tomo I*. cit. p. 40.

a 771, 864, 867 y normas concordantes CCE), como de los contratos (arts. 1281-1289 CCE), aunque de manera más acusada en los primeros, dada su naturaleza unilateral.

En efecto, si se atiende a las normas de interpretación del negocio jurídico (arts. 1281 y ss. CCE) se verá que nada obsta para buscar la voluntad de mejorar del donante, aunque no haya usado expresamente el término mejora.

Si se acoge la tesis de VALLET, que nos parece sólida y bien fundamentada, pueden colegirse dos conclusiones:

La primera, que las normas de imputación de donaciones sufrirán una reinterpretación a la luz de la posibilidad de la mejora tácita (habida cuenta de que, en principio y según VALLET, el art. 825 CCE únicamente prohíbe la presunta). Así, lo donado al legitimario descendiente se imputará, primero, a mejora; después, a libre y podrá imputarse a legítima antes de ser reducido.

La segunda, que la prohibición del art. 825 CCE queda concernida a cuando quede clara y manifiesta la falta de voluntad de mejorar o cuando la misma no pueda deducirse de manera razonable.

PUIG BRUTAU⁸⁶⁶, acogiendo la postura de VALLET, la lleva más allá y, aplicándola a determinados supuestos, concluye lo siguiente:

- Donaciones dispensadas de colación. Para el caso de donaciones hechas por los padres a sus hijos (legitimarios efectivos) con dispensa de colación, PUIG BRUTAU sostiene las siguientes reglas de imputación: no podrá ser imputada a legítima, pues así lo ha dispuesto el donante al dispensarla de colación; por ello, habrá de ser imputada (por analogía con el art. 828 CCE), primero, a la parte de libre disposición y, en lo que exceda, a la mejora, pues es claro que el padre que dona a un hijo dispensándolo de colacionar quiere, primero, beneficiarlo y, después, desigualarlo.

En efecto, para PUIG BRUTAU, la voluntad de excluir de colación una donación dispuesta en favor de un legitimario efectivo es una forma (tácita) de manifestar su voluntad de mejorarlo en relación con los otros legitimarios.

⁸⁶⁶ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III.* cit. p. 42 y ss.

Es ésta una opinión discutible. En efecto, no puede deducirse del mero hecho de la dispensa de colación que el donante quiera mejorar al hijo donatario. Quizá quiera, meramente, recortar la parte de libre disposición, dejando intacta la legítima y el tercio de mejora, para usar de ellas en el testamento. Por tanto, estaríamos aquí más cerca de la mejora presunta que de la mejora tácita. Distinto sería que, además de la dispensa, existieran otras manifestaciones de voluntad u otros comportamientos que permitieran deducir la efectiva intención del donante de mejorar al legitimario donatario.

De otro lado, puede criticarse a esta postura la aplicación analógica del art. 828 CCE, toda vez que la analogía requiere la existencia de laguna normativa y de identidad de razón (art. 4.1 CCE), dos requisitos que no se dan en este caso, pues hay norma que establece el criterio de imputación que ha de seguirse con las donaciones hechas a legitimarios (sean con o sin dispensa de colacionar) y, por otro, el art. 828 CCE se refiere únicamente a disposiciones *mortis causa*.

- Donaciones hechas a los nietos en vida de sus padres. Sostiene PUIG BRUTAU que en caso de que los donatarios sean descendientes del causante, pero no legitimarios efectivos, es “indudable” que el mero hecho de realizar la donación supone la voluntad de mejorar a unos descendientes respecto de otros. Es por esto por lo que la donación habrá de imputarse (de nuevo, por aplicación analógica de las reglas contenidas en el art. 828 CCE), en primer lugar, al tercio de libre disposición y, en lo que exceda, a la mejora (y, si aún así hubiera exceso, el mismo ya podría ser reducido, por no caber en este caso la imputación en la legítima estricta).

Los autores más críticos con la tesis de VALLET/PUIG son LACRUZ/SANCHO⁸⁶⁷, quienes están en contra de esta admisibilidad de la mejora tácita/presunta en las donaciones *inter vivos*.

Sostienen estos autores que la teoría de VALLET es directamente contraria a la letra de la norma. En efecto, la existencia en el Código civil español común de los arts. 825 y

⁸⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 451 y ss.

828, que regulan supuestos distintos y establecen criterios diferentes para cada uno, demuestra que el legislador ha querido dar un tratamiento distinto a las donaciones *inter vivos* y a los legados, prohibiendo en el primer caso la imputación a mejora, sin la voluntad expresa o tácita del donante, y ordenándolo en el segundo, aun sin tal voluntad.

La jurisprudencia, por su parte, respecto a la mejora tácita, se ha mantenido constante en señalar que, si bien no hace falta utilizar la palabra o expresión “mejora”, sí que es necesario que pueda deducirse la voluntad inequívoca de mejorar, que, además, no puede deducirse del hecho mismo de la donación, sino que son necesarios otros indicios⁸⁶⁸.

Así, puede citarse la sentencia del Pleno de la Sala Primera num. 536/2013 de 29 de julio (RJ\2013\6395), cuyo FJ 3º se expresa del siguiente modo:

“La calificación como mejora de la donación efectuada no puede quedar prejuzgada con base a una mera interpretación literalista del art. 825 del Código civil, referida a si expresamente en el otorgamiento se configuró su carácter con el empleo del verbo *mejorar* o el sustantivo de *mejora*. Por el contrario, fuera de este rango sacramental, la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad que debe ser entendido conforme a los siguientes criterios”.

Y cita como criterios: primero, la preponderancia de la voluntad del testador, que puede ser colegido por hechos determinantes que vayan más allá de la mera donación; y segundo, la prohibición de la “mejora presunta” contenida en el art. 825 CCE, que hace que la voluntad de mejorar deba derivarse de hechos concluyentes⁸⁶⁹.

Es importante señalar, para el tema que nos ocupa, que no es ésta una cuestión menor o baladí, pues, como bien recuerda la STS 375/2019 de 27 de junio (RJ\2019\2689)⁸⁷⁰ en su FJ 3º, sólo será susceptible de reducción, en el caso de donación hecha a favor o en

⁸⁶⁸ STS 502/2006, de 29 de mayo (RJ\2006\3343): “Por ello, considerar que la donante mejoró a su hija por el hecho exclusivo de la donación no es admisible de acuerdo con el citado precepto, que exige no sólo la voluntad de donar en el donante sino algo más, y es la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora. En este caso falta por completo cualquier manifestación de esta última voluntad” (FJ 1º).

⁸⁶⁹ En este sentido, también, hay algún exponente en la llamada jurisprudencia menor. Como ejemplo puede citarse la SAP de Las Palmas de 5 de febrero de 2007 (AC\2007\868) FJ 1º: “lo que exige la norma es que sea clara la voluntad del testador, no necesariamente que emplee la palabra ritual o sacramental de que la atribución es mejora”. Y la SAP de Valladolid de 12 de noviembre de 2012 (AC\2013\122). FJ 2º.

⁸⁷⁰ También la STS num. 502/2006 de 29 de mayo (RJ\2006\3343), FJ 1º.

beneficio de un legitimario, la parte que no se impute a su legítima o a su mejora y que sobrepase del tercio de libre disposición del que aún podía disponer el causante⁸⁷¹.

1.3. Reglas especiales de imputación en supuestos determinados

Junto a las reglas generales de imputación existen otras, que podrían denominarse especiales, en la medida en que establecen la imputación que debe darse a determinadas atribuciones en supuestos concretos. Estas reglas son las siguientes:

1. Imputación de lo recibido a cambio de la transacción o renuncia a la legítima futura. El art. 816 CCE establece lo siguiente: “Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muerta aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiese recibido por la renuncia o transacción”.

Ya se ha aludido *supra* a la disputa existente en torno a si la primera parte del artículo 816 CCE invalida la posterior. Es decir, si la declaración de nulidad que, para el pacto sobre la herencia futura, establece el art. 816 CCE hace que lo recibido a cambio de dicha transacción o renuncia deba volver al caudal relicto, sin contarse en el haber del legitimario renunciante, y reputándose el bien como nunca salido del patrimonio del causante.

En realidad, ambas partes del artículo se coordinan perfectamente. Así, si nos atenemos a lo dicho en el art. 6.3 CCE, los actos o negocios contrarios a normas prohibitivas o imperativas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de su contravención. Estamos aquí ante uno de esos casos: el negocio sobre la legítima futura es nulo de pleno derecho pues, en efecto, es

⁸⁷¹ “Debemos partir de que en el caso las donaciones litigiosas no tienen el carácter de mejora, como dice la sentencia recurrida, porque la mejora mediante donación (como dice el art. 825 del Código civil, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 también del Código civil) siempre debe ser expresa, lo que en el caso no se da. El orden de imputación de las donaciones a los hijos, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 819 CC es, primero a su legítima y, en los que exceda de su cuota legitimaria, como dice la sentencia 502/2006, de 29 de mayo, los legitimarios deben ser tratados como extraños, es decir, que el exceso ha de imputarse a la parte de libre disposición, y *es el exceso sobre esta parte el que será objeto de reducción*”. [subrayado propio].

contrario a la norma que prohíbe realizar pactos sobre la herencia futura (art. 1271. II CCE). Sin embargo, la consecuencia jurídica de dicha nulidad no será la vuelta de los bienes objeto de la transacción al patrimonio del causante, sino la imputación (y aquí ya entramos en el tema que nos ocupa) a la legítima del legitimario renunciante de lo recibido a cambio de la transacción o renuncia.

Estamos aquí, por consiguiente, ante una norma de imputación⁸⁷² que va a tratar lo recibido por el legitimario a cambio de la transacción o renuncia a la legítima futura como si de una donación (sin dispensa de colación) se tratara.

En realidad, lo que hace esta norma es señalar la que, por otro lado, es la consecuencia jurídica que se deduce de la nulidad del negocio sobre la herencia futura.

Así, si dicho negocio fuera válido (esto es, si no existiera norma que prohibiera el pacto sucesorio que tuviera por objeto los derechos legitimarios futuros), lo recibido a cambio de la transacción o renuncia se habría dado (por el causante al legitimario) a título oneroso y, por no ser donación, estaría exento de imputación, computación, colación y reducción.

Sin embargo, al decretarse la nulidad de dicho pacto (esto es, su desaparición, más aún, su falta de existencia a todos los efectos del mundo jurídico), lo recibido a cambio de la transacción o renuncia pierde su carácter oneroso (pues, si el legitimario, como dice el art. 816 CCE, puede exigir la legítima pese a haber renunciado anticipadamente a la misma, lo recibido se recibió a cambio de “nada”) y ha de ser reputada como una entrega *inter vivos* a título gratuito y, por tanto, sometida a todas las normas que, dentro del Derecho de sucesiones, afectan a las donaciones.

Y, si así se trata, en realidad, a efectos del ordenamiento sucesorio, se está ante un acto/negocio asimilable a las liberalidades *inter vivos* (a efectos de computación, imputación, colación y reducción) realizado por el causante a un legitimario y sin dispensa de colación que, en

⁸⁷² Así lo entiende, entre otros, DE LOS MOZOS, José Luis. *La colación*. cit. p. 140.

atención a la norma del art. 819.I CCE (que el art. 816 CCE refuerza y reafirma para un caso concreto, especialmente complejo) debe ser imputada a la legítima.

2. Imputación de atribuciones en caso de sucesión por derecho de representación. El art. 1038 CCE que, aunque situado en sede de colación, contiene, también, reglas de imputación, pues establece, en sus dos párrafos, una regla de imputación referida a dos atribuciones distintas.

Su presencia como norma de imputación no es casual, pues viene a señalar la vigencia de las reglas generales en un supuesto en el que, en aplicación de la sana lógica, las mismas no habrían de aplicarse.

Así, el supuesto de hecho del art. 1038 CCE es la imposibilidad (por premuerte, desheredación...) de un legitimario donatario de suceder a su causante, debiendo ser representado por sus descendientes.

En este supuesto, habida cuenta de que el legitimario que no llega a suceder a su causante ha de ser reputado como un extraño en la sucesión de que se trate, regiría la aplicación del segundo párrafo del art. 819 CCE y, por tanto, lo recibido por este en vida del causante habría de imputarse a la parte de libre disposición.

Sin embargo, el art. 1038 CCE corrige, para los supuestos de representación, este razonamiento en sus dos párrafos y, en última instancia, y como se explicará más adelante, ordena imputar a legítima lo recibido en vida por el legitimario que, con posterioridad, no llega, por el motivo que sea, a ser sucesor *mortis causa*.

Así, el primer párrafo de dicho artículo dice así: “Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado”.

En estos casos, como señala la norma, dicha liberalidad debe ser imputada (salvo que estuviera dispensada de colación) a la legítima del representado y, por consiguiente, minorará la *portio* que van a recibir los representantes, aun cuando éstos no recibieran efectivamente el bien objeto de la liberalidad.

Dicho con otras palabras, el primer párrafo del art. 1038 CCE ordena no alterar las reglas generales de imputación para los casos en los que el directamente beneficiado en vida del causante no llegue, por la razón que sea, a sucederle efectivamente y deban ser sus descendientes quienes le representen en la herencia del *de cuius*.

Asentada esta primera regla, el art. 1038 CC la completa en su segundo párrafo cuando dice que: “También colacionarán [los nietos] lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos”.

Este segundo párrafo, *prima facie*, complementa la regla de atribución anterior al establecer que los nietos que representen al padre en la herencia del abuelo, además de imputar a la legítima del representado (y, por consiguiente, a la cuota que les corresponde) lo que éste hubiera recibido del causante, habrán de imputar también a la misma cuota lo que ellos mismos hayan recibido de éste a título gratuito.

Los nietos habrán de imputar lo recibido por ellos del causante a la legítima del padre (representado) pues ellos no son legitimarios efectivos del abuelo y, por consiguiente, no pueden imputar a *su* legítima lo que el abuelo les dio.

Más enigmática es la segunda parte del párrafo comentado, en la medida en que establece que esta regla de imputación no se seguirá si “el testador hubiese dispuesto lo contrario”.

Una interpretación posible es entender que la norma, más que a la dispensa, se refiere a una clara imputación a mejora de la donación hecha a los nietos, lo que cabe en todo momento, habida cuenta de su carácter de descendientes.

En cualquier caso, se entiende que lo que el art. 1038 CCE está haciendo es reforzar, en los casos de sucesión por derecho de representación, la regla general contenida en el art. 819.I CCE y que establece que, salvo disposición en contra del causante, lo recibido de éste en vida por los legitimarios (o por quienes lo representen) habrá

de imputarse a la cuota de legítima que corresponda a dichos legitimarios (o a sus representantes).

3. Los gastos del art. 1042 CCE. En principio, si nos atenemos a los actos/negocios que se ven afectados por las reglas de imputación (que son, básicamente, las liberalidades del causante y, más concretamente, sobre todo legados y donaciones) los gastos contenidos en el art. 1042 CCE no habrían de imputarse. Y esto porque, en la medida en que se realizan en cumplimiento de estrictos deberes jurídicos, no constituyen verdaderas liberalidades y, por consiguiente, no habrían de ser imputados.

Ahora bien, el causante/testador puede ordenar, dice el artículo en cuestión, que dichos gastos sean traídos a colación. Si esto sucede, incluso aunque se lleve a cabo la deducción a que ordena el art. 1042 CCE *in fine*, dichos gastos han de ser imputados a legítima, como si se trataran de donaciones hechas a un legitimario sin dispensa de colación (art. 819.I CCE). Mediante esta declaración, el causante testador manifiesta que lo por él entregado ha tenido causa gratuita, es decir, que ha sido mera liberalidad y no cumplimiento de un deber jurídico⁸⁷³.

De igual modo habría de procederse si dichos gastos, por ser excesivos, conculcasen la legítima de algún otro legitimario.

Nos encontramos así con que estos gastos serían donación si lo dice el causante o si perjudican legítima (y, por tanto, imputables a legítimas de quienes recibieron la carrera profesional o artística) y “no donación” si no lo dice o si no hay perjuicio para la legítima (y caerían fuera de la imputación, la computación, la colación y, en lo que a nosotros nos afecta más directamente, la reducción).

4. La donación o legado del art. 822 CCE. TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO⁸⁷⁴ entienden que el art. 822 CCE impide

⁸⁷³ Puede ocurrir, por ejemplo, que el hijo haya tenido una mala aplicación en los estudios o que los gastos hayan sido excesivos en el tiempo, quedando siempre a éste la posibilidad de otorgar prueba en contrario y de probar de que, actuando así, su padre perjudica su legítima.

⁸⁷⁴ TORRES GARCÍA, Teodora F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “La legítima en el Código Civil (I)” en TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.). *Tratado de legítimas*. cit. p. 44.

que la donación o legado que en él se contiene sea imputada a legítima. *A contrario*, parecen señalar que hay que imputarla a otro lugar: la libre. Sin embargo, al excluirlas de computación, en realidad, lo que se está diciendo es que no estamos ante una verdadera donación a la que deban serle de aplicación las instituciones de computación, imputación, colación o reducción. Por lo que puede entenderse que no habrían de ser imputadas.

Y esto por el *telos* o finalidad a que atiende la norma, que no es establecer el destino final de un bien concreto, sino proteger a una persona con características determinadas (las del art. 2.2 LPPD)⁸⁷⁵.

En realidad, estamos aquí ante una institución de carácter tuitivo⁸⁷⁶ que, aunque adopte la forma de donación o legado, no participa de las características de la verdadera liberalidad (arts. 618, 619 y 858 CCE), sino que se asemeja más a los gastos de los arts. 1041 y 1042 CCE, que realizan los padres en cumplimiento de las obligaciones que tienen para con sus hijos como consecuencia de las relaciones de generación y filiación.

Y perdería este carácter tuitivo si hubiera de tratarse como cualquier otra donación hecha a cualquier persona (incluido un legitimario) que no se encontrara en la situación especial que se encuentra el destinatario de la donación/legado del art. 822 CCE.

De ahí que el legislador decida excluir de computación esta donación/legado y, así, la excluye también de computación, colación y reducción, por no tratarse de una verdadera liberalidad.

2. La imputación de atribuciones hecha por la voluntad del donante/causante y los problemas de su revocación o modificación

El causante, como donante o como testador, puede imputar las atribuciones que realice, aunque dentro de ciertos límites legales (no puede, por ejemplo, imputar a

⁸⁷⁵ BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. p. 371.

⁸⁷⁶ BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio. “Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español” en *ADC*. cit. p. 343.

legítima la donación hecha a un extraño), a la porción de herencia que tenga por conveniente.

En efecto, a través de la dispensa de colación (art. 1036 CCE), el donante/testador puede alterar la regla del art. 819.I CCE (que ordena imputar a legítima las donaciones hechas a legitimarios) e imputar a la mejora (si procede) o a la libre disposición las liberalidades que haga a sus legitimarios⁸⁷⁷.

Asimismo, el donante/testador puede ordenar, bien en el acto de la donación, bien en el testamento, bien en los contratos sucesorios admitidos en Derecho común (arts. 826, 827, 1341.II CCE, por ejemplo) que la donación o legado de que se trate se imputen a legítima, mejora (si procede) o libre disposición.

Ahora bien, característica de esta orden de imputación del donante/causante es que la misma tiene carácter revocable, dando lugar a la cuestión, por un lado, de cómo afectará la revocación al cuadro de normas reguladoras de la imputación; y, por otro, si la facultad de revocación de la orden de imputación se ve limitada o matizada por el principio de irrevocabilidad de las donaciones.

Respecto a la primera cuestión, debe señalarse que la revocación de la orden de imputación dada por el donante/causante no afectará a las reglas generales de imputación, que se aplicarán (siempre) en defecto de voluntad del *de cuius* o como límite de las facultades de éste.

Mayores problemas plantea la segunda cuestión: si la facultad de modificar la orden de imputación dada por el donante/causante se ve limitada por el principio de irrevocabilidad de las donaciones⁸⁷⁸.

GARCÍA PÉREZ⁸⁷⁹, señala que, para resolver este problema, debe diferenciarse entre la revocación de la atribución patrimonial en que la donación consiste, por un lado; y la revocación de la orden de imputación, por otro, que no tiene por qué afectar (ni, como veremos, afectará) a la atribución patrimonial propiamente dicha. Señalada esta

⁸⁷⁷ Dispensa que, en atención a lo dispuesto en la STS 355/2011 de 19 de mayo (RJ\2011\3979) “ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato de donación o posteriormente, en otro acto *inter vivos* o en el propio testamento” (FJ 5º).

⁸⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tomo 2. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento si causa. Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Tecnos. 2018. p. 74.

⁸⁷⁹ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 102.

diferencia, GARCÍA PÉREZ concluye que el principio de irrevocabilidad afecta únicamente a la atribución patrimonial y no a la orden de imputación⁸⁸⁰.

Así, el donante/testador puede ordenar, como tenga por conveniente, y siempre dentro de los límites imperativos impuestos por el régimen legal ya desglosado, la imputación de las liberalidades que realice a cualquiera de las porciones en que se divide idealmente la herencia⁸⁸¹ y, también, puede modificar dicha imputación. Y esto porque la modificación de la imputación dada a las atribuciones realizadas se encuadra dentro del más amplio marco de facultades para ordenar la propia sucesión que se reconocen al causante.

Una especial duda se plantea, sin embargo, cuando la modificación de la orden de imputación puede traer aparejada como consecuencia la (eventual) reducción de la donación cuya imputación se modifica⁸⁸².

GARCÍA PÉREZ⁸⁸³ entiende, como ya se ha dejado entrever, que la modificación de la orden de imputación no puede quedar limitada por el hecho de que dicho cambio pueda conllevar una eventual reducción de la donación en cuestión. Y esto porque mantener que la revocación (o modificación) de la orden de imputación únicamente puede hacerse cuando la misma no pueda producir la reducción de la donación supone dar entrada a un

⁸⁸⁰ *Ibidem*, p. 102.

⁸⁸¹ Entendida como la suma de caudal relicto, donaciones y deudas.

⁸⁸² GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 104. Contiene el siguiente ejemplo:

“El causante realizó en vida una primera donación en favor de un extraño por valor de 25; en segundo lugar, donó a su hijo primogénito por valor de 20, ordenando su imputación en el tercio de mejora y, finalmente, realizada otra donación de 30 en favor de su nieto, revocando el carácter de mejora de la donación realizada en favor del hijo, y ordenando que esta última donación en favor del nieto se impute a mejora. Fallece dejando 3 hijos y un caudal relicto de 15, después de reducir deudas. La masa de cálculo de la legítima asciende a 90, importando la legítima estricta de cada hijo 10”.

Y sostiene que en este caso la imputación podría llevarse a cabo de dos formas:

Una primera, en función de la cual, respetándose lo dispuesto por el causante, la donación del nieto abarcaría la totalidad del tercio de mejora y la hecha al primer hijo, por consiguiente, habría de ser reducida (su legítima estricta son 10 y a él se le dio 20. De los 10 restantes, que no se imputan a legítima, 5 pueden imputarse a la libre y otros 5 habrían de ser reducidos para cubrir las legítimas de sus hermanos). Esta interpretación iría contra el principio de irrevocabilidad de las donaciones ya que, indirectamente, el donante, con el cambio de imputación, está (impropiamente e indirectamente) revocando la donación que le hizo a su hijo.

Una segunda, que (*prima facie*) respetaría el principio de irrevocabilidad de las donaciones sería entender que el cambio de imputación en ningún caso podría afectar al mantenimiento íntegro de la donación, lo que obligaría a reducir la donación del nieto antes que la del hijo.

⁸⁸³ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 107.

tipo de imputación irrevocable que podría llegar a producir beneficios no queridos por el causante.

En efecto, lo que el Código civil de 1889 establece como irrevocable es la donación en sí, entendida como atribución patrimonial, que no puede quedar afectada directamente por la modificación de la imputación (el donante puede, por ejemplo, establecer que se impute a legítima lo que antes se imputó a la libre, pero no puede, sin causa tasada⁸⁸⁴, exigir que el donatario le devuelva los bienes que fueron objeto de la donación para donárselo a otro). Y esto porque la orden de imputación (y su posterior modificación) no tiene ninguna repercusión sobre el bien donado (ni sobre el negocio jurídico donación), sino que únicamente va a producir efectos de carácter sucesorio.

Así, la orden de imputación, en realidad, para esta autora, se incardina dentro del conjunto de facultades que tiene el causante para ordenar la propia sucesión y para establecer el reparto del caudal relicto entre sus sucesores (facultades de la que es una manifestación el art. 1056.I CCE). Estas facultades son de carácter organizativo y, por tanto, no afectan al contenido mismo de la donación (que es la disposición gratuita del bien en favor del otro, que la acepta). El negocio jurídico donación continúa, pese a las modificaciones que se pueda producir en la orden de imputación, siendo irrevocable.

A mayor abundamiento, nótese que la donación nunca será reducida por voluntad directa del causante (como consecuencia del cambio de la orden de imputación), sino que siempre lo será por perjudicar a la legítima⁸⁸⁵.

Puede concluirse a este respecto, por tanto, que la revocación o modificación de la orden de imputación afectará únicamente a la porción de la herencia a la que se impute la atribución de que se trate, pero en ningún caso a la atribución propiamente dicha. Así, el donante/testador podrá revocar o modificar en todo momento la orden de imputar (por ejemplo, a mejora) una atribución patrimonial concreta, pues su libertad no se ve limitada por el hecho de que la donación pueda venir reducida en el futuro. En efecto, lo que protege la regla de irrevocabilidad de las donaciones es la atribución patrimonial y no la imputación que se haga de la misma.

⁸⁸⁴ Las causas de revocación de donaciones las encontramos en los arts. 644 y ss. CCE.

⁸⁸⁵ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 110-111.

3. La imputación de las atribuciones hechas al legitimario premuerto, repudiante o desheredado

La donación o atribución hecha al legitimario premuerto, cualquiera que fuese la imputación que el donante hubiera dado a la misma, se imputará, según la totalidad de la doctrina⁸⁸⁶, al tercio de libre disposición, a salvo siempre lo dispuesto en el art. 1038 CC, ya comentado, para los casos de sucesión por derecho de representación.

Mayores problemas y controversias plantea en la doctrina la imputación de la donación hecha al legitimario repudiante, indigno o desheredado. En este caso, la doctrina mayoritaria⁸⁸⁷ defiende que la donación deje de imputarse a legítima y pase a imputarse al tercio de libre disposición, pues, en la medida en que el legitimario es desheredado, indigno o repudia, pasa a ser considerado un extraño⁸⁸⁸ en la sucesión de su causante⁸⁸⁹.

Se basa la doctrina en que el legitimario repudiante, desheredado o indigno debe ser reputado como un extraño en la sucesión, pues precisamente lo que hacen la repudiación y la desheredación es evitar (por decisión del propio legitimario, en el primer caso, y del testador, en el segundo) que el legitimario adquiera, como tal, la cuota de legítima⁸⁹⁰.

En efecto, no tendría sentido, especialmente en el caso de la desheredación, que el testador privara de la legítima al legitimario y que éste continuara imputando a legítima la atribución patrimonial recibida de aquél. Perdería la desheredación en este caso todo

⁸⁸⁶ Por todos, ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto. Derecho de sucesiones I*. cit. p. 133.

⁸⁸⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2*. cit. p. 961. DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Derecho civil español común. Volumen II*. cit. p. 338. Nota 1, lo expresa gráficamente al decir: “Si por cualquier razón legal ha dejado de ser [el donatario] heredero forzoso, la donación habrá de imputarse a la parte de libre disposición”.

En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia. Como ejemplo, puede citarse la STS de 20 de junio de 1986 (RJ\1986\4558), cuyo FD 9º sostiene que el acto de “repudiar” no afecta a la naturaleza, perfección ni consumación de las donaciones, que quedaron cerradas en su momento, pero sí a su imputación, debiendo quedar reducidas si exceden de la parte de libre.

⁸⁸⁸ Entendiéndose por tal, un “no legitimario”.

⁸⁸⁹ Pues resulta evidente, al menos para el repudiante, según la STS de 20 de junio de 1986 (RJ\1986\4558), FJ 9º que la repudiación a la herencia no afecta ni alcanza a las donaciones que el repudiante hubiera recibido en vida del causante, “pues aquellos negocios jurídicos quedaron perfeccionados en su momento con la aceptación de los donatarios (artículo seiscientos veintitrés) y consecuentemente sólo están relacionados e influenciados en orden a su detracción por la apertura del *ius delationis* de la herencia, en tanto cuanto fueran inoficiosas”.

⁸⁹⁰ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *RDC*. cit. p. 342, plantea una excepción a esta regla: el supuesto en el que el legitimario haya sido instituido heredero y legatario. En este caso, el art. 890.2º le permite repudiar la herencia y aceptar el legado, caso en el que seguiría teniendo la condición de legitimario, pese a haber repudiado la herencia.

sentido como sanción privada. Asimismo, tampoco puede defenderse que la desheredación valga para lo que habría de recibirse por testamento en concepto de legítima, pero no para lo que se recibió por donación en concepto de tal. Y esto porque, como señala buena parte de la doctrina, la desheredación no puede ser parcial⁸⁹¹ (y, por otro lado, siguiendo esta interpretación, perdería la desheredación toda fuerza si el legitimario ya hubiera sido completamente satisfecho en vida).

Sin embargo, esta imputación sistemática a la parte de libre de la donación hecha al legitimario repudiante, indigno o desheredado reduce y recorta (a veces, sustancialmente) el tercio de libre, las más de las veces (principalmente, en caso de repudiación) en contra de lo creído por el causante, que pensaba (y quería) estar agotando la legítima. Esta modificación en la imputación de la donación hecha al repudiante, indigno o desheredado va a repercutir, por consiguiente, negativamente en la parte de libre disposición, pudiendo llegar incluso a anular las restantes disposiciones que el donante/testador hubiese hecho con cargo a dicha parte disponible.

En efecto, la imputación a la parte de libre disposición de la donación hecha al repudiante, indigno o desheredado (y que previamente se había imputado a legítima) va a producir un doble perjuicio: primero, para el causante, que ve recortada su libertad dispositiva (en parte, como en el caso de la repudiación, por una decisión unilateral del legitimario); y segundo, para los terceros destinatarios de las liberalidades realizadas con cargo a la parte de libre disposición, que ahora pueden quedar sin efecto como consecuencia de la repudiación o la desheredación llevada a cabo por una tercera persona.

Para corregir o subsanar estos perjuicios, la doctrina ha generado dos posibles alternativas o modos de proceder:

1. Que la reducción se inicie por la atribución hecha al legitimario repudiante, indigno o desheredado. GARCÍA PÉREZ⁸⁹², sin cuestionar la imputación a la parte de libre disposición que ha de hacerse de la donación hecha al legitimario repudiante, indigno o

⁸⁹¹ Por todos, ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. cit. p. 253. Pues no se puede fragmentar ni atenuar la sanción/pena en que la desheredación consiste. Aunque hay opiniones contrarias sobre la base de que quien puede lo más (que es privar de toda la legítima), puede lo menos (privar de una parte de ella).

⁸⁹² GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 213.

desheredado, sí que advierte del peligro que la misma encierra y que hemos indicado.

Para evitarlo, esta autora defiende que la reducción de donaciones, en caso de que deba llegar a producirse, siga un orden distinto al señalado por el art. 656 CCE (e, incluso, por el art. 820 CCE). Así, en caso de que exista un legitimario donatario que haya repudiado la herencia o haya sido desheredado por el causante, se reducirán las donaciones empezando por la suya y no por la más antigua. No es sino una extrapolación al ordenamiento español de la solución contenida en el art. 552 CCI.

Es cierto, como señala GARCÍA PÉREZ⁸⁹³, que esta opción permite salvaguardar algunos principios fundamentales: el respeto a la voluntad del causante (que al donar pensaba estar agotando la legítima y no la libre disposición), el principio de que repudiante y desheredado deben ser reputados como extraños en la sucesión y el de que lo que reciban debe ser imputado a la parte de libre disposición. Además, se consigue que los terceros beneficiarios de la disponible no sufran perjuicio como consecuencia de la conducta de los legitimarios. Ahora bien, carece esta propuesta de todo apoyo legal.

2. Que el legitimario repudiante, indigno o desheredado retenga lo recibido en concepto de legítima. PUIG BRUTAU⁸⁹⁴ sostiene que la legítima es siempre una cuota, una *pars*⁸⁹⁵ *debita* que el legitimario tiene derecho a recibir del causante. Y esto aunque repudie o sea desheredado. Por ello, es compatible la repudiación y la desheredación con la conservación (la retención) de las donaciones que se imputaron a legítima (siempre que las mismas no sean revocadas por ingratitud⁸⁹⁶).

Es por ello por lo que este autor sostiene que “parece la solución más natural que las donaciones hechas a los que después fueron desheredados o declarados indignos deben seguir siendo imputables a

⁸⁹³ *Ibíd.*, p. 215. Nota 375.

⁸⁹⁴ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III.* cit. p. 108.

⁸⁹⁵ Con el apellido que se le quiera poner: *hereditatis, bonorum, valoris, valoris bonorum...*

⁸⁹⁶ Art. 648 CCE.

la legítima a la que en principio tenían derecho los donatarios, con el efecto de disminuir o de dejar incluso sin contenido la legítima de los descendientes que les representen en la sucesión”⁸⁹⁷.

Es ésta una solución justa, según este autor, en la medida en que, tras la repudiación o la desheredación, se agota la cuota de legítima, que es la que el donante/causante quería (y debía) agotar, y no la de libre, quedando salvaguardada la mayor cuota de libertad dispositiva para el *de cuius*.

Misma opinión sostienen LACRUZ/SANCHO⁸⁹⁸, para quien las donaciones hechas al legitimario repudiante, indigno o desheredado no pueden dejar de imputarse a su legítima. En efecto, el repudiante, indigno y el desheredado habrán perdido (por la renuncia o la desheredación) su derecho a exigir cualquier complemento de legítima (si lo que recibieron en vida no satisface totalmente su derecho forzoso), pero nada obsta para que lo que recibieron del causante se considere pago de su legítima, reduciendo la cuota que el causante debe a sus legitimarios y no la cuota de la que éste puede disponer entre los terceros.

Esta posición doctrinal permite salvaguardar la mayor cuota posible de libertad dispositiva para el causante, pues permite que ésta no se vea mermada por decisiones unilaterales de un legitimario (la repudiación), ni por la conducta de éste (la desheredación justa).

Las dos tesis doctrinales reseñadas tienen en su haber que pretenden (i) salvaguardar para el causante la mayor cuota de libertad dispositiva posible y (ii) evitar que los terceros destinatarios de las atribuciones realizadas con cargo en la parte de libre puedan sufrir algún perjuicio como consecuencia de la repudiación o la desheredación llevadas a cabo por un tercero.

Sin embargo, en el primer caso, la solución propuesta choca con dos normas imperativas del Código civil: la que establece la subsidiariedad de la acción de reducción

⁸⁹⁷ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 108. Siguiendo aquí lo establecido por el art. 1038 CCE.

⁸⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 484.

de donaciones (art. 820 CCE) y la que ordena que las donaciones se reduzcan comenzando por la más moderna (art. 656 CCE).

Respecto a la tesis en virtud de la cual el legitimario donatario repudiante, indigno o desheredado habría de conservar lo recibido en concepto de legítima, son muchas las críticas que pueden hacerse.

En primer lugar, que el legitimario repudiante, indigno o desheredado deviene un extraño en la sucesión y que, por lo tanto, no podría conservar lo recibido a cuenta de la legítima como imputado a dicho tercio, pues, en tanto que repudiante, indigno o desheredado, ha perdido la condición de legitimario (y el que no es legitimario no puede retener nada en concepto de legítima).

En efecto, el legitimario repudiante, indigno o desheredado pasa a tener una posición análoga a la que tendrían los padres donatarios si, posteriormente, nacieran hijos del donante. Puede que, *ab initio*, lo donado a ellos (a los padres o al legitimario antes de la renuncia o la desheredación justa) pudiera ser imputado a legítima, sin embargo, tanto en uno como en otro caso, la condición de legitimario se pierde sobrevenidamente y, si bien es cierto que esta pérdida no afecta a la atribución patrimonial en sí (que no podrá revocarse fuera de los casos tasado en la ley), también lo es que debe alterarse la imputación de la atribución, que pasará a gravar la parte de libre disposición y no la cuota de legítima.

Y esta habría de ser, en efecto, la conclusión lógica a deducir de la renuncia, la indignidad o la desheredación. Sin embargo, ha de traerse de nuevo a colación lo establecido en el art. 1038 CCE, que ordena, para los casos en que el destinatario de la atribución *inter vivos* no pueda adir la herencia de su causante, que los representantes imputen a la legítima que van a recibir en lugar de éste el valor de la atribución.

Con esta norma, en realidad, como ya se indicó, lo que se está haciendo es crear una norma de imputación para los casos de representación e, indirectamente, también para los casos (como la premuerte o la desheredación, no así la repudiación) en los que el legitimario efectivo no pueda suceder al causante⁸⁹⁹. Y dicha regla es que lo recibido por este en vida del causante, con independencia de si pudo o no adir la herencia, se imputará siempre a su cuota de legítima, dejando a salvo la libre disposición, que queda intacta (si

⁸⁹⁹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *RDC*. cit. p. 344.

de ella no usó en vida el causante), aunque el legitimario premuera, renuncie o sea desheredado.

Así debe entenderse la (aparente) injusticia que se contiene en el primer párrafo del art. 1038 CCE, en virtud de la cual la porción de legítima que reciben los representantes se ve minorada por el valor de las atribuciones que recibió el representado, y esto, aunque los representantes nunca lleguen a adquirir derecho alguno sobre los bienes objeto de dichas atribuciones⁹⁰⁰. En realidad, lo que la norma dice es que todo se engloba dentro de la misma cuota de legítima (la cuota que debía recibir el representado), con independencia de quién la reciba finalmente (si el representado o los representantes). En última instancia, lo que se está señalando es que el causante cumple con su deber realizando atribuciones *inter vivos* imputadas a la legítima del beneficiario y que, por tanto, no puede luego ser penalizado (recortándosele la libertad dispositiva) por la conducta directa o indirecta de éste, o por su situación (nos referimos al evento azaroso y biológico de la premuerte).

Debe concluirse, por ello, con base en el art. 1038 CCE, que el legitimario premuerto, indigno o desheredado habrá de imputar a legítima lo recibido por el causante a título lucrativo, en vida de éste (y sin dispensa de colación) y que, igualmente, podrá retener, pese a la renuncia o la desheredación, lo recibido. Asimismo, el valor de dicha atribución se imputará a la legítima de éste, con independencia de quién sea su destinatario final (en este caso, sus representantes⁹⁰¹).

Quedan así, salvaguardadas, tanto la más amplia libertad dispositiva para el causante (que podrá usar de toda la parte de libre si no usó de ella antes), como todas las disposiciones que con cargo a la parte de libre haya realizado o realice el causante (siempre que no excedan de los límites legales), que no se verán “en peligro” de reducción por la premuerte o desheredación de ninguno de los legitimarios.

En caso de renuncia o en los que no se produzca sucesión por derecho de representación, en ausencia de una norma como la del art. 552 CCI, que se comentará en el epígrafe siguiente, habrá de acogerse la postura mayoritaria y aplicar la regla general, imputando a libre disposición lo recibido por el premuerto, repudiante o desheredado.

⁹⁰⁰ BORRELL Y SOLER, Antonio M. *Derecho civil español. Tomo V.* cit. p. 278.

⁹⁰¹ TORRES GARCÍA, Teodora F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “La legítima en el Código Civil (I)” en TORRES GARCÍA, Teodora F. *Tratado de legítimas.* cit. p. 45. “Si el donatario es un hijo premuerto que tiene descendientes, éstos ocupan por estirpes su lugar como legitimarios, por lo que la donación se debe imputar a esa legítima que, muerto el hijo, van a recibir como estirpe suya los descendientes”.

Cabe ya señalar, finalmente, con ROYO MARTÍNEZ, que la donación hecha con posterioridad a la desheredación testamentaria podría implicar – según los casos y circunstancias particulares – perdón y que, por tanto, ha de imputarse según las reglas generales de imputación⁹⁰².

4. Algunas consideraciones sobre la imputación en el Derecho italiano

Como ya hemos señalado en la Introducción y en otros puntos de esta investigación, no se pretende ahora – debido al objeto de estudio y a la utilización que se hace del método comparado – presentar de manera pormenorizada el régimen de la imputación en el Derecho italiano, sino únicamente subrayar aquellos aspectos que pueden arrojar algo de luz a la interpretación del Derecho español.

La primera cuestión que debemos aclarar es la ubicación sistemática que cada uno de los ordenamientos estudiados da a la imputación.

El Código civil italiano de 1942 contiene la imputación en el art. 564, comma 2, configurada como una carga⁹⁰³ – en sentido jurídico – que debe cumplir, salvo que haya sido dispensado, el legitimario que quiera ejercitar la acción de reducción de las disposiciones lesivas realizadas por el causante.

Desde este punto de vista, podríamos pensar que hay una gran diferencia entre el ordenamiento español – que la configura la imputación como operación general – y el ordenamiento italiano – que la contempla como mera carga de la reducción –. Es más, podría pensarse, *prima facie*, que mientras que la imputación será una operación que siempre (que haya legitimarios) habrá de realizarse en el Derecho español, en el Derecho italiano quedará reservada a aquellos supuestos en los que el legitimario lesionado pretenda reclamar la reintegración de su cuota de legítima.

Ahora bien, esta diferencia es solo aparente y responde a que cada uno de los ordenamientos citados subraya un aspecto particular – pero no exclusivo – de la imputación.

⁹⁰² ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. cit. p. 254.

⁹⁰³ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte*. Tomo primo. cit. p. 725.

En efecto, la imputación es, también en el ordenamiento italiano, con independencia de la ubicación sistemática de su regulación, una operación de cálculo de la legítima de carácter general. Así lo sostiene parte de la doctrina más autorizada⁹⁰⁴, para la cual, como ocurre en el caso del Código civil español común, la imputación habrá de ser efectuada, junto con la computación o reunión ficticia de donaciones, siempre que sea necesario determinar el valor o el montante de la cuota de legítima y de la cuota disponible.

Y, en el ordenamiento español, también será la imputación una carga que, aunque no señalada expresamente por la norma, deba cumplir el legitimario que quiera actuar en reducción, que sólo podrá conocer la entidad exacta de la lesión sufrida por él tras haber procedido a esta operación. Carga que, en el caso español, siempre habrá de cumplir el legitimario, toda vez que, en este ordenamiento, al contrario de lo que ocurre en el italiano, no se permite la dispensa de imputación.

La imputación aparece así en su doble vertiente: como operación necesaria para determinar el cálculo de la cuota de legítima (e, indirectamente, de la cuota disponible) y como carga que debe cumplir el legitimario que quiera actuar en reducción.

La segunda cuestión en que la experiencia italiana viene en ayuda de la española es, como ya hemos apuntado, la de la valoración. Paladina es, aquí, la doctrina italiana a la hora de establecer el criterio de valoración que debe seguirse en sede de imputación. En lugar de detenerse en abstrusos debates, como ocurre en el caso español, en el que, como hemos visto, la cuestión del criterio de valoración no es pacífica ni está cerrada, la doctrina italiana⁹⁰⁵, siguiendo el criterio marcado por su norma de referencia, aplica también en este caso las reglas generales establecidas por el Código civil de 1942: referir toda valoración en sede de cálculo y reintegración de legítima al momento de la apertura de la sucesión⁹⁰⁶.

Como hemos anunciado en la Introducción, pese a las semejanzas existentes, la idiosincrasia propia de cada una de las realidades estudiadas nos impide “trasplantar” soluciones de un ordenamiento a otro. Sin embargo, sí que en este punto hemos decidido seguir, si no el criterio expreso de valoración, sí el principio apuntado por el ordenamiento italiano: han de referirse todas las valoraciones al mismo momento. Y este momento ha

⁹⁰⁴ PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. cit. p. 247.

⁹⁰⁵ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 77.

⁹⁰⁶ CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et al. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1030.

sido, para nosotros, en aquellos supuestos en los que la legítima no haya sido satisfecha en vida – mediante donaciones – o a la apertura de la sucesión – mediante partición realizada por el propio testador (art. 1056.I CCE) – el de la realización de la donación, actualizando el valor del objeto al momento de llevarse a cabo las operaciones particionales.

Criterio que, como veremos en el capítulo 4, es opinable y podrá ser discutido, pero que se basa en el Derecho histórico castellano, en la experiencia comparada y salvaguarda, además, los intereses de todas las partes, evitando que se irroguen perjuicios a legitimarios y donatarios como consecuencia de la valoración.

La tercera gran cuestión sobre la que el Derecho civil italiano puede incidir es aquella de la renuncia a la legítima por parte del legitimario. Es esta una cuestión que hemos tratado *supra* y que, como hemos visto, no está cerrada dentro de la doctrina española.

Esta cuestión se trata específicamente en el Código civil italiano de 1942 cuyo art. 552 dice lo siguiente:

“Il legittimario che rinunzia all’eredità, quando non si ha rappresentazione, può sulla disponibile ritenere le donazioni o conseguire i legati a lui fatti; ma quando no vi è stata espresa dispensa dall’imputazione, se per integrare la legittima spettante agli eredi è necessario ridurre le disposizioni testamentarie o le donazioni, restano salve le assegnazioni, fatte dal testatore sulla disponibile, che non sarebbero soggette a riduzione se il legittimario accettasse l’eredità, e si riducono le donazioni e i legati fatti a quest’ultimo”.

El legitimario que renuncia, por consiguiente, en atención a la norma citada, puede retener las donaciones y los legados que se le hicieron a cuenta de la legítima, pero estos, en principio, serán imputados a la disponible. En este sentido, encontramos una solución parecida a la que da la doctrina mayoritaria española: el legitimario que renuncia puede retener las atribuciones de las que ha sido beneficiario, pero no a título de legítima, sino por cuenta de la disponible.

Ahora bien, no se oculta al codificador italiano que esta solución tiene una importante repercusión en la dinámica sucesoria, pues reduce la parte disponible, pudiendo convertir en “inoficiosas” otras atribuciones hechas por el causante – con cargo a esta porción – y que no habrían devenido tales de no haber el legitimario renunciado a la herencia. Es aquí,

también, donde la doctrina española entra en encendido debate, como ya hemos visto *supra*.

Para solventar este problema, se ha establecido por la propia norma citada que las atribuciones realizadas por el causante con cargo a la disponible, en principio, permanecerán a salvo mientras puedan reducirse las donaciones o legados hechos al legitimario renunciante. Explicado con otras palabras, en caso de renuncia a la herencia por parte del legatario o del donatario legitimario, si ha de procederse a la reducción de donaciones y legados para satisfacer el derecho de otro legitimario, no se seguirá el orden establecido en el art. 559 CCI, sino que se comenzará por la donación o el legado hecho al legitimario renunciante, a fin de salvaguardar, en la medida de lo posible, las disposiciones sobre la disponible que hizo el causante⁹⁰⁷.

Es esta una solución que, como ya hemos apuntado, ha sido también propuesta para el Derecho español⁹⁰⁸. Sin embargo, y pese a lo sensato de la solución, no creemos que la misma sea extrapolable *in toto* a dicho ordenamiento, toda vez que allí choca, como hemos dicho, con normas imperativas, como la del art. 656 CCE. En efecto, para poder desarrollar esta solución en el Derecho común español, sería necesaria una reforma del Código civil que siguiera las líneas generales del art. 552 CCI.

Una reforma que, como hemos indicado, nos parece necesaria, especialmente en aquellos casos en los que no se produce sucesión en la legítima por los representantes del indigno o desheredado (en el Derecho español, no cabe la sucesión por representación del repudiante), en los que la solución mayoritaria – imputar lo recibido por él a libre disposición – si bien es la que debe ofrecerse *de lege lata*, no es la que más salvaguarda ni los intereses de los (verdaderos) beneficiarios de la libre, ni la libertad dispositiva del causante.

En este sentido, creemos que nada obsta – en el Derecho positivo o en los principios generales que lo rigen – para que el ordenamiento permitiera alterar, en el supuesto explicado, el orden de reducción de donaciones contenido en el art. 656 CCE para que pueda impugnarse en primer lugar la deposición realizada en favor del indigno,

⁹⁰⁷ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 143. Primero, por tanto, se reducirán las disposiciones (donaciones o legados) hechas a este legitimario renunciante. Esto se traduce en una alteración del principio relativo a la reducción de las disposiciones lesivas, principio en base al cual las disposiciones testamentarias se reducen proporcionalmente y las donaciones comenzando por la última hecha. La norma en examen quiere en cambio que se reduzcan primero las liberalidades hechas al legitimario renunciante.

⁹⁰⁸ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 213.

repudiante o desheredado. Nada obsta, decimos, porque también el Código italiano tiene una norma igual y semejante al art. 656, el art. 559 CCI.

Esta solución, como decimos, protegería a los terceros beneficiarios de la libre y, a la vez, sería más respetuosa con la libertad dispositiva del causante. No obstante, y como ya hemos señalado, es esta una propuesta *de lege ferenda* y, para que pueda ser aplicada, requerirá de una actividad de reforma previa por parte del legislador.

Finalmente, cabe detenerse sobre una figura especial del Derecho italiano, sin paralelo en el Derecho español: la dispensa de imputación⁹⁰⁹, a la que hace referencia el 2º comma del art. 564 CCI.

El efecto principal de la misma, como su propio nombre indica, es que el legitimario beneficiario de donaciones o legados podrá retener estas y, a la vez, pedir o reclamar la totalidad de su cuota de legítima. Es posición común en la doctrina que, mediante esta dispensa, lo que hace el causante (único que puede otorgarla) es ampliar la cuota de legítima⁹¹⁰. Es decir: se considerará legítima tanto lo donado o legado como la cuota total que el legitimario dispensado de imputación puede recibir.

Se discute en la doctrina sobre la forma que ha de tener esta dispensa (pues el artículo citado se limita únicamente a decir que debe ser expresa) y si esta dispensa de imputación es un negocio autónomo o una cláusula accesoria introducida en el negocio (principal) de la donación. CAPOZZI, FERRUCCI y FERRENTINO⁹¹¹ sostienen, con buenos argumentos, que se trata de un negocio autónomo, de naturaleza *mortis causa*, dirigido a regir situaciones y relaciones que habrán de constituirse o iniciarse a la muerte del *de cuius*.

Esta autonomía permite que la dispensa se incluya como una cláusula más de la donación o que se contenga en un acto/negocio sucesivo, incluido el testamento. En cualquier caso, la dispensa debe revestir la forma del negocio en que se contenga.

⁹⁰⁹ Que es distinta, autónoma e independiente de la dispensa de colación (véase CROTTI, Luca, D'ALESSANDRO, Pietro et alt. "Dei legittimari" en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1031).

⁹¹⁰ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 567.

⁹¹¹ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. pp. 554 y ss.

Los autores citados entienden que, en caso de que la dispensa se contenga en un negocio *inter vivos*, será irrevocable, mientras que, cuando se contenga en un negocio *mortis causa*, será esencialmente revocable.

La clave, para estos autores, está en que la dispensa, pese a ser negocio autónomo, participará de la naturaleza del negocio en que se contenga. Así, si se contiene en escritura de donación, que es un negocio bilateral, y ha sido aceptada por el donatario, no podrá ser revocada unilateralmente por el donante. Del mismo modo, si se hace en negocio unilateral, del mismo modo podrá ser revocada, pues se hizo (y se deshizo, por así decirlo) sin concurso ni participación de sujeto alguno extraño al donante.

Es esta una interesantísima cuestión que dejamos aquí apuntada, pero en la que no entramos, pues no tiene paralelo ni puede ensayarse en el Derecho español, donde la imputación es una operación de carácter imperativo, que siempre habrá de llevarse a cabo, sin que pueda el causante dispensarla.

Lo que sí podrá hacer el causante, como ya hemos visto, es imputar la atribución (donación o legado) a una cuota determinada, ahora bien, no podrá, mediante dispensa o figura análoga, expandir las cuotas previstas por el Código civil.

Para explicar esto quizá sea conveniente hacer una comparación, somera, entre la dispensa de imputación y la dispensa de colación, única que se permite al causante en el Derecho español (art. 1036 CCE). En estos casos de dispensa de la colación, el causante no aumenta la cuota de legítima del dispensado, sino que lo recibido por éste pasa a considerarse como integrando la parte de libre disposición. El legitimario tendrá derecho, así, a recibir su legítima completa del caudal hereditario (o de la reducción de disposiciones lesivas de legítima) y, además, podrá retener lo que el causante le atribuyera por donación o legado, pero no con cargo a la legítima, sino con cargo a la parte de libre disposición, que quedará recortada proporcionalmente.

En la dispensa de imputación, por el contrario, lo que se produce – según la doctrina citada – es una expansión de la cuota de legítima. Así, mientras que en el Derecho español el legitimario dispensado de colación recibirá unos bienes en concepto de legítima y otros en concepto de libre disposición; en el Derecho italiano, el legitimario dispensado de imputación recibirá todos los bienes/derecho en concepto de legítima. Por supuesto, esta expansión de la cuota de legítima supondrá una disminución de la cuota de libre disposición.

Por consiguiente, el efecto conseguido por ambas dispensas será el mismo: un aumento de lo que recibe el legitimario y un detrimento, en proporción, de la cuota de libre, variando solo la imputación o el concepto por el cual recibe los bienes.

Esta comparación se ha hecho solo a título ejemplificativo⁹¹², para mostrar que, en el ordenamiento español, al contrario de lo que ocurre en el italiano, el causante puede conseguir – mediante el juego de la mejora y las imputaciones y dispensas – que el legitimario reciba más de lo que por legítima le corresponde, pero no puede conseguir, al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento italiano, que lo consiga a título de legítima.

IV. LA COLACIÓN DE DONACIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL

La colación de donaciones no es exactamente (*stricto sensu*) una operación previa a la reducción de donaciones (y legados) inoficiosas en el sentido de las anteriores (esto es, en el sentido de que son necesarias para determinar la base de cálculo de la legítima, la cuota de legítima global, la cuota de legítima individual que corresponde a cada legitimario y si ésta ha sido o no satisfecha o lesionada en vida del causante mediante liberalidades realizadas *inter vivos*. Operaciones todas ellas necesarias para determinar, indirectamente, si ha existido o no inoficiosidad). Sin embargo, por su propia configuración y funcionamiento, la colación sí que es una operación necesaria para poder proceder (con seguridad jurídica) a la reducción de donaciones, pues sólo cuando se hayan configurado y adjudicado los lotes hereditarios efectivos (y, por tanto, tras colacionar las donaciones aquellos que debían hacerlo), podrá saberse (con plena certeza) qué legitimario ha sufrido efectivamente perjuicio en su legítima y, por tanto, quién tendrá legitimación activa para poder ejercitar la acción⁹¹³. Excepción hecha de lo dicho en las consideraciones previas de este capítulo, donde cita jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo admite la práctica de la reducción directamente.

La colación puede definirse, en un primer momento, como aquella operación tendente a conseguir, salvo indicación en contrario del causante (art. 1036 CCE) “una

⁹¹² También el Derecho italiano conoce una dispensa de colación (art. 737, 2º comma, CCI).

⁹¹³ Discrepa PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 99. “mientras el cálculo de la legítima puede dar efecto a la reducción de legados y de donaciones, las reglas de colación sólo alcanzan a modificar las proporciones en que les serán adjudicados los bienes de la herencia”.

menor participación del legitimario partícipe de la comunidad hereditaria en el reparto particional de la herencia que se lleva a cabo”⁹¹⁴.

Más extensamente, podría señalarse, en palabras de SARMIENTO RAMOS, que la colación consiste en la “agregación ideal a la porción de masa hereditaria que corresponda a los herederos forzosos cuando son dos o más los concurrentes a la sucesión, de todas las liberalidades que en vida recibieron del causante, formando una nueva masa que se distribuirá igualmente (o en la proporción distinta querida por el causante) entre aquéllos mediante el sistema de toma de menos, si así procediese, e igualación cualitativa para los coherederos del colacionante cuando ello fuera posible”⁹¹⁵.

La STS 29/2008, de 24 de enero (RJ\2008\306), en su FJ 2º, define la colación como “la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el art. 1035 del Código civil”.

Fundamento (histórico y tradicional) de la colación es, en opinión de DE LOS MOZOS⁹¹⁶, la presunción *iuris tantum* de que el causante, al efectuar en vida donaciones a los legitimarios, ha querido, en defecto de voluntad expresa, que se consideren como anticipo de la legítima que les corresponde por ministerio de la Ley⁹¹⁷.

A mayor abundamiento, en esta línea, LACRUZ⁹¹⁸ señala que la colación es una operación que surge para resolver uno de los problemas típicos y propios de los sistemas que, como el español, permiten las liberalidades *inter vivos* (arts. 618 y ss. CCE) y, a la vez, protegen la legítima (arts. 806 y ss. CCE): el de evitar toda desigualación entre legitimarios que no haya sido querida expresamente por el causante⁹¹⁹, lo que se consigue, como apuntaba DE LOS MOZOS, interpretando la donación que hizo el causante al legitimario del modo en que menos recorte su libertad dispositiva. Así, salvo disposición

⁹¹⁴ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 336.

⁹¹⁵ SARMIENTO RAMOS, Juan. “Comentario al artículo 1035” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2431.

⁹¹⁶ DE LOS MOZOS. *La colación*. cit. p. 130.

⁹¹⁷ Así también la STS 1062/2007 de 18 de octubre (RJ\2007\8625), FJ 4º, *obiter*.

⁹¹⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*. cit. p. 152.

⁹¹⁹ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 942. Así también, Antonio GÓMEZ, comentando la Ley 29 de Toro, que señala que la finalidad de la colación es “el evitar invidias y diferencias entre los hermanos, con la igualdad que entre ellos induce la colación” (NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. cit. p. 110).

en contrario, se va a entender que toda liberalidad hecha a un legitimario debe imputarse, en primer lugar, a su legítima⁹²⁰ (lo que, por otro lado, no es sino una reafirmación de la norma legal contenida en el art. 819.I CCE).

GARCÍA-RIPOLL discrepa de los autores anteriores y sostiene que el fundamento de la colación no es (ni puede ser) una presunción⁹²¹, pues el elemento característico de éstas (que el perjudicado por la misma puede dar prueba en contrario), no existe en el caso de la colación.

Por el contrario, entiende el citado autor que el fundamento de la colación será, sencilla y llanamente, la ley, que a determinada situación de hecho (la donación sin dispensa de colación) asocia o anuda una determinada consecuencia jurídica (la colación)⁹²².

GARCÍA-RIPOLL⁹²³, haciendo un detallado análisis histórico de los antecedentes de la colación y su régimen jurídico vigente, entiende que al origen de esta institución – pese a existir de ella antecedentes en el mundo romano – se encuentra, primero, en la crisis que, en los albores de la Edad Moderna, sufre la nobleza y, con ella, la institución del mayorazgo⁹²⁴; y segundo, la búsqueda, por parte de la burguesía, con el objetivo de fragmentar la riqueza nobiliaria, de una igualdad radical entre los hijos a la muerte del causante.

Esto se verá agravado en el caso de España por la cuestión agrícola y la necesidad de liberalizar (desvincular) la tierra de cultivo, lo que se consigue estableciendo normativamente, a la muerte del causante/propietario, la fragmentación de la tierra y el reparto forzoso de la misma a través del instituto de las legítimas. Se busca así, en opinión de GARCÍA-RIPOLL⁹²⁵, crear un nuevo modelo de reparto y de propiedad burguesa de la tierra, para lo cual se va a utilizar, como instrumento privilegiado, el Derecho hereditario.

⁹²⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Apuntes de Derecho Sucesorio III. Atribución de la legítima por actos *inter vivos*” en *ADC*. cit. p. 679, señala que es éste, también, el fundamento de la *collatio descendentium* del Derecho justiniano. Sin embargo, en los orígenes de esta institución, en la *collatio bonorum* del Derecho pretorio, lo que se quería era evitar desigualdades (consideradas) injustas entre los descendientes *in potestatem* y los descendientes *emancipati* del causante (pp. 671 y 672).

⁹²¹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La colación hereditaria*. Madrid: Tecnos. 2002. p. 48.

⁹²² *Ibidem*, p. 50.

⁹²³ *Ibidem*, p. 61.

⁹²⁴ Forma tradicional en la que la Nobleza había transmitido sus bienes *mortis causa*.

⁹²⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La colación hereditaria*. cit. p. 63.

Así, en el Código civil español común, heredero de todo este movimiento, la colación tiende, para el autor citado, como la legítima, a garantizar un reparto igualitario de los bienes. En apoyo de su tesis, alega que la colación sólo tiene lugar entre legitimarios y no, por ejemplo, entre sucesores voluntarios que, además, hayan sido también beneficiarios de donaciones realizadas por el causante.

Es por esto por lo que entiende GARCÍA-RIPOLL⁹²⁶ que en el fundamento de la colación no hay una presunción de voluntad. En realidad, el verdadero fundamento de la colación no es otro que la ley, que no atiende a la voluntad (presunta) del causante, sino a la búsqueda de una igualdad proporcional (en relación con la cuota de cada uno) entre los legitimarios.

Por su fundamento y funcionamiento, la finalidad de la colación es, en opinión de RUBIO GARRIDO⁹²⁷, doble: por un lado, pretende, como ya se ha señalado, salvaguardar la mayor cuota de libertad dispositiva para el causante; por otro, evita que se produzcan o existan entre los legitimarios desigualdades no queridas por el causante, único con poder para ordenar (dentro de los límites legales) la propia sucesión⁹²⁸.

Matiza esta interpretación ESPEJO LERDO DE TEJADA⁹²⁹, para quien la misma sería sólo válida en el plano de los principios, pero no sería suficiente para explicar el verdadero “fundamento técnico” o finalidad técnica de la colación que, en su opinión, sería “la atribución legal de las disposiciones del causante a las cuotas hereditarias con arreglo al comportamiento ideal o típico”

En realidad, aunque, según sostiene el propio autor, la naturaleza de la colación es distinta a la de la imputación como operación protectora de la legítima, en su fundamento y finalidad esta operación (la de la colación) se constituiría como una concreción, para el caso de donación hecha a un legitimario, de las reglas de imputación.

Para ESPEJO LERDO DE TEJADA la colación, pese a ser distinta, autónoma e independiente de la imputación, no deja de tener una cierta naturaleza, podría decirse,

⁹²⁶ *Ibidem*, p. 79.

⁹²⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 338.

⁹²⁸ De la misma opinión, SARMIENTO RAMOS, Juan. “Comentario al artículo 1035” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2431. Así también la STS de 19 de julio de 1982 (RJ\1982\4256), Cdo. 3º: “la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ella [...]”.

⁹²⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada*. cit. p. 164.

“imputacional” en la medida en que “imputa” a legítima lo recibido gratuitamente *inter vivos* por el legitimario de su causante y, a la vez, establece la consecuencia jurídica de dicha imputación (yendo, esta vez sí, más allá de lo establecido en el art. 819.I CCE): que el legitimario habrá de tomar de menos del caudal relicto, pues ya ha sido, total o parcialmente, satisfecho en vida⁹³⁰.

En realidad, los arts. 1035 y ss. CCE estarían funcionando como una especie de complemento a la regla general de imputación del art. 819.I CCE, estableciendo la consecuencia jurídica de dicha regla de imputación cuando el legitimario concurre en comunidad hereditaria con otros legitimarios.

Si bien se mira, las posturas de RUBIO GARRIDO y ESPEJO LERDO DE TEJADA sobre la finalidad de la colación, así como lo ya dicho sobre el fundamento, son complementarias: en efecto, si la colación lo que hace es “concretar” para un supuesto determinado las consecuencias de la regla de imputación contenida en el art. 819.I CCE, lo hace para proteger, primero, la libertad dispositiva del causante y, segundo, para evitar que se produzcan desigualdades no queridas entre los legitimarios.

Sí que puede señalarse que la finalidad de la colación, a diferencia de lo que ocurría con la computación o con la imputación (o con la propia reducción de donaciones y legados), no es la de proteger la legítima⁹³¹. En efecto, la colación no impide (ni pretende impedir) que la legítima sea vulnerada, sino que simplemente interpreta la voluntad del causante del modo más favorable a su libertad dispositiva *mortis causa*, imputando a legítima las liberalidades que en vida tenga con sus legitimarios.

No obstante lo dicho, no puede negarse que la colación, en la medida en que, como se ha indicado, pretende evitar que se produzcan desigualdades no queridas (expresamente) por el causante, sí que, como efecto reflejo, redundará en protección de los legitimarios no donatarios.

Se encuentra el régimen jurídico de la colación en los arts. 1035 y ss. CCE. Se desprende del mismo que se trata una operación estrictamente particional (lo que la

⁹³⁰ En este mismo sentido, y casi con las mismas palabras, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.3. Derecho de sucesión*. Navarra: Analecta Editorial. 2008 (ed. Facsímil 1910). p. 2026: “la colación (...) no es otra cosa que la imputación a los herederos forzosos en parte de pago de su legítima corta y también de la larga o mejora, es decir, el tercio o los dos tercios (...) de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de los herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común”.

⁹³¹ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 339.

diferencia cualitativamente de la computación, la imputación y la reducción), como entiende la doctrina⁹³² y ha sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹³³.

El régimen jurídico de la colación es, no obstante, dispositivo para el donante, que puede dispensar de colación en el mismo acto de la donación, en acto posterior a ésta o en el propio testamento⁹³⁴. Esto supone una importante diferencia con la computación y la imputación, que son operaciones imperativas en las que no cabe ningún tipo de dispensa y que habrán de llevarse a cabo aunque concurra un único legitimario.

El modo de llevarse a cabo la colación se encuentra, dentro de este régimen jurídico, en los arts. 1045.I y 1047 CCE, que establece un sistema de *tantum minus accipendo*, consistente no en la aportación *in natura* de los bienes donados al legitimario al caudal relicto, sino en la imputación de éstos a la legítima (en relación con el art. 819.I CCE), de modo que éste tome de menos en la medida en que la misma ha sido ya cubierta en vida del causante⁹³⁵.

Esto supone que si el valor de la cosa donada que ha de ser traída a colación fuese mayor que la cuota de legítima que corresponde al legitimario donatario, éste no tomaría nada del caudal relicto, si bien tampoco habrá de devolver el exceso⁹³⁶.

1. Sujetos de la colación

Sujetos de la colación serán, con carácter exclusivo, los legitimarios efectivos que formen parte de la comunidad hereditaria, aunque sus cuotas sean desiguales⁹³⁷, lo que incluiría, en principio, a descendientes, ascendientes⁹³⁸ (en ausencia de los anteriores) y

⁹³² Opinión común en la doctrina. Por todos, SARMIENTO RAMOS, Juan. “Comentario al artículo 1035” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2434.

⁹³³ SSTS de 15 de febrero de 2001 (RJ\2001\1484); 13 de marzo de 2014 (RJ\2014\1493); 19 de febrero de 2015 (RJ\2015\1400)

⁹³⁴ Dicha dispensa debe tener siempre carácter expreso, como recuerda, entre muchas otras, la STS num. 473/2018, de 20 de julio (RJ\2018\2833), FJ 4º y la STS num. 288/2011, de 13 de julio (RJ\2011\5119), FJ 6º.

⁹³⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La colación hereditaria*. cit. p. 28.

⁹³⁶ Así la STS de 17 de marzo de 1989, FJ 4º; y la STS 23 de febrero de 1995 (RJ\1995\2773), FJ 2º, *obiter*. En contra, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La colación hereditaria*. cit. pp. 36 y ss.

⁹³⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 342. BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. p. 430.

⁹³⁸ Antonio GÓMEZ, comentando la Ley 29 de Toro, excluye la colación de los ascendientes. Señala el ilustre comentarista que, en efecto, cuando los padres dan algo al hijo, se presume que es por cuenta de la

cónyuge viudo (en todo caso)⁹³⁹. Así, si fueran partícipes de la comunidad hereditaria legitimarios (llamados en calidad de heredero o de legatarios de parte alícuota) y herederos (o legatarios de parte alícuota) voluntarios, la colación jugaría únicamente entre los primeros. Por consiguiente, no estarán sujetos a colación:

1. Los legitimarios que no formen parte de la comunidad hereditaria. No estarán sujetos a colación los legitimarios efectivos que no sean comuneros, es decir, aquellos que han recibido sus atribuciones mediante donaciones *inter vivos*, legados de cosa determinada, o institución como herederos en cosa cierta⁹⁴⁰. Estos legitimarios, aunque no puedan exigir la colación, no obstante, siempre que la atribución hecha a los mismos sea insuficiente, podrán ejercitar la acción de reducción que proceda, llegando a la de reducción de donaciones si no han podido ser satisfechos por otras vías (art. 820 CCE).

A contrario, podrán exigir la colación (y ellos mismos habrán de colacionar) los legitimarios instituidos a título de heredero o legatario de parte alícuota. También aquellos que sean únicamente nombrados en el testamento, sin que exista atribución a su favor (y que no hayan sido desheredados); y también aquellos a quienes el testador se haya limitado a decir que les deja “lo que por legítima les corresponda” (que tiene una posición semejante a la del legatario de parte alícuota⁹⁴¹).

legítima. Y esto porque es natural que el padre premuera al hijo. Sin embargo, lo que el hijo da al padre no puede concebirse como anticipo de legítima, sino como mera liberalidad, porque no es natural que el padre suceda al hijo (NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. cit. p. 113).

⁹³⁹ Es el art. 879 PCC 1851 el que extiende la obligación de colacionar a todos los legitimarios (herederos forzosos), rompiendo con la tradición anterior, que la exigía tan solo a los herederos forzosos descendientes. Dice así el artículo citado: “Los herederos forzosos están obligados a traer entre sí a colación y partición de la herencia los bienes que recibieron del difunto, cuando vivía, o de otros por mera contemplación al mismo”.

⁹⁴⁰ Antonio GÓMEZ, comentando la Ley 29 de Toro, señala que la colación tiene lugar entre los que suceden universalmente y no entre los que suceden a título particular (NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. cit. p. 111).

⁹⁴¹ PUIG BRUTAU. “Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral”, en ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones*. cit. p. 141.

Discrepa ALBALADEJO GARCÍA⁹⁴², que priva del deber de colacionar y de la facultad de exigir la misma, también, al legatario de parte alícuota (que, *stricto sensu*, será un comunero partícipe de la comunidad hereditaria), pues sostiene que únicamente podrán colacionar y exigir la colación los legitimarios que sucedan a título de heredero⁹⁴³.

En contra, BERMEJO PUMAR, para quien el título de la atribución que el testador haya dado al legitimario (en este caso, el de legatario de parte alícuota), no le priva de su condición de legitimario que, para esta autora, es igual a la de sucesor universal, pues el Código civil español común le designa expresamente “heredero forzoso”. Por lo que, en principio, la colación jugará entre todos los legitimarios, con independencia del llamamiento con el que concurren a la sucesión⁹⁴⁴.

2. Los legitimarios que no lleguen a suceder. No formarán parte de la comunidad hereditaria y, por tanto, no tendrán obligación de colacionar los legitimarios que no lleguen a ser sucesores del causante, bien por repudiar la herencia, bien por no sobrevivir al causante o por incurrir en alguno de los supuestos de indignidad (art. 756 CCE) o desheredación (arts. 852 a 855 CCE)⁹⁴⁵, a salvo siempre, en estos tres últimos casos, lo establecido en el art. 1038 CCE sobre la colación de los representantes, sobre la que ya hemos hablado *supra*.
3. El legitimario no efectivo. Está exento de colacionar y, a la vez, no podrá aprovecharse de la colación realizada por los restantes

⁹⁴² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*. cit. p. 415.

⁹⁴³ También así, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La colación hereditaria*. cit. p. 145, sobre la base de que la configuración legal de la operación de la colación lo que persigue es igualar a los iguales.

⁹⁴⁴ BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. p. 443: “El título sucesorio del legitimario responde al de heredero, calificado, además como forzoso, ya que participa de las notas de la vocación universal con derecho a lo que se agregue como consecuencia de los derechos que acrecen la cuota legitimaria y a la herencia (su derecho se ve afectado por el ejercicio de los derechos de transmisión). Aun llamado el legitimario a la sucesión como legatario, la vocación sucesoria del legitimario no pierde las notas de llamamiento universal ni la atribución de las facultades de un sucesor de este carácter a decidir sobre todo aquello que en la sucesión puede afectar a su cuota de participación. Por lo que no es necesario llamar al legitimario heredero cuando su posición en la sucesión y las facultades que le incumben, son las de un heredero”.

⁹⁴⁵ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 343.

legitimarios el nieto que, habiendo recibido donaciones de éste, hubiese sido, además, llamado como heredero voluntario mejorado y concurriera en la sucesión con legitimarios del causante.

Y eso siempre que no participe en la sucesión en representación de su padre premuerto, indigno o desheredado, en cuyo caso, *ex art.* 1038 CCE, habrá de colacionar tanto lo recibido (del causante) por el representado, como lo recibido por él mismo.

En caso contrario, esto es, cuando el nieto participa en la sucesión del abuelo por derecho propio y no por derecho de representación, esto es, cuando el abuelo lo ha llamado expresamente mediante atribución que implica participación en la comunidad hereditaria, se reputará siempre como un heredero voluntario, es decir, como un tercero ajeno al fenómeno legitimario (incluso aunque sea mejorado, pues la colación afecta únicamente al tercio de legítima estricta y al de mejora en lo que no haya sido utilizado expresamente por el causante) y, por consiguiente, no tendrá que colacionar, pudiendo obtener la totalidad de la donación (que se imputará, según haya mención o no expresa del donante, a mejora o a libre disposición) y, además, la totalidad de lo atribuido *mortis causa*, siempre que ninguna de las atribuciones vaya en detrimento de las legítimas.

4. Los padres con respecto a los hijos en la herencia del abuelo. El art. 1039 CCE establece expresamente que los padres (esto es, los legitimarios efectivos del causante, el abuelo) no están obligado a colacionar lo que sus hijos o descendientes hubieran recibido del abuelo, ahora causante.

La *ratio* y fundamento de esta “dispensa”, que no es tal, se deduce rápidamente: los padres no tienen que colacionar, en la herencia del abuelo, lo donado por éste a sus nietos porque la donación no fue hecha, en ningún caso, al legitimario efectivo que ahora concurre, sino a un hijo suyo, que sería el que habría de colacionarlo siempre que fuese legitimario efectivo o que representase a su padre en la herencia del abuelo.

5. El consorte del legitimario. El art. 1040 CCE establece que no habrán de traerse a colación las donaciones hechas (por el causante) al

consorte de un legitimario, salvo que hubiese sido hecha expresamente a ambos cónyuges, en cuyo caso la colación habrá de hacerse por la mitad del valor de lo donado.

La base de esta norma es la misma que ya se apuntaba para el art. 1039 CCE, esto es, que la donación no fue hecha por el causante a un legitimario efectivo y que, por tanto, éste, que no es quien se aprovecha directamente de la donación ni quien la tiene integrada en su patrimonio, no tiene que colacionarla al concurrir, con los restantes legitimarios, en la sucesión de su causante.

6. El cónyuge viudo. Discrepa de la regla de que deben colacionar los legitimarios efectivos (con independencia de su clase) ALBALADEJO⁹⁴⁶, para quien únicamente puede exigir la colación el legitimario cuya legítima quede cifrada en propiedad. Y esto porque la colación no tiene otra finalidad (última) que la de evitar desigualdades entre aquellos que son iguales.

De ahí que no pueda exigirse la colación del cónyuge viudo, pues su legítima se cifra en un usufructo (arts. 834 y ss. CCE), lo que lo sitúa en una posición especial y, en tanto que especial, diferente y no igual a la de los restantes legitimarios. Por consiguiente, el cónyuge viudo, ni colacionará, ni podrá aprovecharse de la colación realizada por los descendientes o (en defecto de éstos) por los ascendientes⁹⁴⁷.

Ya inmediatamente después de la publicación del Código civil, había señalado SÁNCHEZ ROMÁN⁹⁴⁸: “la razón de excluirse [de la colación] el cónyuge viudo (...) no puede ser otra que la calidad especial de su legítima por consistir en el usufructo de la cuota que el Código le asigna en este concepto, y, dada su especialidad, no ser legalmente posible que se cumpla el fin que la ley señala a la colación

⁹⁴⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*. cit. p. 414.

⁹⁴⁷ En la misma línea SARMIENTO RAMOS, Juan. “Comentario al artículo 1035” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2435. “El cónyuge viudo parece excluido de esta obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión como por la misma esencia y finalidad de la colación (igualar a los iguales)”.

También, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La colación hereditaria*. cit. pp. 152-153, señalando que es dudoso el proceder cuando el cónyuge viudo, además de la condición de legitimario, ostenta la de heredero por expresa voluntad del causante/testador.

⁹⁴⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.3*. cit. p. 2029.

de que sirva para computarlo en las legítimas, una vez que la del cónyuge y las de los demás herederos forzosos no son de homogénea naturaleza jurídica”.

Discrepa de este razonamiento, con excelentes argumentos, PÉREZ GIMÉNEZ⁹⁴⁹. Parte esta autora del art. 468 CCE y de la configuración que el mismo hace del usufructo como un derecho real (limitado) de contenido patrimonial y de constitución convencional o legal. Entiende esta autora que, en tanto que derecho patrimonial susceptible de valoración económica, el usufructo del cónyuge puede ser puesto en pie de igualdad con el derecho (de propiedad plena, en caso de la legítima estricta y de nuda propiedad en caso de mejora) de los legitimarios descendientes o de los legitimarios ascendientes.

A lo que se suma que, *ex arts.* 839 y 840 CCE, el usufructo es, en realidad, una de las formas en que puede ser satisfecha la legítima viudal, que, por su parte, puede ser pagada por los herederos con bienes atribuidos en plena propiedad. La diferencia, por consiguiente, entre los derechos legitimarios de descendientes y ascendientes, por un lado, y de cónyuge supérstite, por otro, se diluye en gran medida si se tiene en cuenta el juego de la fácil conmutación⁹⁵⁰.

2. Objeto de la colación. El problema de las donaciones no colacionables y su relación con la reducción de donaciones

Junto al problema de los sujetos que deben colacionar, tiene también una especial transcendencia para la reducción de donaciones el problema del objeto de la colación, esto es, el problema de qué donaciones serán o no colacionables.

En esta línea, debe señalarse que objeto de colación serán “los bienes o valores que hubiese recibido [el legitimario] del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo” (art. 1035 CCE).

⁹⁴⁹ PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa. “¿Por qué el cónyuge viudo no colaciona?”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. N° 8. 2016. p. 88.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 89. Nótese, finalmente, que, si se impidiera la colación del cónyuge viudo, la razón de ser de la colación como instrumento igualador de los diferentes legitimarios perdería su razón de ser, toda vez que se excluye de la misma al único legitimario que será siempre miembro de la comunidad hereditaria (su legítima lo configura como legatario *ex lege* de parte alícuota) y siempre concurrirá con los diferentes grupos de legitimarios.

Interpretando este artículo, podemos señalar que los requisitos que debe reunir una disposición para ser colacionable son los ya indicados para el negocio de naturaleza donativa: a) el elemento objetivo del enriquecimiento/empobrecimiento, es decir, que se trate de una atribución con valor y contenido patrimonial (susceptible de valoración por vía directa); b) el elemento subjetivo del espíritu de liberalidad, aun cuando haya casos – como la dote – en los que este sea difuso (precisamente porque aquí la presencia del elemento subjetivo es más opinable, creemos, el Código civil español menciona expresamente la dote en sede de colación, asimilándola, mediante esta mención expresa, al negocio donativo que encuadraría bajo el término “donación”, entendido en sentido amplio); y, especialmente para la colación, c) que el sujeto activo de la misma sea el causante y el sujeto pasivo o beneficiario uno de los legitimarios.

La atribución colacionable puede haber sido hecha en vida del causante (lo que será, ciertamente, lo más habitual en la práctica) o, *ex art. 1037 CCE*, por disposición testamentaria, si el testador lo ordena expresamente. En atención a lo dicho, habrán de incluirse entre las atribuciones colacionables⁹⁵¹:

- Las donaciones disimuladas, aunque, como señala RUBIO GARRIDO⁹⁵², si se consiguiera un pronunciamiento de nulidad, el bien volvería al caudal relicto, no entrando en juego estrictamente el mecanismo de colación.
- Las donaciones onerosas, por el exceso del valor no absorbido por la carga o gravamen impuesto en la propia donación (art. 622 CCE).
- Las donaciones remuneratorias o por méritos, también por el exceso. Aunque aquí discrepa LACRUZ⁹⁵³, según el cuál las donaciones remuneratorias expresan el agradecimiento o la admiración que el donante siente hacia el donatario (legitimario) y la misma perdería su naturaleza si hubiese de computarse en la masa sucesoria. Al no aludir expresamente a ellas el Código civil de 1889 en sede de colación, habrían de entenderse excluidas, como lo están de la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos o ingratitud.

⁹⁵¹ En efecto, como señala GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 943, el término donación, a efectos de colación, debe ser entendido en sentido amplio.

⁹⁵² RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la herencia*. cit. p. 345.

⁹⁵³ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*. cit. p. 156.

En contra, la STS num. 473/2018, de 20 de julio (RJ\2018\2833), en virtud de la cual la donación remuneratoria será colacionable (como cualquier otra donación), sobre todo si así lo ha dispuesto el causante⁹⁵⁴.

- Las primas del seguro de vida pagadas por el causante cuando el beneficiario señalado en la póliza del seguro sea un legitimario (art. 88 LCS). A salvo quizá que el pago del seguro pudiera considerarse cumplimiento de deberes ordinarios de un padre hacía sus parientes (fundamentalmente, hijos).
- Los gastos extraordinarios que el causante haya realizado en favor de un legitimario y que vayan más allá del estricto cumplimiento de la obligación de alimentos.
- Las renunciaciones gratuitas hechas en favor de un legitimario, así como las condonaciones de créditos del causante contra un legitimario que hubieren tenido lugar.
- En los supuestos en los que el causante haya donado dinero para la compra de un bien, habrá de colacionarse la cantidad entregada y no el bien comprado. Misma norma habrá de seguirse cuando el causante compre un bien y lo inmatricule o inscriba a nombre de un legitimario⁹⁵⁵.
- En el caso del *negotium mixtum cum donatione*, habrá de colacionarse únicamente la parte que se considere de “liberalidad” del citado contrato⁹⁵⁶. Y el mismo criterio habrá de seguirse con aquellas donaciones que, como las contenidas en el art. 619 CCE, tienen un gravamen que absorbe parte de la liberalidad.

⁹⁵⁴ “En el código civil la colación, que no tiene por finalidad proteger la legítima, tiende a procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, en el diseño legal, cuenta con una regulación netamente dispositiva. Por tanto, para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante” (FJ 4º).

⁹⁵⁵ Este es el criterio seguido – aunque la jurisprudencia se mantiene vacilante – por la STS 355/2011 de 19 de mayo (RJ\2011\3979), FJ 2º, cuando dice que “cuando una persona, los padres, generalmente, en la práctica, entregan el dinero para que el hijo compre una cosa, no le hacen donación de ésta, sino que hacen donación del dinero. Sería un contrasentido que en un momento dado, después de la donación, aquel donante o sus herederos pretendieran que se declarase que aquella cosa es suya se incorporara a su patrimonio”.

⁹⁵⁶ STS de 19 de junio de 1978 (RJ\1978\2357), FJ 3º.

Y todo ello sin tomar en consideración el tiempo en que se hayan llevado a cabo⁹⁵⁷. Especial importancia plantean, como ya se ha indicado, los actos/negocios no sujetos a colación. Y esto porque lo “no colacionable” (excepción hecha de la donación “con dispensa de colación” y las liberalidades *mortis causa*) tampoco será, por regla general, reductible. Señalado esto, no serán objeto de colación⁹⁵⁸:

- Las liberalidades *mortis causa*, salvo disposición en contrario del testador (art. 1037 CCE).
- Los gastos realizados en cumplimiento de deberes familiares (art. 1041 CCE, en relación con los arts. 142 y 154 CCE), sin que en este caso quepa disposición en contrario del testador, pues en este caso no estamos ante una verdadera liberalidad *stricto sensu*, sino ante el cumplimiento de deberes jurídicos⁹⁵⁹.
- Los gastos causados para dar carrera profesional o artística al legitimario, salvo que el causante disponga otra cosa (art. 1042 CC). Entiende RUBIO GARRIDO⁹⁶⁰, que, pese a la letra del artículo, no están exentos de colación los gastos en que es incurrir el causante durante la formación académica del hijo por la ineptitud o falta de trabajo de éste.
- Los gastos causados como consecuencia de la enfermedad del legitimario.
- Las donaciones dispensadas de colación. La donación dispensada de colación es diferente de la donación “no colacionable”. Ésta última, en efecto, la establece el Código civil sobre la base de no tratarse de una verdadera donación, sino del cumplimiento de un deber jurídico. Y lo que hace el Código, en realidad, no es “excluir de colación”, sino señalar expresamente que, en presencia de este tipo de actos/negocios,

⁹⁵⁷ SARMIENTO RAMOS, Juan. “Comentario al artículo 1035” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2436.

⁹⁵⁸ A la siguiente lista, Antonio GÓMEZ añade la donación por méritos, cuando dice que “no será colacionable la donación hecha al hijo por sus méritos, porque en realidad se considera una especie de peculio adventicio, el cual no hay duda no tiene que colacionarse” (NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. cit. p. 118).

⁹⁵⁹ BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. p. 459.

⁹⁶⁰ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. cit. p. 353.

no estamos ante verdaderas donaciones y que, por tanto, no les son de aplicación las reglas que el Código reserva para este negocio jurídico. Las donaciones dispensadas de colación, por el contrario, se configuran así por expresa voluntad del donante/testador, que lo (único) que hace es sustituir la regla general de imputación, de carácter legal y subsidiario, por otra de carácter voluntario. Así, cuando el causante dona a un legitimario dispensando de colación no altera la naturaleza del negocio jurídico donación, que, pese a no tener que ser colacionado, sí habrá de ser computado e imputado, sino que se limita a señalar que, en lugar de imputarse a legítima (art. 819.I CCE), se imputará a la libre disposición⁹⁶¹ (o a la mejora, si aceptamos la posición de PUIG BRUTAU⁹⁶²).

- Los regalos a los que se refiere el art. 1044 CCE, que estarán exentos siempre y cuando se encuentren dentro de los límites establecidos por dicha norma⁹⁶³.

El art. 1044 CCE es *stricto sensu* una norma que, aun cuando está situada en sede de colación, establece una regla dirigida a la reducción de donaciones. Sin embargo, históricamente se ha considerado también aplicable a la colación de donaciones.

No nos detenemos más sobre este particular porque al mismo se le dedica un epígrafe completo en el capítulo 5.

Señalado el objeto de la colación y su importancia para la (futura y eventual) reducción de donaciones, resta señalar que el art. 1045 CCE establece que ha de colacionarse el valor de la cosa donada al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.

⁹⁶¹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *RDC*. cit. p. 340.

⁹⁶² PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 42.

⁹⁶³ Un criterio distinto se encuentra en la Ley 3 del Título IV del Libro IV del Fuero Juzgo (edición de DE LA REGUERA VALDELOMAR, Juan. *Extracto de las Leyes del Fuero Juzgo*. cit.), en atención a la cuál habría de imputarse y colacionarse todo lo recibido como regalo de boda: “En vida del padre o madre pueda el hijo o hija disponer de lo que le hubiere dado al tiempo de la boda y aun después de su muerte, con tal que se tase, y los hermanos tomen otro tanto, y partan igualmente los demás bienes”.

LACRUZ⁹⁶⁴, a este respecto, sostiene que, en efecto, la cosa objeto de la donación habrá de valorarse en el momento actual, pero según el estado en que se encontraba cuando se recibió, sin tener en cuenta los cambios o transformaciones que se hayan podido producir.

Y esta parece ser, también, la posición mayoritaria dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, pueden citarse las SSTs de 28 de abril de 1988 (RJ\1988\3284), de 17 de diciembre de 1992 (RJ\1992\10696), de 23 de febrero de 1995 (RJ\1995\2773), STS 1145/2003 de 4 de diciembre (RJ\2003\8526), num. 485/2005 de 20 de junio (RJ\2005\6476).

Especial mención ha de hacerse de la STS 779/2009 de 10 de diciembre (RJ\2010\279) que, en su FJ 5º, recuerda que las normas y criterios sobre valoración de la donación colacionable son subsidiarias de la voluntad de causante pues “la colación es una institución voluntaria y, por ello, los testadores pueden fijar el momento de la valoración de los bienes donados, de la misma forma como pueden excluirla”.

Y a este valor habrá de añadirse el de los frutos que el bien (o los bienes) haya producido desde el momento de la apertura de la sucesión y hasta que la partición quede firme.

Es coherente lo dicho aquí sobre valoración de donación colacionable con lo señalado para la valoración del activo bruto y, también, del *donatum*. Igualmente, el art. 1045 CCE, en cierto modo, nos servirá de punto de partida para establecer cómo habrá de valorarse, a nuestro juicio, el bien sujeto a reducción. Cuestión que – como ya hemos indicado – abordamos en el capítulo 4, al que nos remitimos.

V. DIFERENCIAS ENTRE IMPUTACIÓN, COMPUTACIÓN, COLACIÓN Y REDUCCIÓN

Una vez explicado, con carácter muy general, la *ratio*, fundamento y finalidad de la computación, la imputación y la colación en el Derecho español común; así como la importancia y las (problemáticas) interacciones que estas operaciones pueden tener para la reducción de donaciones, procede, como epígrafe final, trazar, a través de ideas generales, una serie de líneas divisorias entre todas ellas, a fin de que pueda diferenciarse

⁹⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*. cit. p. 157.

correctamente entre las que son operaciones previas de la reducción de donaciones (a las que sumamos, sin que goce de este carácter, la colación) y la reducción de donaciones propiamente dicha (de cuyo régimen jurídico tratará el capítulo siguiente).

La confusión entre estas operaciones se produce, sostiene RUBIO GARRIDO⁹⁶⁵, porque el Código no distingue meridianamente entre ellas, lo que ha llevado a notables errores en la aplicación de las mismas. Cita este autor, como ejemplo, entre otras, la STS de 13 de marzo de 2014 (RJ/2014/1493), que parece convertir la colación en un sistema de *in medio adducendo*, asimilándola a la reducción de donaciones.

A fin, como se ha indicado, de deslindar estas operaciones, se recapitulan ahora algunas ideas ya expresadas, con la intención de delinear las que son las diferencias más notables (y generales) entre todas estas operaciones⁹⁶⁶:

1. Por su naturaleza. Computación e imputación son operaciones que, como ya se ha indicado, atienden directamente al cálculo de la legítima y, en este sentido, son, *stricto sensu*, operaciones previas que han de realizarse para determinar si ha existido o no inoficiosidad y, por tanto, si podrá ejercitarse la acción de reducción (de donaciones o de legados).

La colación es, por el contrario, una operación particional⁹⁶⁷. Así, mientras que la computación y la imputación son operaciones netamente contables y su práctica no tiene consecuencias directas sobre la adjudicación de la herencia, su reparto o la eficacia de las donaciones computadas e imputadas⁹⁶⁸; la colación sí que (como operación particional) va a tener un efecto material: el legitimario donatario participará en menor medida en el reparto de los bienes.

La reducción, por su parte, no es ni operación mental o contable, ni particional, sino que tiene una naturaleza propia, semejante a la de la rescisión. Así, mientras que ni computación, ni imputación, ni colación afectan a la eficacia de las donaciones, sí lo hace la

⁹⁶⁵ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la herencia*. cit. p. 337.

⁹⁶⁶ Diferencias que señala de manera muy pedagógica y didáctica la STS num. 468/2019, de 17 de septiembre (RJ/2019/3619), FJ 3º.

⁹⁶⁷ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La colación hereditaria*. cit. p. 85.

⁹⁶⁸ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1327.

reducción, cuya finalidad última es dejar sin efecto (con ineficacia relativa y parcial) el exceso de lo donado para que el mismo pueda volver *in natura* (o por equivalente económico) al legitimario lesionado.

2. Por su carácter imperativo o dispositivo⁹⁶⁹. La computación es una operación de carácter imperativo, por lo que no puede ser dispensada en modo alguno por el testador o el donante⁹⁷⁰. Del mismo modo, la imputación, como operación global, pues no cabe que exista una atribución patrimonial que no sea imputada a ninguna de las porciones en que se divide habitualmente la herencia (aunque sí caben, obviamente, los mandatos concretos de imputación que efectúe el donante/testador)⁹⁷¹.

La colación y la reducción, sin embargo, son dispositivas: el donante/testador puede dispensar⁹⁷² (u ordenar) la colación y el legitimario puede renunciar, tras la muerte del causante, al ejercicio de la acción de reducción. Es más, es posible, por ejemplo, que no se dé en una sucesión el fenómeno de la colación porque el donante/testador haya dispensado de colación a todas las atribuciones

⁹⁶⁹ STS 29/2008, de 24 de enero (RJ\2008\306).

⁹⁷⁰ STS 2/2010 de 21 de enero (RJ\2010\11). Gira esta sentencia en torno a una cláusula testamentaria en la que el testador ordenaba que determinada donación “no se tome en consideración a ningún efecto de su sucesión”.

Entiende el Tribunal que esta cláusula no se limita a una mera dispensa de colación, sino que en ella el causante pretende que la donación quede excluida totalmente del cómputo de la herencia. Y a este respecto, sostiene que “la donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum* determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta” (FJ 3º).

⁹⁷¹ A salvo, lo dicho sobre dispensa de imputación en el Derecho italiano (art. 564, 2º comma, CCI).

⁹⁷² E, igualmente, puede el donante/testador revocar la dispensa de colación, como recuerda la STS 134/2019 de 6 de marzo (JUR\2019\84932), cualquiera que haya sido la forma en que se hubiera hecho. Así, la mentada sentencia mantiene el criterio de que la dispensa de colación realizada en el mismo acto de la donación es revocable unilateralmente por el donante, en acto posterior, sin necesidad de concierto o aceptación por parte del donatario. Y esto porque la dispensa “es un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa* regido por el principio de revocabilidad [...]. Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable” (FJ 4º).

El caso recogido en esta resolución es aún más extraño pues de sus antecedentes se deduce que, en realidad, el donante no había ordenado la dispensa de colación en el acto de la donación, sino que había realizado la misma y, con posterioridad, en una carta dirigida a la donataria, le expresaba su determinación de declarar dicha donación “no colacionable” en un futuro testamento. Testamento que, si bien llegó a otorgarse ante Notario, nunca recogió, por el contrario, la dispensa aludida.

realizadas por él. Y del mismo modo, puede que no se produzca el fenómeno de reducción al no ejercitar la acción ninguno de los legitimarios legitimados activamente para ello.

Por consiguiente, una donación puede ser “no colacionable”, pero siempre será computable e imputable⁹⁷³ [SSTS de STS de 21 de abril de 1990 (RJ\1990\2762)⁹⁷⁴; STS num. 124/2006, de 22 de febrero (RJ\2006\900); y de 19 de mayo de 2008 (RJ/2008/3085)]. Y podrá ser reducida por inoficiosa en ambos casos, tanto si es colacionable como si ha sido dispensada (por el donante/testador) de colación y resulta inoficiosa (recordemos que el exceso de esta donación se imputa, a falta de disposición del causante que la atribuya a mejora, a la parte de libre disposición y, por consiguiente, está sujeta a reducción si también excede de este tercio).

3. Por su finalidad⁹⁷⁵. Computación, imputación y reducción tienden, cada una en su medida, a proteger la legítima⁹⁷⁶; finalidad que no comparte la colación, que pretende únicamente evitar que se produzcan entre los legitimarios desigualdades no queridas por el causante (sin perjuicio de que, indirectamente, termine protegiendo a los legitimarios no donatarios)⁹⁷⁷.
4. Por sus requisitos⁹⁷⁸. La computación y la imputación se van a llevar a cabo aunque haya un único legitimario, pues son operaciones

⁹⁷³ BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 456.

⁹⁷⁴ “Lo que se ha querido decir [con la dispensa de colación] es que entonces no se computarán [entiéndase, se imputarán] las donaciones a 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” (FJ 2º).

⁹⁷⁵ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1328.

⁹⁷⁶ La computación protege la legítima globalmente considerada; la reducción, por su parte, hace lo propio con la legítima individual.

⁹⁷⁷ BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. p. 361. STS de 17 de marzo de 1989, FJ 3º.

⁹⁷⁸ DE LOS MOZOS, José Luis. *La colación*. cit. p. 136.

necesarias para determinar la base de cálculo de la legítima y las cuotas globales e individuales de la misma⁹⁷⁹.

La colación, sin embargo, requiere que la existencia de: varios legitimarios sucesores del causante (o representados por sus descendientes), que sean partícipes de la comunidad hereditaria (esto es, que hayan sido llamados a título de heredero o legatario de parte alícuota) y que hayan sido beneficiarios de donaciones realizadas por el causante sin dispensa de colación.

La reducción de donaciones, por su parte, requiere para su aplicación la existencia de, al menos, un legitimario lesionado y de donaciones realizadas por el causante que, excediendo de la parte de libre disposición, hayan vulnerado la legítima del legitimario actuante.

5. Por su objeto⁹⁸⁰. La computación tiene por objeto todas las donaciones realizadas por el causante, con independencia del tiempo en que fueron hechas y de quién fuese el destinatario de las mismas (legitimarios o extraños⁹⁸¹).

La imputación tiene por objeto todas las atribuciones lucrativas realizadas por el causante, también las realizadas *mortis causa*, a fin de que cada una de ellas quede adscrita (imputada) a una de las porciones en que se divide idealmente la herencia.

La colación, por su parte, tiene por objeto únicamente las donaciones realizadas por el causante a los legitimarios que, tras aceptar la aceptación de la herencia, concurren como sucesores copartícipes de la comunidad hereditaria.

La reducción de donaciones, finalmente, tiene por objeto meramente las donaciones que sean reputadas, conforme a las operaciones ya señaladas, inoficiosas y que, por tanto, sean susceptibles de ser reducidas, con independencia de quién sea el donatario y del tiempo en que fueron realizadas.

⁹⁷⁹ BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.) y GARRIDO MELERO, Martín (Coord.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. cit. p. 361.

⁹⁸⁰ DE LOS MOZOS, José Luis. *La colación*. cit. p. 136.

⁹⁸¹ Entrando en esta categoría el nieto en vida del padre.

6. Por su funcionamiento⁹⁸². La computación, la imputación y la colación no suponen ni implican devolución a la masa hereditaria o caudal relicto de ningún bien o derecho, ni siquiera del exceso que resulte inoficioso.

La reducción, por su parte, actúa en una esfera diferente, que no llega a coincidir con ninguna de las anteriores (lo que hace que las mismas se configuren como operaciones previas, pero independientes y autónomas de la reducción). Así, una donación tiene que ser computada e imputada, podrá (si se cumplen los requisitos) ser colacionada (o no) y, en todo caso, si es inoficiosa conforme a las operaciones anteriores, podrá ser reducida.

Señaladas estas diferencias, finalmente, han de señalarse, también, las dos semejanzas más notables que comparten estas operaciones: todas actúan incluso cuando no hay bienes en el caudal relicto y todas proceden sólo en el supuesto de que haya legitimarios, si bien cada una con sus particularidades.

Queda sí definida, a nuestro entender, la reducción como institución distinta, independiente y autónoma de la imputación, la computación y la colación, si bien relacionada con ellas, en la medida en que éstas son operaciones a realizar con carácter previo a aquélla. En efecto, para poder declarar la inoficiosidad de una donación, la misma habrá de ser previamente computada conforme a lo establecido en el art. 818.II CC, imputada a alguna de las porciones en que se divide idealmente la herencia y colacionada, si se dan los requisitos y supuestos necesarios.

⁹⁸² DE LOS MOZOS, José Luis. *La colación*. cit. pp. 144 y ss.

CAPÍTULO CUARTO

LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE DONACIONES INOFICIOSAS Y SU EJERCICIO

SUMARIO.- I. NATURALEZA Y CARACTERES DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL (COMÚN) E ITALIANO. II. LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN EN EL DERECHO CASTELLANO Y SU DIFERENCIA CON OTRAS ACCIONES PROTECTORAS DE LA LEGÍTIMA Y LA HERENCIA. DIFERENCIAS CON LA EXPERIENCIA ITALIANA. III. LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN Y LA ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS REALIZADOS EN FRAUDE DE LEGÍTIMA. UNA REFLEXIÓN PARA EL DERECHO ESPAÑOL COMÚN. IV. LEGITIMACIÓN. 1. Legitimación activa en el Derecho español común. 1.1. Los legitimarios. 1.2. Los herederos y causahabientes del legitimario. 1.3. Carecen de legitimación activa. La legitimación activa de los acreedores del causante y del legitimario. Reflexiones desde el Derecho italiano. 2. Legitimación pasiva. 3. Algunas particularidades sobre legitimación en el Derecho italiano. V. PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA ACCIÓN. APORTACIONES DESDE LA DOCTRINA ITALIANA. VI. ORDEN EN LA REDUCCIÓN DE DONACIONES. 1. La naturaleza imperativa o dispositiva del art. 656 CCE a la luz del art. 559 del Código civil italiano de 1942. 2. El problema de la fecha de la donación en el Derecho español común: la antinomia entre los arts. 623 y 629 del Código civil de 1889. VII. EL PROBLEMA DE LA INSOLVENCIA DEL DONATARIO. VIII. VALORACIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE REDUCCIÓN. UNA REFLEXIÓN COMPARADA IX. EFECTOS DE LA REDUCCIÓN Y MODOS DE LLEVARSE A CABO EN EL DERECHO ESPAÑOL COMÚN. 1. Destino de los bienes objeto de reducción. 2. Frutos, gastos, mejoras y pérdida de la cosa objeto de reducción. 2.1. La entrega de los frutos. 2.2. Los gastos hechos y la pérdida de valor de la cosa. 2.3. La pérdida de la cosa. 3. La reducción de la finca no sujeta a cómoda división. X. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DEL DERECHO ITALIANO. 1. La acción de restitución contra el destinatario de la disposición sometida a reducción. 2. La acción de restitución contra los terceros adquirentes del bien objeto de la disposición lesiva. XI. EFECTOS DE LA REDUCCIÓN EN SUPUESTOS DE

LEGÍTIMA VIDUAL. EL CASO DEL DERECHO ESPAÑOL COMÚN. 1. Régimen jurídico y caracteres principales de la legítima viudal. 2. La posición del cónyuge superviviente en la sucesión del premuerto. 3. Problemas más relevantes de la reducción de donaciones en supuestos de legítima viudal en el Derecho español común. 3.1. La conmutación de la legítima viudal y su incidencia en la reducción de donaciones. 3.2. Bienes gravados y orden de reducción de donaciones. XII. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO CIVIL ITALIANO 1. Renuncia. 2. Plazo para el ejercicio de la acción.

I. NATURALEZA Y CARACTERES DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL (COMÚN) E ITALIANO

Se llama reducción de donaciones, en palabras de CASTÁN, a la:

“[R]escisión parcial que la ley establece para rebajar, en cuanto al exceso, las donaciones que resulten inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte”⁹⁸³.

En el mismo sentido la entiende la doctrina italiana, según la cuál:

“[L]’azione di riduzione è il mezzo specifico concesso al legittimario per far dichiarare nei suoi confronti l’inefficacia delle disposizioni testamentarie e delle donazioni che hanno leso i suoi intangibili diritti alla quota di legittima”⁹⁸⁴.

Recoge esta definición, mucho mejor que la dada por CASTÁN, el carácter relativo de la ineficacia que produce la reducción por inoficiosidad. Del mismo modo, puede ya apreciarse que el derecho italiano, al contrario que el Código civil español, hará un tratamiento unitario de la acción de reducción.

Del mismo modo, distinguirá el Derecho italiano entre *azione di riduzione* (destinada a obtener la declaración de inoficiosidad del legado/donación) y *azione di restituzione*

⁹⁸³ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo VI. Volumen II.* cit. p. 253.

⁹⁸⁴ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II.* cit. p. 529.

(art. 563 CCI) dirigida a obtener la restitución de los bienes que fueron objeto de donación, ya del donatario, ya (con determinados requisitos) del causahabiente de éste.

Se dirige la acción de reducción, por consiguiente, a la reintegración de la cuota expectante al legitimario y evita que la misma sea lesionada, entre otros, por los actos *inter vivos* del causante.

En esta línea, la doctrina española es pacífica al afirmar que la acción de reducción tiene naturaleza rescisoria⁹⁸⁵ (criterio este no compartido por la doctrina italiana⁹⁸⁶), puesto que se dirige a dejar sin efecto (total o parcialmente) una transmisión patrimonial ya consumada⁹⁸⁷ (arts. 645, 649 y 650 CCE, por analogía. También el art. 1295 CCE).

En efecto, como ya se indicaba en el capítulo 2, la presencia de la legítima en los ordenamientos español (común) e italiano no priva al causante de su libertad dispositiva *inter vivos* y éste bien puede enajenar, gravar o donar todos sus bienes (con el límite, dentro del Derecho castellano, del art. 634 CCE). Y sus actos de disposición serán, en principio, válidos y eficaces⁹⁸⁸. Únicamente cuando se produzca su fallecimiento, si tras realizar las operaciones descritas en el capítulo 3, se advirtiera que las donaciones hechas a extraños no caben en la parte de libre disposición, podrán estas reducirse mediante el ejercicio de la acción que ahora se estudia⁹⁸⁹.

Se trata de una acción que, como se indicaba en el capítulo 2, va a producir una ineficacia relativa y limitada⁹⁹⁰ de la que van a derivar la mayoría de sus notas características. Conviene subrayar aquí que la acción de reducción no opera sobre la validez de la donación (como negocio/acto jurídico), sino únicamente sobre sus

⁹⁸⁵ Por todos, José María. MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo VI.* cit. p. 276. PUIG BRUTAU, José. *Diccionario de acciones en Derecho civil español.* cit. p. 197. ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. *Curso de Derecho Hereditario.* cit. p. 207.

⁹⁸⁶ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria.* cit. p. 89. TRINGALI, Fabio. *Le donazioni.* cit. p. 502.

⁹⁸⁷ Naturaleza ésta que aparece ya en la Ley 7ª, tit. XII del Fuero Real, *in fine*, cuando dice que “é si por ventura mas diere, la donación no vala en aquello que es de mas, é vala en aquello que puede dar”.

⁹⁸⁸ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda.* cit. p. 241.

⁹⁸⁹ Tras haber reducido, en caso de sucesión testada, las mandas y los legados (art. 820.1º CCE/555, comma 2, CCI).

⁹⁹⁰ Notas éstas que, según JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana.* cit. p. 52, caracterizan también a la ineficacia producida por las acciones rescisorias. CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I.* cit. p. 531.

efectos⁹⁹¹: el acto dispositivo de liberalidad que el causante llevó a cabo seguirá siendo válido, pues ya lo era *ab origine*, sin que la inoficiosidad del mismo pueda viciarlo de nulidad absoluta o relativa⁹⁹²; pero sus efectos sí podrán ser y serán reducidos: se entenderá, por consiguiente, que la donación no produce efectos, total o parcialmente, frente al legitimario que ha ejercitado con éxito la acción de reducción⁹⁹³.

Esta naturaleza rescisoria para el Derecho español común se coordina bien, además, con los antecedentes históricos de la acción (que se explicaban en el capítulo 1), al menos en lo que al Derecho romano se refiere, en el que ésta tenía “por objeto la restitución *in natura* de la donación en cuanto fuere inoficiosa, no operaba automáticamente, sus efectos eran meramente personales, no alcanzaba a los terceros y se dirigía a obtener la revocación”⁹⁹⁴.

Además de su naturaleza rescisoria, la acción de reducción se caracteriza por las siguientes notas:

1. Acción personal, independiente e individual. La acción de reducción de donaciones inoficiosas es una acción personal⁹⁹⁵ e individual⁹⁹⁶, cuyo objetivo es reparar el perjuicio sufrido por el legitimario (y no la vulneración de la legítima global), y que debe ejercitar cada legitimario únicamente en lo que afecte a su legítima.

⁹⁹¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*. cit. p. 421. Señala este autor que el negocio de enajenación continúa siendo válido *ex tunc*, pero sus efectos se suprimen, total o parcialmente, *ex nunc*.

⁹⁹² STS de 28 de febrero de 1966 (RJ\1966\2608), Cdo. 2: “las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos no son radicalmente nulas, y sí solamente inoperantes dando lugar en su caso a las reducciones procedentes en cuanto fueren inoficiosas o excesivas”. Lo mismo que se dice para las disposiciones testamentarias puede sostenerse para las donaciones (*ex art. 654 CCE*).

⁹⁹³ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 231. “La riduzione non tocca la disposizione lesiva, eliminandone direttamente l’efficacia attributiva, ma soltanto la rende inoperante nei rapporti col legittimario che ha esperito vittoriosamente l’azione”.

⁹⁹⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Apuntes de Derecho Sucesorio III. Atribución de la legítima por actos *inter vivos*” en *ADC*. cit. p. 545.

⁹⁹⁵ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II*. cit. p. 402. TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 505. PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 557.

Así también, la STS de 13 de marzo de 1989 (RJ\1989\2039).

⁹⁹⁶ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 209. Más adelante (210) nos dice que el carácter individual de la acción de reducción es consecuencia de la naturaleza patrimonial del derecho de legítima. La relación patrimonial es siempre individual e inorgánica también cuando tiene naturaleza real y el mismo derecho de propiedad puede formar parte del patrimonio de diversas personas.

Así, sostiene DE LOS MOZOS⁹⁹⁷ que no se puede pretender que ningún legitimario actúe en beneficio de los demás, siendo éstos los que deben ejercitar la acción si quieren obtener la reducción.

Este ejercicio individual de la acción es una consecuencia de su naturaleza rescisoria y del tipo de ineficacia que va a producir su ejercicio (victorioso). En efecto, al ser relativa y limitada la ineficacia que se deriva del ejercicio de esta acción, sólo se concede legitimación activa al legitimario efectivamente lesionado que decida interponer la demanda oportuna, que, además, en tanto que tal, como bien indica JORDANO FRAGA⁹⁹⁸, habrá de probar no sólo su condición de legitimario efectivo dentro de la sucesión de que se trate, sino también que la atribución patrimonial lucrativa otorgada al sujeto demandado lesiona su derecho de legítima⁹⁹⁹.

El carácter individual de la acción descansa sobre la configuración de la reducción como instituto protector de la legítima individual y no, por el contrario, de la legítima global. En efecto, cada legitimario actuará en defensa de un interés personal y propio y no colectivo¹⁰⁰⁰.

Y es que, como se acaba de decir, el ejercicio de esta acción descansa, en última instancia, sobre el perjuicio económico individual (en forma de lesión a la legítima) que sufre el legitimario. De ahí también que el ejercicio de la acción de reducción por parte de alguno de los legitimarios no redunde en beneficio de los restantes¹⁰⁰¹ (más allá del efecto reflejo que pudiera extraerse del posible juego de una cosa juzgada positiva *ex art. 222.4 LEC*). En efecto,

⁹⁹⁷ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil*. cit. p. 405.

⁹⁹⁸ JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. p. 31. Si bien las consideraciones allí expuestas se refieren al demandante de la acción pauliana, pueden ser traídas aquí por analogía.

⁹⁹⁹ Es ésta una prueba más de que, como se indicará más extensamente en el capítulo 6, la legítima, contemplada desde la óptica de la inoficiosidad, está configurada como un crédito y de que el legitimario no satisfecho se asemeja a un acreedor con una posición cualificada.

¹⁰⁰⁰ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 504. “Tra i legittimari non esiste una solidarietà attiva. Ognuno di essi, infatti, è portatore di un diritto autonomo all’esercizio di riduzione e può rinunciarvi”.

¹⁰⁰¹ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. p. 543. Ahora bien, puede decirse que esto no siempre fue así: en la Novela 92 (octubre del 539 d.C.) de Justiniano se establece que el ejercicio de la acción por uno de los legitimarios aprovecharía a todos, revocándose la donación en los necesario para restaurar colectivamente la legítima (véase, SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. p. 126).

como señalan CROTTI y D’ALESSANDRO¹⁰⁰², la acción corresponde al legitimario lesionado en los límites de su cuota.

Se trata de una acción que, por consiguiente, no da lugar a litisconsorcio activo necesario¹⁰⁰³. En consecuencia, el hecho de que alguno de los legitimarios no ejercite la acción en defensa de su derecho no incrementa ni acrece el derecho de los demás. Ni siquiera, aunque alguno de los legitimarios renuncie expresa o tácitamente a la acción, pues no es lo mismo y no puede identificarse la renuncia a la acción con la renuncia a la legítima. Sólo en caso de esta última, se acrecerá (impropiamente, según el art. 985.II CCE¹⁰⁰⁴) la cuota legitimaria de los accionantes.

Una excepción a dicha norma la encuentra GARCÍA PÉREZ¹⁰⁰⁵ en los supuestos de adquisición de legítima por derecho de representación. Así, cuando la legítima se adquiera *per stirpes* aparece la duda de si habrá de ejercitarse la acción colectivamente por parte de todos los “representantes”, ya que a todos se defiere la cuota individual que correspondía al “representado”.

La autora citada sostiene que tampoco en este caso existiría la obligación de ejercitar la acción colectivamente, aunque nada lo impediría, pues el carácter unitario de la stirpe no prevalece sobre el carácter individual de la acción.

Por lo que, en principio, tampoco en este caso habrían de actuar de consuno los representantes del que iba a ser legitimario originariamente, pudiendo cada uno hacerlo individualmente.

Finalmente, hablamos de acción personal, como se ha indicado, porque puede dirigirse únicamente contra el donatario cuya donación resultó lesiva para el

¹⁰⁰² CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 984.

¹⁰⁰³ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 237. GENNARI, Giuseppe. *Successioni e donazioni. Percorsi giurisprudenziali*. cit. p. 126. CANTELMO, V.E. “L’attuazione della tutela” en RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni*. cit. p. 540.

¹⁰⁰⁴ En caso de renuncia a la legítima por parte de un legitimario, lo que se produce en el Derecho civil español común es una expansión de la cuota de legítima correspondiente a los restantes. A esto se refiere el párrafo segundo del art. 985 CCE cuando dice: “Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por derecho de acrecer”.

¹⁰⁰⁵ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 136.

derecho del legitimario¹⁰⁰⁶ (sobre esto, volveremos al analizar la legitimación pasiva).

2. Carácter constitutivo. La acción de reducción va a configurarse, además, como una acción constitutiva¹⁰⁰⁷. En efecto, la donación impugnada por inoficiosidad seguirá produciendo todos sus efectos en tanto que no sea agredida efectivamente y con éxito.

La donación inoficiosa es, así, un acto eficaz, si bien con una eficacia claudicante¹⁰⁰⁸. Por tanto, el ejercicio victorioso de la acción (y, más concretamente, la sentencia que recaerá en el procedimiento correspondiente) “altera, modifica o cambia la situación jurídica anterior a dicha sentencia del acto impugnado, instaurando, estatuyendo o *constituyendo*, a partir de ella una nueva situación jurídica en su respecto”¹⁰⁰⁹.

Habría de añadirse a estos caracteres de la acción en el Derecho español, el del carácter retroactivo de efecto real que tiene la acción en el Derecho italiano¹⁰¹⁰ (arts. 561 y 563 CCI), sobre el que volveremos, *per extenso*, en este mismo capítulo, al tratar de la acción de restitución y de los efectos de la acción de reducción.

¹⁰⁰⁶ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 532 (que, por el tratamiento unitario que tiene en Italia la acción de reducción, señalan que la misma, por su carácter personal, puede dirigirse contra el donatario, el heredero o el legatario).

¹⁰⁰⁷ JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. p. 66. TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 503. NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 85.

En contra, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y los legados” en MONJE BALMASEDA, Oscar; *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 919, que la califica de “declarativa de condena”.

¹⁰⁰⁸ Pero que puede devenir completamente eficaz e inatacable, por ejemplo, si los legitimarios renuncian a la acción (siempre tras la muerte del causante y medie o no cualquier compensación) o si transurre el plazo de ejercicio de la misma sin que ninguno de ellos haya decidido accionar.

¹⁰⁰⁹ JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. pp. 67-68. Más adelante (p. 73) sostiene que el elemento clave de esta naturaleza constitutiva es que siempre será necesaria la sentencia “para producir la ineficacia”, ya que ésta “instaura/constituye, respecto del acto impugnado, una situación jurídica nueva”.

Cierto es que todas estas reflexiones se hacen sobre y a raíz de la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 CCE), pero, por la similitud entre ambas acciones, son perfectamente aplicables a la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

¹⁰¹⁰ LUPI, Laura “Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 690: “è possibile ascrivere, all’azione di riduzione, la produzione di effetti retroattivi reali, poiché gli effetti retroagiscono al momento dell’apertura della successione, non solo fra le parti, ma anche nei confronti dei terzi: ciò trova ulteriore conferma all’art. 561 c.c., il quale affranca gli immobili restituiti al legittimario, liberi da ogni peso ed ipoteca”.

A lo dicho cabe añadir que la acción de reducción de donaciones, por su propio funcionamiento y configuración, no forma parte del patrimonio del causante, sino que es atribuida *ex lege* al (y solo al) legitimario lesionado en su legítima que, tras reducir las mandas y legados (cuando existan), aún no ha visto satisfecho su derecho (art. 820.1º CCE).

En efecto, la reducción de donaciones es el último de los institutos reductores¹⁰¹¹, por lo que el legitimario lesionado únicamente podrá acudir a ella cuando, tras haber sido reducidas las mandas y legados testamentarios, aún subsista la lesión y existan donaciones que reducir¹⁰¹².

Como de un derecho privado y potestativo del legitimario se trata (el derecho a reclamar la parte de legítima correspondiente), éste podrá siempre renunciar al ejercicio de la acción (pues cabe la renuncia a la legítima, siempre que no sea anticipada *ex art.* 816 CCE, para el Derecho común español y *art.* 557 CCI para el Derecho italiano). Asimismo, cabrá siempre la satisfacción extraprocésal del legitimario, que podrá llegar con el donatario a los acuerdos que tengan por convenientes (siempre dentro de los límites del *art.* 1255 CCE).

Precisamente este carácter privado hace que la reducción nunca pueda ser declarada de oficio, ni prejuzgada por el notario o el registrador al autorizar o calificar¹⁰¹³. Ahora bien, puede ejercitarse esta acción, aunque el caudal relicto sea cero (por superar las deudas el activo relicto), pues el legitimario también cuenta para satisfacer su derecho con los bienes (o su valor) de los que el donante dispuso gratuitamente en vida (*arts.* 818 y 636 CCE)¹⁰¹⁴.

¹⁰¹¹ Subsidiariedad que es subrayada por toda la doctrina. Por todos, PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V.* cit. p. 402. FERRI, Luigi. *Legittimari.* cit. p. 164. Nota (I).

¹⁰¹² En aquellos casos en los que no exista testamento, por haber muerto el causante intestado o por haberse éste declarado nulo en su totalidad o por haber sido revocado por otros posterior que únicamente contenía la disposición revocatoria, la reducción de donaciones será el único de los institutos reductores al que pueda acudir el legitimario lesionado (sin perjuicio de las otras acciones que le asisten y que no tienen naturaleza reductora, como, por ejemplo, la de nulidad de actos realizados por el causante en fraude de sus derechos legitimarios).

¹⁰¹³ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de Liberalidades.* cit. p. 1339. Esta misma idea en VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *Anuario de Derecho Civil.* cit. p. 159. Nota 526. También, dentro de la doctrina italiana, NAPPA, Stefano. *La successione necessaria.* cit. p. 88.

¹⁰¹⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II.* cit. p. 155. Que sostiene esta solución sobre la base de que, si los acreedores no pueden satisfacer sus

Finalmente, cabe señalar que el Código civil español común regula esta acción en sede de donaciones, con remisiones a normas situadas en el régimen de sucesiones. Concretamente en los arts. 654, 655, 656, 820, 821, 822 y, para un supuesto concreto, en el art. 1044 CCE.

El *Codice civile*, por su parte, regula la *azione di riduzione* en la *Sezione II* del *Capo X (Dei legittimari)* del *Titolo I (Disposizioni generali sulle successioni)* del *Libro II (Delle successioni)*, bajo la rúbrica: *Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari*, lo que contextualiza (desde su finalidad) el objetivo último de la *azione* y modaliza todo su funcionamiento y configuración. Esta regulación unitaria, preferible a la fragmentaria que se encuentra en el Código civil español, no sólo facilita la tarea del intérprete, sino que, por la ubicación sistemática del capítulo, resuelve positivamente determinadas cuestiones (como la aplicación de la reducción en sede de sucesión intestada) que en España han quedado al albur de la doctrina.

II. LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN EN EL DERECHO CASTELLANO Y SU DIFERENCIA CON OTRAS ACCIONES PROTECTORAS DE LA LEGÍTIMA Y LA HERENCIA. DIFERENCIAS CON LA EXPERIENCIA ITALIANA

Los llamados remedios o acciones reductoras proceden cuando el legitimario, sin haber sido preterido o injustamente desheredado, ha recibido algo de lo que por legítima le correspondía, pero sin que su atribución sea suficiente para satisfacer la totalidad de su derecho (art. 815 CCE). Son, por consiguiente, instrumentos de protección de la intangibilidad cuantitativa de la legítima¹⁰¹⁵.

En este supuesto, se despliegan para el legitimario un conjunto de acciones, cuya característica común es que todas ellas pretenden una reducción para obtener un complemento de la legítima insuficiente¹⁰¹⁶.

créditos con el fruto de la reducción de donaciones, tampoco éstas se verán minoradas por las deudas de la herencia.

¹⁰¹⁵ Y esto, pese a la regla general de que la reducción debe llevarse a cabo, siempre que sea posible, *in natura*. PANIZA FULLANA, Antonia. “La acción de complemento de legítima: concurrencia y ejercicio” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 862. En contra, MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. pp. 271 y ss.

¹⁰¹⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, V*. cit. p. 421.

Todas estas acciones van a compartir, por consiguiente, un supuesto de hecho común: la existencia de un legitimario lesionado en su legítima y de atribuciones excesivas en favor de otros sujetos (legitimarios o no). Así, el conjunto de acciones reductoras tiene como presupuesto fáctico, tal y como se ha indicado, un legitimario que ha recibido (por cualquier título gratuito *inter vivos* o *mortis causa*) parte (no todo) de lo que por legítima le correspondía.

En este sentido, se van a diferenciar, en principio, de la acción de preterición y de desheredación injusta, en la medida en que las dos últimas suponen un legitimario que, o bien no ha sido ni siquiera mencionado en el testamento¹⁰¹⁷, o bien ha sido privado del derecho de legítima sin que medie alguna de las causas tasadas en los arts. 852 a 855 CCE. Esta diferencia del supuesto de hecho es la que justifica que se trate de manera diferenciada la distinción entre la acción de reducción y las restantes acciones reductoras (lo que hacemos en este epígrafe) y entre la acción de reducción y las acciones de preterición y desheredación injusta.

Y es que, si bien todas las acciones mencionadas protegen o están destinadas a proteger, directa o indirectamente, los derechos sucesorios patrimoniales del legitimario, lo cierto es que ambos conjuntos (las reductoras y las restantes) parten de supuestos de hechos distintos, que van a incidir en gran medida en la configuración y funcionamiento de cada una de las acciones.

Volviendo al tema que nos ocupa, el de la acción de reducción en el conjunto de los remedios reductores, señalan LACRUZ/SANCHO¹⁰¹⁸ que estamos aquí ante instituciones semejantes o (al menos) muy parecidas, en la medida en que cualquier acción de reducción será, igualmente, una acción de suplemento, toda vez que en su conjunto presuponen una legítima insuficiente y tratan de subsanar dicha insuficiencia mediante la disminución de las cuotas o derechos concedidos a otros.

La finalidad de todas estas acciones reductoras (suplemento y reducción de legados y de donaciones) será, en efecto, la misma: proteger el derecho del legitimario ofreciéndole mecanismos para la obtención del complemento a su legítima *a priori* insuficiente.

¹⁰¹⁷ Ni ha recibido atribución económica alguna (*inter vivos* o *mortis causa*).

¹⁰¹⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 502.

Siendo esto así, podríamos preguntarnos por qué no hacer un tratamiento unitario de las tres acciones, unificándola en una única acción, toda vez que parecen compartir presupuesto de hecho, finalidad e, incluso, consecuencia jurídica (la reducción de una disposición lucrativa determinada y la atribución del resultado de dicha reducción al legitimario lesionado).

En efecto, así lo hace el Código civil italiano de 1942 en sus arts. 553 y ss., que recoge una única acción de reducción, dirigida a la reintegración de la cuota reservada a cada legitimario. La acción de reducción contenida en el Código civil italiano puede dirigirse contra los sucesores *ab intestato* (art. 553 CCI)¹⁰¹⁹, contra las disposiciones testamentarias (art. 554 CCI) y contra las donaciones (art. 555 CCI).

Ahora bien, pese a lo dicho, y pese a las características comunes y semejanzas que se han señalado, las tres acciones de las que venimos hablando son y tienen en el ordenamiento jurídico español un tratamiento distinto y diferenciado. Ello se produce por la distinta atribución (objeto) cuya reducción se persigue. Así, la acción de complemento se dirige, en opinión de algunos autores¹⁰²⁰, contra la institución de heredero (art. 815 CCE), la de reducción de atribuciones testamentarias hace lo propio con los legados (art. 817 CCE) y la de reducción de donaciones (arts. 654 y ss. CCE), finalmente, como su propio nombre indica, se dirige contra actos lucrativos que tuvieron lugar *inter vivos*.

Dicho con otras palabras: las tres acciones ahora estudiadas, aunque comparten importantes semejanzas, se diferencian por su objeto y tal diferencia es lo suficientemente cualitativa como para que el ordenamiento español común las regule como distintas y diferenciadas, de tal modo que el triunfo de alguna de ellas puede suponer la extinción de las otras (así, por ejemplo, si con la reducción de legados queda satisfecho el legitimario, no podrá impugnar ni atacar las donaciones realizadas *inter vivos*, perdiendo el derecho a solicitar la reducción de donaciones). Del mismo modo se expresan, pese al carácter unitario de la acción, los arts. 553, 554 y 555 CCI, que establecen que primero habrá de reducirse (cuando sea posible) la atribución hereditaria *ab intestato*, seguidas (en caso de

¹⁰¹⁹ BARBA, Vincenzo. “Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell’acquisto da parte di terzi” en *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*. cit. p. 59 señala que la reducción de la cuota intestada del art. 553 CCI no es una verdadera acción de reducción, sino una reducción automática.

¹⁰²⁰ Por todos ellos, BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 451.

existencia de testamento) de las atribuciones testamentarias y (en último lugar) de las donaciones (así lo señala con toda claridad el art. 555 CCI, comma 2, que dice literalmente que “le donazioni non si riducono se non dopo esaurito il valore dei beni di cui è stato disposto per testamento”).

Esta diferencia de objeto no es secundaria. Y esto porque en función de la atribución contra la que se dirijan, las acciones reductoras van a quedar configuradas de una manera o de otra¹⁰²¹.

Así, precisamente por su objeto, la acción de reducción de donaciones inoficiosas va a quedar diferenciada y, hasta cierto punto, separada de la de suplemento y reducción de legados. En efecto, a diferencia de las anteriores, la acción de reducción desborda, por su objeto, el ámbito sucesorio, pues se dirige contra personas y disposiciones que están fuera del mismo; igualmente, es el único de los institutos reductores que tienen carácter rescisorio¹⁰²².

III. LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN Y LA ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS REALIZADOS EN FRAUDE DE LEGÍTIMA. UNA REFLEXIÓN PARA EL DERECHO ESPAÑOL COMÚN

Un supuesto distinto del contenido en los arts. 636, 654, 655 y 656 CCE es el de aquel donante que, con el objetivo de lesionar los derechos de sus legitimarios, realiza una serie de donaciones (disimuladas) o actos lucrativos *inter vivos* a terceros, a fin de minorar el propio patrimonio¹⁰²³.

¹⁰²¹ Lo mismo ocurre en el sistema del *Codice civile*, que exige, para poder dirigir la reducción de donaciones contra donatarios no herederos, entre otros requisitos, que la herencia sea aceptada a beneficio de inventario (art. 564).

¹⁰²² Matiza esta opinión BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 454, para quien la acción de reducción de legados tiene también carácter rescisorio cuando el legado ha sido entregado y se encuentra ya en poder y posesión del legatario.

¹⁰²³ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y los legados” en MONJE BALMASEDA, Oscar. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 919 advierte que en ningún caso debe confundirse la acción de reducción de donaciones con la acción de nulidad por simulación de actos llevados a cabo en fraude de legítima.

En este caso, el supuesto más habitual en la práctica será el de la donación disimulada realizada bajo apariencia de compraventa¹⁰²⁴.

Recordemos, en palabras de ALBALADEJO, que “hay simulación cuando, de común acuerdo, las partes entre sí emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros”¹⁰²⁵. Esto es, cuando las partes hacen aparecer frente a estos terceros unas relaciones jurídicas que no son las verdaderamente existentes entre ellas, bien porque entre ellas haya relaciones diversas (simulación relativa), bien porque entre ellas no haya relación alguna (simulación absoluta)¹⁰²⁶.

DE CASTRO¹⁰²⁷ sostiene, sin embargo, que la simulación, más que la ocultación de un negocio o de un conjunto de relaciones jurídicas (en el caso de la simulación relativa) o de la ausencia total de ellas (en la simulación absoluta), lo que persigue es la ocultación de un “propósito comercial” que, al no poder expresarse (por ser contrario a Derecho, por ejemplo), queda velado bajo la mera apariencia de otro, que es el que aparece.

Para el supuesto que aquí se estudia, que es el de la donación disimulada realizada en fraude de legitimarios (y su diferenciación con la reducción de donaciones inoficiosas), ocultada, las más de las veces, bajo un contrato de compraventa con precio aparente¹⁰²⁸, se plantea la doctrina si la donación disimulada bajo un contrato de compraventa es nula o si, por el contrario, al no estar afectada de nulidad y ser válida (o, incluso, a pesar de estar aquejada de nulidad), será *meramente* reducible.

La cuestión no es superficial ni baladí, toda vez que de la respuesta que se dé a la misma van a derivarse consecuencias prácticas sobre la acción a ejercitar, la legitimación para su ejercicio, los plazos y el destino de los bienes.

Por consiguiente, será determinante establecer el tipo de ineficacia aplicable a la donación disimulada realizada en fraude de legitimarios. A este particular, la doctrina se divide en dos grandes aproximaciones:

¹⁰²⁴ Así lo afirma, con apoyo en un importante (y amplio) examen jurisprudencial, REBOLLEDO VARELA, Ángel L. “El legitimario ante la desheredación de hecho” en SEOANE SPIEGELBERG, José Luis (Dir.). *Derecho de sucesiones. Donación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 1995. cit. p. 257. De la misma opinión DURÁN RIVACOBÁ, Ramón. *Donaciones encubiertas*. Barcelona: Bosch. 2009. p. 9.

¹⁰²⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch y Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1958. p. 168.

¹⁰²⁶ GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. cit. pp. 311 y 312.

¹⁰²⁷ DE CASTRO. *El negocio jurídico*. cit. p. 334.

¹⁰²⁸ DURÁN RIVACOBÁ, Ramón. *Donaciones encubiertas*. cit. pp. 26 y ss.

1. Nulidad del acto realizado en fraude de legítima. Una primera tesis doctrinal defiende que los actos realizados en fraude de legítima no son reductibles, sino nulos, pues de nulidad los viciaría la intención o propósito negocial de perjudicar los derechos del legitimario, por lo que en estos supuestos no procedería la acción de reducción, sino la de nulidad por simulación¹⁰²⁹.

Y esto porque, como sostiene PUIG BRUTAU, “los legitimarios han de disponer de medios más enérgicos que la acción personal de rescisión cuando el causante ha realizado actos en fraude de sus derechos”¹⁰³⁰.

Entienden estos autores que no es lo mismo donar, que donar “en perjuicio de” y que ese matiz vicia de nulidad a la donación (por ilicitud de la causa del art. 1275 CCE), por lo que el remedio aplicable no sería la reducción de donaciones, pues la sanción del ordenamiento debe ser mucho más enérgica para quien dona a sabiendas de que perjudica.

2. Reducibilidad del acto realizado en fraude de legítima. Una segunda tesis sostiene que el acto realizado en fraude de legítima no es nulo de pleno derecho, sino meramente reductible, pues entiende que el mero propósito de perjudicar la legítima (y no el perjuicio real producido a la misma), que es un derecho potencial que no ha nacido en vida del causante (y que no se sabe, si quiera, si nacerá o no), no puede por sí mismo viciar de nulidad toda la donación.

Máxime cuando el art. 1291.3º CCE no establece la nulidad del acto realizado en fraude de acreedores, al que declara meramente rescindible¹⁰³¹.

Es por ello que ALBALADEJO/DÍAZ¹⁰³² sostienen que no ha de distinguirse entre las donaciones que persigan privar de la legítima y las que no, sino entre donaciones que lesionen o no la legítima, con independencia del motivo situado a la base de la donación, siendo el remedio común a ambas el de la reducción.

La nulidad sólo sería posible, según estos autores, si no existiese ningún otro remedio para subsanar el daño sufrido por el legitimario. Existiendo la

¹⁰²⁹ BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 449.

¹⁰³⁰ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*. cit. p. 127.

¹⁰³¹ Así, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 922.

¹⁰³² *Ibidem*, p. 925. En apoyo de lo dicho, señala este autor que, si fuera nula la donación hecha en fraude de legitimarios, sería nula aunque, finalmente, no lesionase la legítima, lo que nadie admite.

reducción, por tanto, que es menos lesiva que la nulidad, ésta habrá de ser la única acción que pueda usar el lesionado. Y esto, aunque se repute que la donación disimulada es nula de pleno derecho. Argumentación que es del todo punto coherente, en su opinión, con la letra del art. 6.3 CCE, que ordena la nulidad del acto realizado en fraude de ley, salvo que por norma se establezca otro efecto distinto. Este otro efecto distinto sería, en sede de donaciones realizada en fraude de los legitimarios, el de la reducción¹⁰³³.

En esta línea, aunque no del mismo modo, se sitúan también LACRUZ/SANCHO¹⁰³⁴, para quienes la nulidad de la donación disimulada por ilicitud de la causa requeriría, además del perjuicio efectivo a la legítima, un *consilium fraudis* específico: el de querer el causante/donante, sabiéndolo el (disimulado) donatario, minorar su patrimonio con el objetivo concreto de defraudar los derechos de sus legitimarios¹⁰³⁵, y esto porque, en efecto, la donación puede disimularse por otros motivos distintos, aunque produzcan el efecto reflejo de lesionar la legítima.

Sostiene, además, esta segunda aproximación doctrinal que, de admitirse la nulidad, se producirían toda una serie de efectos conexos que ningún autor admite: existiría legitimación para atacar la donación en vida del donante, podrían agredirla, además, personas distintas del legitimario, serían inválidas las transmisiones subsiguientes realizadas por el donatario, y, siguiendo la doctrina tradicional de la nulidad¹⁰³⁶, podría incluso ser declarada de oficio. VALLET¹⁰³⁷, por su parte, señala que, existiendo los remedios de la nulidad y la reducción, es preferible optar por el de la reducción, pues no se darían los efectos de la acción de nulidad antes señalados, que nadie quiere ni admite, y sí quedaría, por demás, salvaguardado el interés del legitimario, que siempre podrá reducir la donación que le perjudica, completando así su legítima insuficiente.

¹⁰³³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 928.

¹⁰³⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 170.

¹⁰³⁵ También aquí, PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II*. cit. p. 395.

¹⁰³⁶ Reflejada didáctica y sistemáticamente en DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tomo I*. cit. pp. 94 y ss. Esta doctrina clásica ha sido discutida, de manera brillante, a nuestro entender, por CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. cit. pp. 679 y ss. Para este tema, nos remitimos a las consideraciones hechas en el cap. 2.

¹⁰³⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 200.

A nuestro juicio, sin embargo, esta segunda postura, aunque defendida por civilistas de gran e incuestionable valor, es opinable y, quizá, errada, por lo que creemos más acertado seguir a los autores que sostienen la nulidad (y no la mera reducibilidad) de la donación realizada en fraude de legitimarios. Nuestra conclusión se basa en los dos argumentos que siguen y que se desarrollan *infra*: primero, que la aplicación del régimen de la inoficiosidad requiere una donación válidamente realizada y que dicho requisito no lo cumple (por ser ilícita su causa) la donación realizada en fraude de legitimarios; segundo, que la institución de la nulidad y de la inoficiosidad persiguen finalidades diversas, siendo más acorde en este caso la aplicación de la nulidad.

Y esto porque, si bien se mira, no es lo mismo donar a un extraño que donar a un extraño *en perjuicio* de un legitimario concreto. Hay en el segundo supuesto un elemento de fraude, de ilicitud, que altera el supuesto de hecho de aplicación del art. 636 CCE y que nos sitúa fuera del ámbito de aplicación del régimen jurídico de la inoficiosidad.

Así lo entiende también el Tribunal Supremo, según el cual debe distinguirse entre donaciones que lesionan la legítima y donaciones que *buscan* lesionar la legítima. Las primeras podrán ser declaradas inoficiosas; las segundas, por el contrario, serán nulas por tener causa ilícita [STS num. 684/2007, de 20 de junio (RJ\2007\5574), FJ 2^o1038].

En efecto, el perjuicio legitimario es la *ratio* de la reducción y éste se cifra en el dato objetivo de la lesión a la legítima y no en el dato subjetivo de la intención, ánimo o finalidad presente en el donante en el momento de realizarla¹⁰³⁹. Dicho con otras palabras: el ámbito de aplicación de la reducción por inoficiosidad se circunscribe al supuesto en el que el donante, actuando dentro del régimen jurídico de la donación (arts. 618 y ss. CCE), sin albergar ánimo, motivación o finalidad contraria a Derecho, perjudica, abstracción hecha de su intención y como consecuencia de la disposición realizada válidamente, la legítima de sus legitimarios.

Así lo explica (a nuestro juicio) muy certeramente, dentro de la doctrina italiana, PALAZZO¹⁰⁴⁰, cuando señala que el presupuesto de la acción de reducción es la lesión a la legítima, y que la misma ha de haber sido provocada por una donación válida. En

¹⁰³⁸ “Esta Sala ha sentado la doctrina según la cual cuando el causante quiere favorecer a alguien con una donación en perjuicio de sus legitimarios, encubriendo bajo la apariencia de un contrato oneroso o disimulado una donación, ésta no puede tener eficacia por fundarse en una causa ilícita conforme establece el art. 1275 del Código civil”.

¹⁰³⁹ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 52.

¹⁰⁴⁰ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 558.

efecto, si la donación fuese nula y, por consiguiente, inexistente, no se habría producido (*stricto sensu*) lesión alguna, por lo que no podría ejercitarse la acción de reducción¹⁰⁴¹.

Y, en el mismo sentido, han de destacarse (también) las palabras de TRINGALI cuando dice que:

“In merito alla fattispecie va osservato che, mentre l’azione di riduzione delle donazioni da parte del legittimario presuppone la validità delle stesse, l’azione di simulazione relativa volta a far dichiarare l’atto traslativo oneroso quale atto a titolo gratuito, come tale nullo, per difetto di forma¹⁰⁴² ex art. 782 c.c., presuppone la nullità di tale atto”¹⁰⁴³.

Por consiguiente, no es desacertado concluir que el ánimo de defraudar la legítima de los legitimarios añadiría al supuesto de hecho un *plus* que lo modificaría y al que no le podrían ser de aplicación (por no existir *eadem ratio*¹⁰⁴⁴) las normas de la reducción.

En efecto, la donación inoficiosa hecha a un extraño y la donación hecha a un extraño en perjuicio de los legitimarios constituyen, así, dos supuestos distintos, con dos efectos diferentes y, por tanto, con dos consecuencias jurídicas diversas.

Y esto porque, lo repetimos, del juego de los arts. 636 y 654 CCE se deduce que la inoficiosidad requiere para su aplicación de una donación válida. Así, el art. 636 CCE alude directa, expresa y concretamente al negocio jurídico donación, que es el único que puede verse afectado por el juego de la acción reducción¹⁰⁴⁵; del mismo modo, el art. 654.I CCE, *in fine*, sostiene que la donación realizada por el causante será válida en vida de éste, aunque luego sea reputada inoficiosa. Dicha validez, sin embargo, sólo será predicable de la donación que haya sido realizada válidamente por el propio causante, esto es, respetando los requisitos de consentimiento (arts. 624 y 625 CCE), forma (arts. 632 y 633 CCE), objeto (art. 634 y 635 CCE) y causa (art. 618, en relación con el art. 1274 CCE, *in fine*; y arts. 1275 CCE para la causa ilícita) de este negocio jurídico.

¹⁰⁴¹ En este mismo sentido, GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 711 y 712, que señalan que la validez de las disposiciones lesivas constituye un presupuesto de la acción de reducción. En efecto, la potencialidad lesiva de la disposición presupone su eficacia y, por tanto, su validez.

¹⁰⁴² La doctrina española, por su parte, opta por considerar nula esta donación por ilicitud de la causa y no por defecto de forma.

¹⁰⁴³ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 507.

¹⁰⁴⁴ Art. 4.1 CCE.

¹⁰⁴⁵ Regulada en ese artículo y en sus concordantes. Obviamente, también pueden verse sometidos a reducción las mandas y los legados testamentarios (art. 817 CCE).

Así lo señalan, entre otras, la STS num. 984/2002, de 23 de octubre (RJ\2002\9481), FJ 5º cuando dice que:

“[S]i se planteara la posibilidad de reducir la donación por inoficiosa en lugar de acordar su nulidad, la respuesta habrá de ser igualmente negativa, ya que mientras la donación reducible es una donación *válida*, la hecha con finalidad de defraudar los derechos legitimarios, en cambio, es una donación radicalmente nula por ilicitud de la causa”.

Y también la STS num. 824/2011, de 15 de noviembre (RJ\2012\755), que, en su FJ 5º, sostiene: “y no cabe plantear si una donación es o no inoficiosa cuando ha sido declarada nula y, en consecuencia, no ha producido efecto alguno”.

Por consiguiente, en la medida en que la inoficiosidad (tal y como se desprende de su régimen jurídico), requiere una donación válida¹⁰⁴⁶, difícilmente podrá ser de aplicación este régimen jurídico a una donación aquejada o afectada de nulidad¹⁰⁴⁷. Nulidad que, en este caso, vendría dada, como sostiene DE CASTRO¹⁰⁴⁸, por una “causa tarada”, que es “contraria a la moral”, cual es la de defraudar los derechos legitimarios.

Es por esto por lo que, para este autor, la intención o propósito de privar de la legítima, pese a que se ignore la cuantía que la misma tendrá en el futuro (y pese a que dicho derecho no haya devenido actual aún), sí vicia de nulidad el negocio jurídico donación¹⁰⁴⁹.

En efecto, DE CASTRO sitúa las donaciones disimuladas bajo apariencia de compraventa en la órbita de las nulas por causa contraria a la moral, entendida ésta como “la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia en las personas estimadas honestas”¹⁰⁵⁰.

Por ello, en la medida en que la donación nula no existe para el mundo jurídico, pues no llega el negocio nulo ni a nacer, ni a tener efectos (al menos, en abstracto, más allá de la posible aplicación práctica de esta abstracción), no puede hablarse de donación válida

¹⁰⁴⁶ LUPI, Laura “Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 683.

¹⁰⁴⁷ Así, ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto. Derecho de sucesiones I*. cit. p. 161.

¹⁰⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. cit. p. 240.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, p. 353. Que pone además como ejemplo de ilicitud de la causa en este tipo de supuestos: “defraudar los derechos legitimarios”.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, p. 246.

y, por consiguiente, no puede aplicársele la reducción por inoficiosidad, toda vez que la misma parte de la existencia de una lesión a la legítima y de que dicha lesión la haya producido una donación válidamente realizada por el causante.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la institución de la nulidad no tiene por finalidad la de proteger a la legítima, sino que posee una función de protección de la propia ley.

El que actúa *en fraude de legitimarios* no está únicamente (ni principalmente, pues estamos aquí aún *en vida* del *de cuius*) lesionando la legítima, sino que está vulnerando la norma, que se salvaguarda a sí misma estableciendo sus propios mecanismos de protección. Y, por tanto, la consecuencia que ha de ser aplicada es la de la nulidad del acto (por ilicitud de la causa, como venimos diciendo y como luego se especificará¹⁰⁵¹).

Esto explica que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de reducción, cuando se ejercita (victoriosamente) la nulidad, los bienes no vayan directamente al patrimonio del actuante, sino que deban volver al caudal relicto y, desde éste, atribuirse conforme a las reglas del reparto de la herencia. Y esto porque, efectivamente, el que ejercita la acción de nulidad no lo hace para proteger su legítima, sino para proteger el Derecho.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se ha indicado, opta por aplicar a la donación realizada en fraude de legitimarios un remedio más enérgico que la reducción, cual es el de la nulidad del art. 1275 CCE.

Así, la STS de 20 de diciembre de 1985 (RJ\1985\6604), en su FJ 1º, cuando señala que “cuando la escritura de compra-venta se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa”.

Del mismo modo, la STS num. 397/1995, de 5 de mayo (RJ\1995\3897) que, en su FJ 2º, citando la de 20 de octubre de 1961 (RJ\1961\3607) explica pormenorizadamente el parecer de la Sala al señalar:

¹⁰⁵¹ Objeción importante a este argumento es la de que el art. 1291.3º CCE declare (solo) rescindibles los contratos celebrados “en fraude de acreedores”, pues aquí también se está vulnerando (antes que el derecho del acreedor) a la propia norma, lo que impondría, en estricta aplicación de lo dicho en el texto, la nulidad. Quizás (pero solo quizás) la diferencia entre ambos supuestos estribaría en que el legitimario nunca es (solo y exclusivamente) un acreedor como los demás acreedores, sino que tiene (siempre y en todo caso) una posición cualificada dentro de la sucesión de que se trate.

“[Q]ue la compraventa de ... fue simulada entre el demandado don... y su madre, sin que mediara precio, habiendo tenido por objeto privar de su legítima a los otros dos hijos de la supuesta vendedora... y como ello constituye una causa ilícita, la donación encubierta no ya solamente por defectos de forma, en relación con el art. 633 de dicho Código, sino por aquel vicio sustancial, ha de considerarse, aun dentro de los límites de la legítima nula e ineficaz a tenor de los artículos 1275 y 1276 [...]. Cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita la causa”.

Doctrina seguida con posterioridad por la STS num. 314/2001, de 2 de abril (RJ\2001\6643), que, en su FJ 7º, señala:

“En el caso que nos ocupa, el Juzgador de instancia [...] niega con especial firmeza que la causa del otorgamiento sea lícita, remitiéndose a una reiterada doctrina jurisprudencial alusiva a aquellas donaciones simuladas con las que se trata de perjudicar los derechos de los legitimarios, las cuales se consideran ineficaces por perseguir un fin ilícito, elevando en estos casos el móvil a verdadera causa en sentido jurídico”.

Interesante es, finalmente, el supuesto contenido en la STS num. 701/1995, de 30 de junio (RJ\1995\5276) en la que los recurrentes, al no poder acreditar la entrega del precio que se declara confesado por la parte supuestamente compradora, alegan que la entrega de bienes se les hizo en contraprestación de unos servicios que los compradores (supuestos) habían realizado en beneficio de la (supuesta) vendedora, y que dichos servicios constituirían el “precio” de la compraventa.

El Tribunal rechaza esta argumentación y declara, primero, que, aunque pudieran acreditarse los servicios prestados, el negocio jurídico de transmisión no podría ser calificado en ningún caso de compraventa, pues ésta exige como elemento esencial de la misma la entrega en dinero o signo que lo represente (arts. 1445 y 1446 CCE), que no puede ser sustituido por servicios de ninguna índole, por lo que estaríamos en la órbita de la donación remuneratoria (art. 619 CCE); y segundo, que no habiéndose acreditado la existencia de dichos servicios, y deduciéndose de los hechos que la entrega de bienes

tenía la única finalidad de defraudar los derechos legitimarios, la misma debe ser reputada nula por tener causa ilícita (FJ 2º).

Por consiguiente, cabe diferenciar, dentro del tratamiento jurisprudencial de las donaciones encubiertas, cuando la simulación se produce *para* defraudar derechos legitimarios y cuando ésta tiene otro fin distinto.

Así, en este segundo caso, en ocasiones la jurisprudencia ha defendido, al menos teóricamente, la posible validez de la donación encubierta, una vez declarada la nulidad del negocio aparente, siempre que se cumplieran los requisitos de validez de la misma establecidos por los arts. 618 y ss. CCE (capacidad, consentimiento, objeto, aceptación, forma...).

Esta es la solución por la que se decanta la doctrina italiana que, además, la aplica a (casi) todos los supuestos. Así, señala FERRI que:

“[S]e l'apparente contratto oneroso ha i requisiti di sostanza e di forma propri della donazione, il legittimario potrà chiedere che il giudice, accertata in via incidentale la simulazione, pronunci la riduzione della donazione dissimulata”¹⁰⁵².

Esto es, que si la donación disimulada no vale (por ejemplo) como contrato de compraventa, pero sí como donación, entonces se podrá solicitar la reducción de la misma, siempre que la donación no sea nula por otro motivo.

Ahora bien, cuando la donación persigue el fraude de los legitimarios, entonces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se ha indicado, es constante en señalar que será nula tanto la compraventa (negocio aparente), como la donación; y ello a pesar de que se entienda que la escritura de compraventa puede ser válida para suplir el requisito de forma exigido para la donación de inmuebles por el art. 633 CCE. Y esto porque la nulidad en este caso no se debe a motivos de forma, sino a la ilicitud de la causa: basta, así, en opinión del Alto Tribunal, que el donante quiera defraudar los derechos de los legitimarios, para que la donación se considere nula por tener una causa contraria a derecho¹⁰⁵³.

¹⁰⁵² FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 179.

¹⁰⁵³ Puede leerse, a este respecto, el voto particular firmado por O'CALLAGHAN MUÑOZ a la STS num. 204/2007, de 26 de febrero (RJ2007\1769) [basado, a su vez, en el emitido por CORBAL FERNÁNDEZ en la STS num. 1394/2007, de 11 de enero (RJ2007\1502)] en el que señala que, aunque se admitiera que la donación pudiera ser válida por cubrir la escritura pública el requisito del art. 633 CCE para la donación

La relación entre la donación disimulada, los requisitos de forma, el *animus fraudis* y la ilicitud de la causa ha sido, finalmente, tratada y resuelta, en la jurisprudencia, por la STS num. 1394/2007, de 11 de enero (RJ\2007\1502). Sentencia de Pleno que fija doctrina sobre este particular¹⁰⁵⁴ y de la que fue ponente GULLÓN BALLESTEROS¹⁰⁵⁵.

Esta sentencia no contempla un supuesto de naturaleza sucesoria, sin embargo, las consideraciones en ella vertidas son aplicables al supuesto aquí estudiado, la donación encubierta realizada en fraude de derechos legitimarios. Y esto porque a lo que sí atiende la sentencia citada es a un negocio simulado motivado por un interés defraudatorio¹⁰⁵⁶.

En esencia, el objeto del proceso se cifra en determinar si la donación de inmuebles (incluso cuando tiene carácter de remuneratoria) encubierta bajo un aparente contrato de compraventa, formalizado en escritura pública, puede ser considerada válida, toda vez que se cumplirían los requisitos, incluido el formal, que el Código civil español común establece para tal clase de donaciones (art. 633 CCE).

El Tribunal Supremo responde negativamente a esta cuestión. En el FJ 4º de la sentencia comentada señala que:

de inmuebles (lo que este autor cree y sostiene y por lo que se aparta del criterio seguido por la mayoría), la misma seguiría debiendo declararse nula por ilicitud de la causa cuando la simulación no tuviera otro objeto que defraudar derechos legitimarios.

¹⁰⁵⁴ Mantenido invariablemente por la Sala con posterioridad. Puede verse, entre otras, la STS num. 287/2009, de 4 de mayo (RJ\2009\2905), FJ 4º.

¹⁰⁵⁵ Antes de esta sentencia, la jurisprudencia se mantenía vacilante. Como ejemplo paradigmático, puede verse el FJ 5º de la STS num 50/2002, de 1 de febrero (RJ\2002\2098), que recoge, con enumeración de una gran cantidad de sentencias, las dos grandes corrientes jurisprudenciales existentes: la que mantenía la suficiencia de la escritura de compraventa para suplir el requisito del art. 633 CCE y la que la negaba. Y señala, además, que esta jurisprudencia era más unánime con respecto a la donación remuneratoria, a la que otorgaba “un régimen más permisivo” [en el mismo sentido, la STS num. 1027/1997, de 13 de noviembre (RJ\1997\7881), FJ 6º].

¹⁰⁵⁶ Los hechos considerados probados y que tiene en cuenta el Alto Tribunal para dictar su resolución son los siguientes:

A, menor de edad, hijo de B y de C, pega accidentalmente un tiro de escopeta a D, también menor de edad, causándole graves lesiones y la pérdida de uno de sus ojos. B y C, como responsables civiles subsidiarios, son obligados a abonar a D una importante suma de dinero en concepto de indemnización. Ante esta tesitura, B y C, dos meses después de ocurrido el accidente, se vacían patrimonialmente, “vendiendo” gran parte de sus propiedades inmuebles a E, hija del matrimonio, para que éstos no puedan ser embargados. Tras haber obtenido, en procedimiento anterior, la condena al pago de la indemnización ya mencionada, los representantes legales de D pretenden, en este procedimiento, que se declare la nulidad de la venta efectuada por B y C a E y de la donación que, en su opinión, encubre.

Las sentencias de instancias habían apreciado la existencia de simulación relativa y declarado la nulidad de la compraventa, sin embargo, entendiendo que la escritura pública de compraventa suplía el requisito formal exigido por el art. 633 CCE para la donación de inmuebles, habían declarado la validez de la donación en ella contenida.

“[E]sta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se encubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos”.

Y apostilla el Tribunal que esta argumentación se mantiene cuando la donación encubierta pretende ser calificada de remuneratoria, toda vez que el art. 633 CCE “no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial”¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁷ Es precisamente esta matización que hace la sentencia, aplicando sus consideraciones sobre la insuficiencia de la escritura pública de compraventa para cubrir el requisito formal del art. 633 CCE, la que funda el voto particular firmado por CORBAL FERNÁNDEZ, junto a otros magistrados de la Sala, en el que consideran que la sentencia adopta un criterio excesivamente rigorista. Según los magistrados disidentes, el recurso planteado debería haber sido admitido, pero por otros argumentos.

Así, según los mismos, cabría una interpretación flexible del art. 633 CCE que permitiera buscar (mediante la potestad interpretativa que se reconoce a los Tribunales) la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los contratantes. Siendo ésta la de otorgar una donación, habría de superarse el criterio rigorista, admitiendo la validez de la donación encubierta si se cumplen los restantes requisitos de validez de la misma. Esto permitirá “sin quebrantar ningún dogma legal, dar una respuesta a comportamientos sociales, que, por motivos subjetivos legítimos, no quieren que su voluntad real sea conocida por terceros” [este criterio había sido, en realidad, el seguido por la Sala, casi con unanimidad, cuando la donación simulada tenía carácter remuneratorio. Como ejemplo, puede verse la STS de 31 de mayo de 1982 (RJ\1982\2614), cuyo considerando 3º es muy ilustrativo].

No obstante, señalan los citados magistrados que esta consideración (admitir la validez de la donación encubierta) no sería aplicable a un supuesto como el enjuiciado en la sentencia, en la que la simulación tiene por objeto sustraer el patrimonio familiar de la responsabilidad civil. Y esto porque, en este supuesto de carácter defraudatorio, se estaría ante una simulación de carácter absoluto: lo único que quiere hacerse es cambiar la titularidad de los bienes, a fin de que éstos no puedan ser embargados, y no realizar donación o negocio jurídico alguno.

Postura doctrinal ésta confirmada expresamente, ya para un supuesto de naturaleza sucesoria, por la STS num. 204/2007 de 26 de febrero (RJ2007\1769)¹⁰⁵⁸. En este caso, la sentencia recurrida había sostenido el criterio de que la donación encubierta podía ser válida por suplir la escritura pública el requisito de forma exigido para la donación de inmuebles por el art. 633 CCE. El argumento central del órgano *a quo* era que, si bajo el negocio aparente existía el verdadero, real o disimulado, la forma del primero sería también la forma del segundo y, por consiguiente, al exigir el art. 633 CCE escritura pública (sin añadir más), podría entenderse este requisito cumplido con la otorgada ante notario para formalizar la compraventa.

El Tribunal Supremo, reiterando expresamente la doctrina contenida en la sentencia de Pleno ya citada, corrige al órgano *a quo* y subraya que la escritura de compraventa otorgada para amparar un negocio ahora declarado nulo no puede servir para cubrir el requisito de forma del art. 633 CCE. Y esto porque, según la interpretación del Alto Tribunal, el artículo citado no exige cualquier tipo de escritura pública, sino que tiene que tratarse de una escritura pública de donación (FJ 1º). Del mismo modo, la intención defraudatoria viciaría de nulidad el negocio disimulado.

Igualmente se repite esta doctrina en la STS num. 828/2012, de 16 de enero de 2013 (RJ2013\2407), en su FJ 3º, que vuelve a determinar la inadecuación de la escritura pública de compraventa para suplir el requisito formal del art. 633 CCE para la donación de inmuebles¹⁰⁵⁹, sea cual sea el tipo de donación del que se trate y por los mismos argumentos que señalaba la sentencia de Pleno de 2007¹⁰⁶⁰.

Es cierto, sin embargo, que esta jurisprudencia cae en algunos extremos de incoherencia, toda vez que alguno de los efectos que son inherentes a la nulidad son

¹⁰⁵⁸ También fue ponente de la misma GULLÓN BALLESTEROS.

¹⁰⁵⁹ No obstante, esta sentencia introduce una matización al principio rigorista, al señalar que: “la delimitación o doctrina jurisprudencial expuesta en el sentido «de que dicha interpretación puede resultar no determinante en aquellos supuestos en donde la causa *donandi*, como causa digna de tutela, venga integrada en otros hechos esenciales que diferencien la causa de pedir hacia otros ámbitos de aplicación del Derecho, particularmente del Derecho de sucesiones»”.

¹⁰⁶⁰ Criterio éste, de carácter rigorista, que ha llevado al Tribunal Supremo a incurrir en más de una contradicción, como acertadamente señala y analiza RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. “Donación disimulada en Escritura Pública” en *Anuario de Derecho civil. Vol. 68. Num. 2. 2015. p. 374-376.*

Un ejemplo de lo dicho lo encontramos en la STS num. 815/2011, de 8 de noviembre (RJ2012\1368), FJ 2º, en la que el Tribunal, para salvaguardar el negocio realizado, acepta calificar como compraventa un negocio que, tal y como se deduce de los hechos probados y de la calificación hecha en la instancia, es a todas luces una donación con cláusula de reversión (el mismo Tribunal admite que el precio que aparece en la escritura pública es, cuanto menos, mezquino).

desmentidos por ella misma, que no admite la legitimación activa general, ni que se pueda solicitar en vida del causante [STS de 17 de octubre de 1958 (RJ\1958\3098) Cdo. 2^o1061; STS num. 6/1998, de 24 de enero (RJ\1998\152), FJ 3^o1062; y STS num. 145/2004, de 28 de febrero (RJ\2004\1447), FJ 1^o1063].

Es cierto, a pesar de lo dicho, que dos de las objeciones que ponen a la nulidad los defensores de la mera reducción tienen una fuerza argumental especial. Primero, aquella que sostiene que mediante la reducción queda protegido, igualmente, el interés del legitimario, por lo que no haría falta recurrir a un remedio tan grave como es la nulidad; segundo, aquella otra de que los actos realizados en fraude de los acreedores son rescindibles y no nulos de pleno derecho (art. 1291.3^o CCE).

Respecto al primero, hay que señalar que tienen razón los que así discurren. Es más, lo que al legitimario interesa es que el único remedio que quepa contra la acción realizada en fraude de legítima sea el de la reducción, y esto porque precisamente es la acción de reducción la que más completamente vela por la integridad de sus derechos sucesorios.

Así, una vez ejercitada con éxito la acción de reducción, los bienes objeto de la misma pasarán directamente al patrimonio del legitimario, sin que sobre ellos puedan “poner las manos” (como se dice coloquialmente), ni los restantes sucesores o legitimarios del causante, ni (lo que es aún más importante) los acreedores de éste, que no podrán aprovecharse, como señala el último párrafo del art. 655 CCE, del resultado de la reducción.

Por el contrario, si se ejercitara la acción de nulidad, como ya se ha indicado en varias ocasiones, los bienes volverían al caudal relicto y, lo que es más, se reputarían como

¹⁰⁶¹ “Actualmente [en vida del causante] la recurrente no tiene una efectiva titularidad de un derecho que resulte afectado por esa que reputa ilegal maquinación; sino que por su condición de presunta heredera, lo único que le asiste, de momento, es una mera expectativa de derecho, subordinada en su efectividad al instante del fallecimiento del padre, en que plenamente lo adquirirá”.

¹⁰⁶² “Ningún hijo, con el único y exclusivo objeto, al parecer, de defender sus posibles y futuros derechos legitimarios, está facultado para poder impugnar, en vida de sus padres, los actos dispositivos de estos, en uso de sus plenos e indiscutibles derechos, hayan realizados de sus bienes o de algunos de ellos en favor de otro de sus hijos”.

¹⁰⁶³ “El recurrente basa su legitimación en que la venta pública que impugna perjudica sus derechos legitimarios expectantes a la herencia de su madre, olvidando que la condición de heredero exige para su consolidación que se produzca el fallecimiento del causante [...]. Lo expuesto conduce a la conclusión decisoria casacional de que al recurrente no le asiste de momento interés alguno acreditado para instar la nulidad de la compraventa del pelito y no procede entrar a resolver tal cuestión”.

nunca salidos de éste¹⁰⁶⁴, por lo que, o bien podrían ser agredidos por los acreedores del causante que no hayan sido satisfechos aún; o bien, podrían ser atribuidos en pago de su cuota a otros sucesores (voluntarios o “forzosos”), distintos del legitimario actuante (ya que, como se ha señalado, estos bienes han de ser repartidos siguiendo las reglas generales).

En efecto, en el caso de la nulidad, los bienes irán directamente al caudal relicto y habrán de dividirse y repartirse siguiendo las reglas dictadas para las operaciones divisorias, entendiéndose que los que los reciban los reciben directamente del causante ya que, al haber sido declarada nula la operación por la cuál se llevó a cabo su transmisión, se reputarán como nunca salidos del patrimonio del causante y, por consiguiente, como formando parte del mismo en el momento de la apertura de la sucesión (art. 659 CCE, que nos dice que se transmiten los bienes y derechos del causante que no se extingan por su muerte; y art. 657 CCE, que establece que dicha transmisión se produce en el momento de la apertura de la sucesión)¹⁰⁶⁵.

Una especial mención a este particular merece la STS num. 280/1995, de 24 de marzo (RJ\1995\2398), que declara nulo por causa ilícita el contrato de vitalicio celebrado entre madre e hija, en virtud del cual la primera cedía a la segunda todos los bienes y ésta se obligaba a prestar a aquélla alimentos y asistencia de por vida. El Tribunal aprecia ilicitud de la causa toda vez que entiende que el negocio tiene como única finalidad defraudar los derechos legitimarios de los demás hermanos. Es interesante esta sentencia porque obliga, siguiendo el régimen jurídico de la nulidad (art. 1303 CCE), a restituir todas las prestaciones: la hija cesionaria habrá de restituir al caudal relicto todo el patrimonio de la madre que ella recibió; pero, al mismo tiempo, tendrá derecho a que le sean devueltas las cantidades que efectivamente abonó en concepto de alimento y asistencia de la causante.

Por el contrario, ya hemos visto que es distinto en caso de reducción¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 531.

¹⁰⁶⁵ Aspecto éste confirmado por el FJ 3º de la STS num. 824/2011, de 15 de noviembre (RJ\2012\755) cuando, *obiter dicta*, dice que el bien indebidamente transmitido por negocio nulo debe volver al patrimonio del transmitente y que, por consiguiente, “tal invalidez nunca podría producir como efecto la restitución a favor de concretos herederos”.

También en la STS num. 397/1995, de 5 de mayo (RJ\1995\3897), FJ 2º.

¹⁰⁶⁶ ROCA SASTRE, Ramón Mª. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil*. Tomo quinto. *Derecho de sucesiones* I. cit. p. 162.

Sin embargo, como venimos diciendo, en el supuesto de la donación realizada en fraude no es sólo, ni principalmente, la legítima lo que se daña, por lo que no hay que atender únicamente a lo que más convenga al interés del legitimario (lo que sí procede, por otro lado, en caso de reducción por inoficiosidad), sino que ha de tenerse en cuenta el interés de la propia norma.

Respecto al segundo argumento, la rescindibilidad de los actos realizados en fraude de acreedores, ha de señalarse que los arts. 636 y 654 CCE, en su relación con el art. 806 CCE, introducen un matiz que diferencia la donación realizada en fraude de legitimarios con aquella otra realizada en fraude de acreedores.

En efecto, el legitimario no es un mero acreedor, que adquiera un crédito contra el causante, de manera voluntaria, en base a una serie de relaciones jurídico-sociales existentes entre ellos.

A mayor abundamiento, puede señalarse, repitiendo la jurisprudencia citada hasta ahora, especialmente la STS num. 1394/2007, de 11 de enero (RJ\2007\1502), que también se declara la nulidad de la donación encubierta o disimulada cuando concurre *animus fraudis*, pese a lo dicho en el art. 1291.3º CCE.

Por consiguiente, y sabiendo que se trata de una cuestión abierta y no resuelta, nos parece lo más acorde defender que la donación realizada en fraude de legitimarios no será reductible, sino impugnabile por nulidad, si bien esta impugnación deba realizarse, ateniéndonos al criterio general seguido por doctrina y jurisprudencia, después de la muerte del causante.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, puede señalarse que reducción y nulidad son instituciones distintas y, hasta cierto punto, incompatibles, ya que la primera se dirige contra una donación válida y la segunda presupone, para su ejercicio, que la donación no haya llegado a existir.

En cualquier caso, se opte por lo que se opte, señala RUBIO GARRIDO¹⁰⁶⁷ que, a efectos prácticos, la acción de nulidad y la de reducción son acumulables: se puede pedir con carácter principal la nulidad y, con carácter subsidiario, la reducción.

¹⁰⁶⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1341.

Previsión ésta nada accesoria, toda vez que la simulación y, especialmente, el *animus* que subyace tras ella será difícil de probar y que su prueba debe darla quien la alegue.

IV. LEGITIMACIÓN

1. Legitimación activa en el Derecho español común

La legitimación activa de la acción de reducción se contiene en el art. 655 CCE, cuya dicción literal es la siguiente:

“Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia y sus herederos o causahabientes.

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella”.

En atención a su letra, y haciendo la interpretación correctora del párrafo primero que luego se indicará, están legitimados para el ejercicio de la acción de reducción las personas que se detallan a continuación¹⁰⁶⁸.

1.1. Los legitimarios

El art. 655.1 CCE concede legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones a todos los legitimarios efectivos en la sucesión de que se trate¹⁰⁶⁹. Estos legitimarios serán, al menos potencialmente, las personas mencionadas en

¹⁰⁶⁸ Se coordina bien la legitimación activa de la acción de reducción con la de la acción rescisoria (lo que va en apoyo del carácter rescisorio de la acción de reducción). Esta acción sólo pueden ejercitarla los que hayan sido indebidamente perjudicados por el negocio que ahora se pretende rescindir.

¹⁰⁶⁹ CARINGELLA, Francesco y GIOVAGNOLI, Roberto. *Studi di Diritto Civile I. Famiglia e Successioni*. cit. p. 755.

el art. 807 CCE: los hijos y descendientes¹⁰⁷⁰ (respecto de sus padres y descendientes); en defecto de éstos, los padres y ascendientes y, finalmente, el cónyuge viudo, que concurre con ascendientes y descendientes.

Es casi unánime la doctrina al señalar que estos legitimarios tendrán legitimación activa aun cuando no existieran en el momento de realizarse la donación¹⁰⁷¹. Y esto, como señala MANRESA¹⁰⁷², porque los legitimarios facultados para pedir la reducción son los que lo sean a la muerte del causante, siendo indiferente a este respecto el momento en que se llevó a cabo la donación¹⁰⁷³. En efecto, del régimen jurídico de la inoficiosidad, de la acción de reducción y de las operaciones de cálculo de la legítima se deduce que la inoficiosidad actúa y ha de determinarse desde la apertura de la sucesión, momento en el que nace la legítima y en el que, por tanto, puede sufrirse verdadera lesión en la misma (arts. 636, 654, 818 CCE, en relación con los arts. 657 y 661 CCE)¹⁰⁷⁴. Y esto dejando impregunado lo referente al *patto di famiglia* (arts. 768 bis y ss. CCI), en el que el derecho del legitimario parece tener una cierta virtualidad *inter vivos*¹⁰⁷⁵.

Por consiguiente, adquirirá la condición de legitimario y tendrá legitimación activa para el ejercicio de la acción el nacido después de la muerte del causante, que podrá, bien

¹⁰⁷⁰ Siendo irrelevante, a estos efectos, si tienen carácter matrimonial o extramatrimonial (arts. 14 y 39.2 CE). También los adoptivos (art. 108 CCE para España y art. 536, 2º comma, CCI para Italia), pues la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza.

Los hijos han sido, durante gran parte del Derecho histórico español, los únicos parientes del causante con derecho a legítima (puede verse, como ejemplo, la Ley 1, del Título V del Libro IV del Fuero Juzgo, en la edición de DE LA REGUERA VALDELOMAR, Juan. *Extracto de las Leyes del Fuero Juzgo*. cit.). Esto explica, además, que – todavía hoy – algunos artículos del Código civil que atienden a los legitimarios se refieran únicamente a los hijos (por ejemplo, el art. 819 CCE).

¹⁰⁷¹ Porque no hubiesen nacido o porque aún no se hubiere constituido el vínculo matrimonial. LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Derecho de sucesiones*. Vol. I. cit. p. 178. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. Cáceres: Librería Técnica Universitaria “Figuerola 2”. 1997. p. 458. ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y DE CASTRO GARCÍA, Jaime. “Comentario al artículo 636” en ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y DE CASTRO GARCÍA, Jaime. *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo III. cit. p. 87. En contra, PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil*. Tomo V. Volumen II. cit. p. 405.

¹⁰⁷² MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo V. cit. p. 273.

¹⁰⁷³ Lo que bien se coordina con el hecho, ya visto en el capítulo 3, de que para el cálculo de la cuota legitimaria se tenga en cuenta todas las donaciones hechas por el causante, sin límite de tiempo (art. 818 CCE).

¹⁰⁷⁴ Ya que, como indica SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil*. VI.1. cit. p. 47, “la muerte es el primero y capital hecho determinante de la sucesión *mortis causa*”.

¹⁰⁷⁵ DOSSETTI, María. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 23, habla de *tutela ante mortem* del legitimario.

pedir la revocación de la donación por superveniencia de hijos (art. 644 CCE¹⁰⁷⁶), bien solicitar la reducción de las donaciones que sean lesivas de su derecho de legítima.

Por las mismas razones, tendrá legitimación activa el hijo nacido después del fallecimiento del marido y como resultado de la utilización de técnicas de reproducción asistida, *ex art. 9.2 Ley 14/2006*, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Lo dicho para el legitimario descendiente no nacido antes de la formalización de la donación sirve también para el cónyuge viudo, que ostentaría legitimación activa, aunque el vínculo matrimonial se hubiese constituido con posterioridad a la donación, pues los arts. 636, 654 y 655 CCE, como ya se ha indicado, establecen como momento idóneo para determinar la legitimación activa el de la muerte del causante (también, arts. 657 y 661 CCE).

Igualmente, tendrán legitimación activa los hijos respecto de las donaciones hechas por el padre o madre que hubiese perdido la patria potestad *ex art. 111 CCE*, pues, como señalan ALBALADEJO/DÍAZ¹⁰⁷⁷, dicha pérdida priva de derechos al progenitor, pero no a los hijos, que conservan su derecho a legítima y, por tanto, la legitimación para solicitar la reducción de donaciones.

También tendrá legitimación activa, pues nada obsta para ello, el legitimario que haya sido conmutado *ex art. 841 CCE*¹⁰⁷⁸. No obstante, aparece en este caso la duda de si la reducción habrá de hacerse, como es regla general, *in natura*¹⁰⁷⁹ o si podrá hacerse por equivalente económico, al entenderse que la conmutación rige también en sede de reducción. A lo largo de este capítulo y en el capítulo 6 volveremos sobre esta cuestión.

Mayores problemas ha planteado en la doctrina la legitimación activa del legitimario instituido heredero en el testamento y que como tal ha aceptado la herencia.

Según la doctrina mayoritaria¹⁰⁸⁰, también en este caso tendrá el legitimario (heredero) facultad para impugnar las donaciones inoficiosas, pues, en la medida en que

¹⁰⁷⁶ Transmisibilidad *mortis causa* de la acción a hijos y descendientes del donante en el art. 646.II CCE

¹⁰⁷⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 861.

¹⁰⁷⁸ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia. “Comentario al art. 655” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PALBO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III*. cit. p. 235.

¹⁰⁷⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen. *Derecho de sucesiones*. cit. p. 205.

¹⁰⁸⁰ Por todos, DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. Anotaciones a COLIN Ambrosio y H. Capitán. *Curso elemental de Derecho civil. Tomo VIII*. cit. p. 508. “Los legitimarios, cuando actúen en defensa de su

actúa como legitimario y no como heredero, no se le aplica la doctrina de tener que quedar vinculado, como sucesor en la personalidad del causante, por los actos propios de éste¹⁰⁸¹.

En esta línea, señala MENGONI¹⁰⁸² que el legitimario, con independencia del título por el que suceda al causante (es decir, también cuando es heredero), no está obligado en ningún caso a soportar las disposiciones testamentarias que sean lesivas de su legítima (por minorarla o gravarla), ni las donaciones hechas en vida por el causante y que puedan mermar su derecho. Y esto porque los derechos del legitimario derivan directamente de la ley y, por consiguiente, no pueden ser menoscabados por voluntad del causante/testador/donante.

Discrepa de esta postura mayoritaria ROCA SASTRE¹⁰⁸³ que, sosteniendo la teoría de la absorción del título de legitimario por el de heredero (y desde una concepción estrictamente romanista), defiende que, si el legitimario acepta el llamamiento a título universal, queda vinculado por los actos propios del causante, no pudiendo impugnar los negocios llevados a cabo por éste, salvo que renuncie a la herencia y solicite únicamente la legítima¹⁰⁸⁴.

Ahora bien, la bipartición entre el título de legitimario y el de heredero sólo sería posible si la legítima se configurara en el ordenamiento civil común español como una verdadera sucesión forzosa, que fundara un llamamiento autónomo e independiente. No siendo esto así, no tiene sentido realizar oposiciones entre el título de legitimario y el de heredero (voluntario o legal). Así, lo que ocurre es que más allá del título por el que se suceda al *de cuius*, la legítima continúa operando como un freno a la libertad dispositiva del causante y, en tanto que tal, otorga al legitimario las acciones pertinentes para actuar y hacer efectivo dicho freno.

patrimonio, lo hacen más bien como terceros interesados en la impugnación de los actos de su causante que como causahabientes del mismo”.

¹⁰⁸¹ Incluso cuando es instituido heredero, el legitimario es un heredero “especial”, toda vez que puede agredir los actos del causante que mermen o vayan en detrimento de su legítima. (cfr. RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Lecciones de Derecho civil. Derecho de sucesiones I*. cit. p. 264).

¹⁰⁸² MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 237.

¹⁰⁸³ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*. cit. p. 65. Nota 67: “Esta repudiación es recomendable en el caso en que el legitimario sea llamado a heredar por vía intestada y el causante hubiera otorgado donaciones “inter vivos” que podrían considerarse inoficiosas, pues si acepta la herencia no podrá ya impugnar los actos de su causante, pues deben entenderse como propios”.

¹⁰⁸⁴ Nótese que, si se sigue esta argumentación, ningún sucesor universal abintestato podría impugnar las donaciones inoficiosas.

Siendo así, puede concluirse, a pesar de la opinión en contra de ROCA SASTRE, con la doctrina mayoritaria, que el legitimario siempre podrá actuar en reducción de donaciones, aunque haya sido instituido heredero y aunque haya aceptado la delación recibida en tal condición.

Igualmente se plantea la doctrina si en nuestro sistema sucesorio es necesario que el legitimario acepte el llamamiento (la herencia o el legado) que se le defiere (aun cuando sea insuficiente para cubrir la legítima) antes de poder ejercitar la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

La doctrina mayoritaria¹⁰⁸⁵ entiende, a este respecto, que las acciones de defensa de la legítima dependen directamente de la adquisición de ésta y que, por consiguiente, si la misma se recibe mediante atribución testamentaria que es rechazada, entonces, la repudiación del llamamiento testamentario traerá aparejada, como consecuencia, la pérdida de toda posibilidad de ejercitar las acciones de reclamación o complemento de la legítima¹⁰⁸⁶.

En efecto, no siendo posible la aceptación parcial de la herencia o el legado (art. 990 CCE), se entiende que, al renunciar al mismo, si mediante él se atribuía la legítima (aunque fuera insuficiente), se está renunciado a *toda* la legítima. Lo contrario, esto es, defender que se pueda repudiar el llamamiento testamentario y, aún así, reclamar el complemento de legítima, sería lo mismo que admitir una aceptación parcial, lo que no es posible por la propia letra del artículo ya citado.

Ya hemos señalado en el capítulo 3 que quien repudia se convierte en un extraño dentro de la sucesión de que se trate y que, si bien podría, según se ha argumentado, retener lo que *inter vivos* hubiese recibido en concepto de legítima, no podrá, en tanto que extraño, reclamar complemento de legítima alguno. Y esto porque la repudiación del

¹⁰⁸⁵ Por todos, GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 147: “Rechazar lo atribuido insuficientemente en pago de la legítima en virtud de un título sucesorio, cualitativamente apto, aunque cuantitativamente insuficiente, significa el rechazo de todo aquello que como legítima deba recibirse *mortis causa*, pues no parece dudoso que el complemento, sea o no una adquisición legal, es una adquisición que se verifica por causa de muerte”.

En el mismo sentido, CODINA ROSSÁ, María Dolores. *La acción de complemento de legítima*. Barcelona: Bosch. 2008. p. 41, según la cuál el “complemento de legítima” (obtenido por reducción de legados o de donaciones) se recibe por el mismo título que se ha recibido la atribución insuficiente. Lo cuál no plantea problemas en caso de legitimario heredero o legatario, pero es más opinable cuando el legitimario es un mero donatario y no ha recibido delación sucesoria alguna.

¹⁰⁸⁶ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. cit. p. 204.

llamamiento por el que se le atribuye la legítima supone la pérdida de la condición de legitimario y, por consiguiente, la pérdida de la legitimación activa para ejercitar la acción de reducción (art. 655.1 CCE *a contrario*).

Y esto no obsta o es contradictorio con lo que se ha señalado a propósito de la relación entre el título de heredero y la condición de legitimario. Se decía allí que la legítima, en tanto que freno, seguía actuando con independencia del llamamiento sucesorio concreto que recibiera el legitimario, al que, por consiguiente, le eran atribuidas todas las acciones necesarias para la defensa de la misma. Sin embargo, en este caso, no puede haber juego entre dos llamamientos, ni entre dos posiciones, pues la renuncia a la atribución por la que se defiende la legítima supone la pérdida de la condición de legitimario y, por efecto de la renuncia, de la atribución o nombramiento legal o testamentario.

En efecto, la acción de reducción se ejercita en tanto que legitimario¹⁰⁸⁷ y, por consiguiente, no puede ejercitarse si se pierde esta condición.

Ahora bien, ¿cómo habrá de procederse en los casos de desheredación injusta y preterición? ¿Podrán accionar los perjudicados directamente en reducción de donaciones o habrán de cumplir con algún requisito previo?

Para el caso de la desheredación injusta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado¹⁰⁸⁸ que, antes de ejercitar la acción de reducción de donaciones, es necesario obtener la invalidación de la desheredación injusta. Mientras no sea impugnada con éxito la desheredación, ésta rige en toda su extensión y carece el legitimario desheredado de todo derecho sobre la herencia del causante.

De distinto modo debe procederse para el caso del preterido¹⁰⁸⁹. En este supuesto, el legitimario omitido no tiene que impugnar previamente la institución de heredero¹⁰⁹⁰. En realidad, tiene sentido esta diferencia de criterio: la desheredación es una sanción civil y el que la sufre debe probar que, o está injustificada, o fue perdonada y levantada por quien la impuso; la preterición, por el contrario, se debe, en el mejor de los casos, a un error, y en el peor, a una desheredación de hecho.

¹⁰⁸⁷ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 143.

¹⁰⁸⁸ STS de 11 de febrero de 1988 (RJ\1988\939).

¹⁰⁸⁹ Que, indudablemente, tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción. Así, GENNARI, Giuseppe. *Successioni e donazioni. Percorsi giurisprudenziali*. cit. p. 125.

¹⁰⁹⁰ Así, GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 130.

Diferente de los anteriores es el caso del legitimario donatario insuficientemente satisfecho. El art. 815 CCE permite el abono de la legítima *inter vivos*, por acto lucrativo, por lo que es posible que un legitimario no aparezca en el testamento (sin incurrir éste en preterición, toda vez que el legitimario donatario ha recibido algo, aunque insuficiente, del patrimonio de su causante¹⁰⁹¹).

En este supuesto, el legitimario no tendrá que realizar un previo acto de aceptación de la herencia, pues ninguna delación hereditaria recibe, ni legal ni testamentaria, pudiendo ejercitar las acciones en defensa o reclamación de su legítima que estime por conveniente.

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre cuando el testador ha indicado expresamente en testamento que el legitimario ha quedado suficiente y debidamente satisfecho por las atribuciones realizadas *inter vivos* a su favor? ¿tendrá en este caso legitimación activa para actuar en reducción?

La STS 506/2004, de 9 de junio (RJ\2004\4426) señala que, en principio, no puede negarse legitimación activa al donatario que el testador declara satisfecho en vida antes de realizar las operaciones de cálculo de la legítima y haber determinado el *quantum* de la misma y si lo ha recibido efectivamente en su integridad (FJ 4º).

Así, no basta para negar la legitimación activa que existan atribuciones realizadas en favor del legitimario donatario, ni que el causante diga expresamente que ha satisfecho en vida la legítima del mismo, sino que es necesario realizar, también en este caso, las operaciones contenidas en el capítulo 3. Sólo tras la determinación de la legítima individual, podrá estimarse si el legitimario donatario fue satisfecho efectivamente mediante las atribuciones que se le hicieron.

Por consiguiente, en principio, el legitimario donatario insuficientemente satisfecho habrá de esperar a que se realicen las operaciones de cálculo y determinación de la legítima, y él mismo habrá de participar en ellas, pues tiene un interés directo y legítimo que proteger [STS de 15 de marzo de 1976 (RJ\1976\1379)¹⁰⁹²]. Realizadas éstas,

¹⁰⁹¹ En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* cit. p. 1131. “Si le dejara algunos, por pocos que sea e insuficientes para cubrir su legítima, ya no sería caso de preterición, sino de complemento de aquélla”.

¹⁰⁹² Primero, porque las donaciones que él recibió integrarán, también, el *donatum* que habrá de sumarse al activo relicto para determinar el montante total de la legítima; y segundo, porque del resultado de las operaciones particionales va a depender la determinación de su cuota de legítima. Se entiende, así, que debe ser parte en dichas operaciones y que las mismas no pueden llevarse a cabo sin él (Cdo. 8º).

acreditada la insuficiencia de la atribución realizada por él, podrá solicitar, como cualquier otro legitimario lesionado, la reducción de atribuciones realizadas por el causante en el orden establecido por el art. 820 CCE.

Tiene legitimación activa también el legitimario, según sostiene la STS num. 863/2011, de 21 de noviembre (RJ\2012\1635), FJ 3º, aunque el causante haya prohibido expresamente la intervención judicial de su herencia. Y esto porque entiende el Alto Tribunal que el derecho del legitimario no procede del causante, sino de la ley, por lo que siempre podrá actuar en reclamación y defensa de la misma (lo que no es sino una consecuencia directa de la intangibilidad de la legítima y de la indisponibilidad de ésta para el causante)¹⁰⁹³.

Hechas estas aclaraciones, resta decir que no podrán los legitimarios renunciar a la acción en vida del donante/causante (art. 655.2 CCE, en relación con el art. 816 CCE, que prohíbe la renuncia anticipada a la legítima), pues, mientras el segundo esté vivo, no tienen los primeros derecho alguno, ni sobre la legítima, ni sobre su complemento¹⁰⁹⁴, pues ambos derechos surgen únicamente en el momento de la muerte del *de cuius* (art. 657 CCE).

Tampoco podrán realizarse en vida del donante/causante transacciones que tengan por objeto la acción de reducción, lo que se coordina bien con la prohibición de celebrar pactos sobre la herencia futura del art. 1271.II CCE. Si, no obstante la prohibición, se realizare pacto alguno, renunciando el legitimario a ejercitar en el futuro la acción a cambio de una cantidad de dinero, la misma, como se ha señalado en el capítulo 3, habría de imputarse a legítima y traerse a colación (art. 816 CCE, por analogía).

Cabe señalar, finalmente, que no se requiere en el ordenamiento civil español común, para tener legitimación activa, que los legitimarios hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario, aunque, como indica algún autor español¹⁰⁹⁵, será necesario haber elaborado uno, aunque sólo sea un bosquejo, para poder probar la lesión a la legítima.

¹⁰⁹³ “No puede impedirse la reclamación judicial frente a una posible lesión en los derechos legitimarios. Por tanto, la cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que sanciona el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de la porción o cuota que en concepto de legítima estricta o cota señala la Ley, carece de eficacia cuando las legitimarias, en el proceso anterior que ha sido reseñado, reclamaron exclusivamente su legítima estricta y los demás pronunciamientos venían referidos al cálculo de la misma”.

¹⁰⁹⁴ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda.* cit. p. 228.

¹⁰⁹⁵ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil.* cit. p. 407.

1.2. Los herederos y causahabientes del legitimario

Del primer párrafo del art. 655 CCE, *in fine*, se deduce que la acción de reducción de donaciones se transmite a los herederos del legitimario como formando parte de su herencia¹⁰⁹⁶ (en el mismo sentido, el art. 557 CCI¹⁰⁹⁷). Igualmente, puede señalarse que, si el legitimario murió sin aceptar ni repudiar la herencia de su causante, la acción se entenderá integrada en el *ius delationis* que transmita a sus sucesores¹⁰⁹⁸.

VALLET¹⁰⁹⁹ incluye también aquí a los herederos voluntarios del legitimario, los cuales, aunque no sean legitimarios del causante, ni de aquél que debía la legítima al causante, están también facultados para ejercitar la acción de reducción. Y esto porque la letra del art. 655.1 CCE se refiere indistintamente a los sucesores del legitimario, sin distinguir entre los de carácter forzoso o voluntario¹¹⁰⁰.

Distinto es el caso del legatario, pues, como señalan ALBALADEJO/DÍAZ¹¹⁰¹, para que éste pueda ejercitar la acción de reducción, dicha facultad ha debido haberle sido concedida junto con el legado (pudiendo, incluso, ser esta acción el objeto mismo y único del legado).

Junto a los sucesores del legitimario, tienen legitimación activa también sus causahabientes *inter vivos*, pues la acción tiene un contenido eminentemente patrimonial y, por consiguiente, es transmisible¹¹⁰². A este respecto, señalan ALBALADEJO/DÍAZ

¹⁰⁹⁶ HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada. “Restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*: Las legítimas” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.). *Compendio de Derecho civil. Sucesiones*. cit. p. 485.

¹⁰⁹⁷ CARINGELLA, Francesco y GIOVAGNOLI, Roberto. *Studi di Diritto Civile I. Famiglia e Successioni*. cit. p. 756.

¹⁰⁹⁸ Con la particularidad de que los transmisarios, para poder ejercitar la acción, habrán de aceptar, previamente, la herencia del transmitente, según se desprende de la aplicación de los principios generales de la sucesión *iure transmissionis* (art. 1006 CCE).

¹⁰⁹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 159.

¹¹⁰⁰ A mayor abundamiento, puede señalarse que los herederos del legitimario, sean de carácter voluntario o forzoso, adquieren todas las facultades que éste podía ejercitar en defensa de su legítima en la herencia de su causante (BORRELL Y SOLER, Antonio M. *Derecho civil español. Tomo V. Sucesiones por causa de muerte*. Barcelona: Bosch. 1954. p. 283).

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 135. Señala, en esta línea, que se transmite a los sucesores del legitimario (a todos, también a los voluntarios) incluso la acción de impugnación de actos simulados realizados por el primer causante y que hubiesen perjudicado la legítima del legitimario transmitente.

¹¹⁰¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 862.

¹¹⁰² En contra, CARINGELLA, Francesco y GIOVAGNOLI, Roberto. *Studi di Diritto Civile I. Famiglia e Successioni*. cit. p. 755.

que “cualquiera puede recibir de él [del legitimario] onerosa o gratuitamente la acción de reducción, sola o juntamente con el resto de sus derechos legitimarios, o con todos los hereditarios”¹¹⁰³.

Aunque, matizan ambos autores, si el legitimario no incluyó en la transmisión expresamente dicha acción, habrá de entenderse que enajenó lo ya adquirido por sucesión o legítima, pero no lo que podría reclamar en virtud de la misma¹¹⁰⁴.

Evidentemente, como señala RODRÍGUEZ MARTÍNEZ¹¹⁰⁵, el heredero o causahabiente del legitimario recibe la acción con el mismo contenido, plazo y medida en que la tenía el legitimario transmitente.

1.3. Carecen de legitimación activa. La legitimación activa de los acreedores del causante y del legitimario. Reflexiones desde el Derecho italiano

Los sujetos señalados hasta ahora son los únicos que poseen legitimación activa para el ejercicio de la acción. De lo dicho, por consiguiente, se deduce que carecen de esta legitimación:

1. El propio donante. La persona, ahora causante, que realizó la donación carece de legitimación para solicitar la reducción, aun cuando viniese a peor fortuna y no le quedare apenas patrimonio con el que hacer frente a sus obligaciones legitimarias. Dicha carencia de legitimación activa se basa, en primer lugar, en la propia configuración de la inoficiosidad como ineficacia, que sólo opera y puede ser declarada tras la apertura de la sucesión y, por tanto, nunca en vida del donante/causante (art. 654 CCE, en relación con los arts. 657 y 661 CCE).

En esta línea, el propio art. 654 CCE señala que las donaciones que (con posterioridad a la apertura de la sucesión) resulten inoficiosas, serán válidas y surtirán efectos en vida del donante, lo que mal se coordina con que éste pueda solicitar su reducción. A mayor abundamiento puede señalarse, además, que, tal y como está regulada la acción de reducción, que en ningún

¹¹⁰³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 862.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 862. Pues, en cualquier caso, y por amplia que sea la transmisión realizada, el legitimario nunca transmite su condición, que es personalísima.

¹¹⁰⁵ CAÑIZARES LASO, Ana; DE PALBO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III*. cit. p. 235.

caso ataca al acto de la donación en sí, sino únicamente a sus efectos con respecto a un legitimario determinado, la misma siempre valdrá para el donante, que nunca perderá esta condición frente al donatario. En efecto, la reducción únicamente puede jugar entre legitimario y donatario, y no entre donante y donatario, ni siquiera cuando el primero alegue que la donación será perniciosa para sus legitimarios¹¹⁰⁶.

Y esto, también, porque, como se señalará más adelante en este mismo capítulo, el presupuesto objetivo del ejercicio de la acción es la lesión a la legítima, lesión que no puede sufrir el propio donante (que, en todo caso, será, voluntaria o involuntariamente, el causante de la lesión).

Junto a la configuración de la inoficiosidad como ineficacia, se opone a la legitimación activa del donante, en segundo lugar, el principio de irrevocabilidad de las donaciones¹¹⁰⁷.

Así, el donante podrá, únicamente, para el supuesto que nos ocupa, revocar la donación por supervivencia o (lo que sería más propio en este caso) superveniencia de hijos, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por el art. 644 CCE, a saber, que el hijo nazca (para el caso de superveniencia) después de otorgada la donación y que lo haga con los requisitos determinados por el art. 30 CCE¹¹⁰⁸.

Dicha revocación no es, sin embargo, igual o semejante a la reducción. La revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos no es un mecanismo de protección de la legítima, sino que, por el contrario, se dirige únicamente a garantizar a los hijos una mayor masa patrimonial para su propio desarrollo, sobre la base, no de una lesión concreta, sino de que “el padre no habría dispuesto de su patrimonio en favor de un extraño si hubiera previsto que habría de tener un hijo”¹¹⁰⁹.

El donante, por tanto, como venimos diciendo, podrá revocar la donación, pero no reducirla.

¹¹⁰⁶ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. p. 584.

¹¹⁰⁷ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 267.

¹¹⁰⁸ En virtud del cuál la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

¹¹⁰⁹ GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo quinto*. Madrid: Lex Nova. 1869. p. 104.

2. Los acreedores del causante. La doctrina mayoritaria española¹¹¹⁰, siguiendo la letra del tercer párrafo del art. 655 CCE, priva también de legitimación activa para reducir las donaciones por inoficiosas a los acreedores del causante. Una disposición análoga encontramos en el art. 557, 3º comma, CCI, que dice textualmente: “[n]on possono chiederla [la riduzione delle donazioni] né approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il beneficio d’inventario”. Como puede apreciarse, el artículo citado introduce una variante, sobre la que ahora volveremos, al mencionar la aceptación a beneficio de inventario.

Señala PUIG PEÑA¹¹¹¹, a este respecto, que si la deuda contraída con el (ahora) causante es posterior a la liberalidad reputada inoficiosa, el acreedor nunca contó con el valor de esos bienes como garantía de su crédito (pues no se encontraban ya en el patrimonio del difunto); del mismo modo, si la deuda era anterior a la donación, dentro de sus deberes de diligencia estaba el haber exigido mayores de garantías de su crédito.

Esta falta de legitimación activa de los acreedores es, también, una consecuencia de la ineficacia relativa y limitada que produce la acción de reducción de donaciones. En efecto, la donación seguirá siendo válida *erga omnes* y donatario será el donatario y donante el donante, pese al ejercicio de la acción. Y esto porque es inoficiosa respecto de un legitimario o legitimarios concretos (los lesionados en su legítima), que son los únicos que pueden rescindir los efectos de la donación en lo que de perjudicial tenga para su derecho legitimario. Y por ello estos legitimarios son los únicos que pueden aprovecharse de la reducción¹¹¹².

Habida cuenta de que los acreedores del causante no pueden ejercitar la acción por ellos mismos, la doctrina se pregunta si hay otra forma, indirecta, en que puedan aprovecharse de la reducción.

ALBIEZ señala que no, porque así lo establece el art. 655.3 CCE y porque “la preferencia de los acreedores hereditarios sobre los legitimarios se da solo

¹¹¹⁰ Por todos, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* cit. p. 697

¹¹¹¹ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V.* cit. pp. 405-406.

¹¹¹² GALGANO Francesco. *Diritto Privato.* cit. p. 950.

respecto de los bienes propiamente hereditarios, quedando, por tanto, fuera los bienes que el causante haya donado en vida”¹¹¹³.

De la misma opinión, VALLET, que sostiene que “en el ejercicio de la reducción no pueden subrogarse los acreedores del difunto, ni aprovecharse de ella”¹¹¹⁴.

PUIG BRUTAU¹¹¹⁵ va más allá y sostiene que no tendrán legitimación activa los acreedores del difunto ni siquiera en el supuesto de que el activo hereditario esté únicamente representado por el *donatum*, ya que este cálculo se hace en beneficio de los legitimarios y no de los acreedores, por lo que tampoco en este supuesto sería posible la subrogación de los acreedores del difunto en la acción de reducción.

Una solución distinta encontramos dentro de la doctrina italiana. Así, MESSINEO¹¹¹⁶, comentando el art. 557, 3º comma, ya transcrito en la parte que a nosotros interesa, distingue según la aceptación de la herencia se haya hecho con o sin beneficio de inventario. Y concluye, en línea de lo señalado por la norma citada, que no podrán aprovecharse los acreedores de la reducción siempre y cuando se haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. En efecto, en este caso, el legitimario limita su responsabilidad, por las deudas del causante, a los bienes hereditarios que, para MESSINEO, se circunscriben a aquellos que se han recibido antes del ejercicio de la acción de reducción¹¹¹⁷. Es por esto por lo que los acreedores “non possono colpire quanto provenga al legittimario, per effetto dell’azione di riduzione”.

Opción esta que, aunque válida, razonable y acorde a los principios generales del Derecho sucesorio de ambos ordenamientos (español e italiano), no creemos extrapolable *in toto* al sistema del Código civil español común. Y esto porque falta en el mismo una disposición análoga a la del art. 557, 3º comma, CCI.

¹¹¹³ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 926.

¹¹¹⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 161.

¹¹¹⁵ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 137.

¹¹¹⁶ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. cit. p. 229.

¹¹¹⁷ La misma opinión encontramos en AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 280.

Ahora bien, por supuesto, nada obsta para que, una vez los legitimarios (que sean, a su vez, herederos) hayan aceptado la herencia (pura y simplemente) y hayan ejercitado exitosamente la acción de reducción, pasando el bien objeto de la donación (o su equivalente en dinero) al patrimonio del legitimario actuante, pueda ser atacado por los acreedores del causante que actúen contra el legitimario por responsabilidad del heredero¹¹¹⁸.

3. Los acreedores del legitimario. Respecto a la legitimación de los acreedores del legitimario para impugnar las donaciones inoficiosas existe una fuerte controversia doctrinal, sobre todo en el Derecho español común.

Una primera postura dentro de la doctrina española, que podríamos denominar mayoritaria¹¹¹⁹, defiende que los acreedores de los legitimarios y de sus causahabientes pueden ejercitar la acción de reducción por subrogación.

Razones para ello serían, como se ha indicado, el carácter patrimonial de la acción (y la repercusión económica favorable de su ejercicio) y que la misma no tenga carácter personalísimo (lo que prueba que sea transmisible *inter vivos* o *mortis causa*).

En esta línea, ya MANRESA¹¹²⁰ sostenía, con apoyo en el art. 1001 CC, que, cuando éste pueda ser y sea aplicado y los acreedores del legitimario-heredero acepten la herencia por éste, los mismos será reputados causahabientes del legitimario y, por consiguiente, quedarán facultados para ejercitar la acción de donaciones inoficiosas.

La postura de MANRESA, sin embargo, es enormemente opinable, puesto que los acreedores, *ex art.* 1001 CC, no se hacen causahabientes de su deudor, ni tampoco herederos o legatarios del causante.

Esta solución es también la adoptada por la doctrina italiana¹¹²¹, que concede legitimación activa (por vía subrogatoria) a los acreedores del legitimario cuando la inacción de éste les provoque (o pueda provocarles) algún tipo de

¹¹¹⁸ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 167.

¹¹¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 863. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V*. cit. p. 406.

¹¹²⁰ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 275.

¹¹²¹ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. p. 544. TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 504. LUPI, Laura “Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 700.

perjuicio patrimonial. Se basa esta opción doctrinal, como las anteriores, en el carácter patrimonial (y no personal o personalísimo) de la acción, así como en el hecho de que se reconozca legitimación activa a los causahabientes del legitimario.

Así, pueden verse las opiniones de FERRI¹¹²² y PALAZZO¹¹²³, que consideran legitimados activamente para el ejercicio de la acción también a los acreedores del legitimario, que podrán ejercitar la acción en vía subrogatoria (art. 2900 CCI).

Si el artículo dedicado a la legitimación para el ejercicio de la acción de reducción (art. 557 CCI) no menciona a los acreedores del legitimario es, en opinión de los autores citados, porque esta legitimación no se les atribuye directamente.

CROTTI y D’ALESSANDRO¹¹²⁴, concretan esta opinión señalando que la subrogación solo será posible cuando el legitimario haya aceptado la herencia – cuando así sea necesario – con los requisitos prescritos en el art. 564 CCI, de otro modo, no podrá ejercitarse la acción por subrogación.

MENGONI¹¹²⁵ matiza los pronunciamientos anteriores, sobre todo en caso de legitimario preterido pues, en este caso, la legitimación activa por subrogación implicaría la aceptación de la herencia por parte del preterido. Así, señala que, en este supuesto, si el legitimario preterido no se pronuncia sobre la aceptación de la herencia, podrán sus acreedores ejercitar la acción interrogatoria (art. 481 CCI). Si el legitimario preterido, en este caso, renunciara a la herencia o dejara correr el plazo concedido sin pronunciarse, podrán sus acreedores – siempre en opinión de MENGONI – impugnar la renuncia del legitimario (art. 524 CCI) y obtener la autorización de aceptar la herencia en nombre y lugar del preterido.

Una vez llevada a cabo esta aceptación, podrán los acreedores del preterido solicitar la reducción de las disposiciones lesivas, pero solo en la medida en que dicha reducción sea necesaria para satisfacer sus créditos.

¹¹²² FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 199.

¹¹²³ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 562.

¹¹²⁴ En este sentido, CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 984.

¹¹²⁵ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 242.

Pese a que estamos de acuerdo con esta aproximación doctrinal, que defiende la legitimación activa (indirecta) de los acreedores del legitimario en base al carácter patrimonial de la legítima y de la acción, no se nos oculta que junto a la misma, hay otra, de carácter minoritario, que niega dicha legitimación.

En este sentido, DE CASTRO¹¹²⁶ afirma que los acreedores no pueden ejercitar por subrogación la acción de rescisión. Es cierto que el ilustre civilista se refiere a la acción rescisoria *stricto sensu*, sin embargo, al ser la de reducción, como ya se ha señalado, una especie particular de este tipo de acciones, puede aplicarse aquí su argumentación por analogía.

En contra de la legitimación de los acreedores del legitimario está, también, RUBIO GARRIDO, para quien “podría entenderse que la acción [de reducción de donaciones inoficiosas] encierra un *quid* de libertad personal intransferible en cuanto a su ejercicio, por lo que pudiera entenderse que sea una acción inherente a la persona”¹¹²⁷.

4. El legatario de parte alícuota no legitimario. Está falto de legitimación, pese a la letra del art. 655.1 CCE, el legatario de parte alícuota. CASTÁN¹¹²⁸ achaca la mención al legatario que se contiene en el artículo citado a “haber copiado mal [el Código Civil español vigente] a sus modelos: los Códigos francés e italianos”, que se referían, por su parte, con la expresión “legatarios de parte alícuota” al cónyuge viudo y a los hijos naturales que, en el ordenamiento español común vigente tienen legitimación activa por derecho propio, en tanto que legitimarios¹¹²⁹. Es por esto por lo que, en opinión de ROCA SASTRE, dicha mención “ha de estimarse errónea y como tal por no escrita”¹¹³⁰.

¹¹²⁶ DE CASTRO. *El negocio jurídico*. cit. p. 526.

¹¹²⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1345.

¹¹²⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo IV*. cit. p. 254.

¹¹²⁹ Misma explicación dan: CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones, contratos y Derecho de familia*. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín. 1959. p. 254. Nota 1. (que menciona el término “dislate” para referirse a dicha mención); LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 156, para quien la expresión “legatario de parte alícuota” se debe a la transcripción del Código civil italiano de 1865 (art. 1092).

¹¹³⁰ ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto*. cit. p. 161.

Su carencia de legitimación activa se debe a que, como los donatarios cuya donación se haya reputado (o se pueda reputar) inoficiosas, ellos son destinatarios del tercio de libre disposición, por lo que nada les es debido, incluso aunque el causante haya dispuesto a su favor en el testamento.

Dicho con otras palabras. El causante que ha agotado la porción de libre mediante donaciones *inter vivos* no puede, con posterioridad a éstas, disponer de esa misma porción por testamento, mediante la institución de un legado de parte alícuota (cuya atribución deba imputarse a la parte de libre). Y si lo hace, la institución del legatario habrá de reputarse como vacía de contenido, toda vez que el donante/testador no puede volver a disponer para después de su muerte de lo que ya había dispuesto en vida.

Así lo entienden, entre otros, LACRUZ/SANCHO, para quienes “los herederos y los legatarios de parte alícuota no legitimarios no podrían nunca solicitar nada en perjuicio de unos donatarios *inter vivos* cuyo derecho tampoco podría el causante revocar, y menos mediante el nombramiento de sucesores voluntarios a causa de muerte”¹¹³¹.

En verdad, si la acción de reducción se concede únicamente para salvaguardar la intangibilidad cuantitativa de las legítimas, únicamente los legitimarios (y no los sucesores voluntarios) estarán facultados para su ejercicio¹¹³².

Y esto siempre que el legatario de parte alícuota no ostente, a su vez, la condición de legitimario, en cuyo caso podrá ejercitar la acción de reducción en cuanto a tal (siempre que haya sufrido algún tipo de perjuicio o menoscabo en su legítima y que concurren los restantes requisitos para su ejercicio).

5. Los herederos voluntarios. Por las mismas razones que se han esgrimido *supra*, están privados de legitimación activa los herederos voluntarios del testador, pues nada de lo que reciben les es debido y, por tanto, no tienen derecho alguno que esgrimir frente al donatario¹¹³³ [STS de 23 de diciembre de 2011 (RJ\2012\301), FJ 2º].

¹¹³¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 156.

¹¹³² CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo II*. cit. p. 254. Nota 1.

¹¹³³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2*. cit. p. 179. MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. cit. p. 202: “A differenza dalla legittima, la disponibile non è suscettibile di lesione e, quindi, neppure di reintegrazione”.

6. El contador-partidor. Privado está también de legitimación el contador-partidor, pese a que se le permite reducir, si resultan inoficiosos, tanto la institución de heredero como los legados. RUBIO GARRIDO¹¹³⁴ sostiene, no obstante, que sí podrá expresar la inoficiosidad en la que incurra la donación, aunque nunca podrá ejercitar la acción por sí mismo.

2. Legitimación pasiva

Demandados en la acción de reducción, por su propia dinámica, configuración y funcionamiento (arts. 636, 654 y 656 CCE), podrán ser los siguientes sujetos:

1. El donatario. Por regla general, demandados principales serán los donatarios cuya donación no quepa en la parte de libre disposición, ya sean extraños (cuya donación, que será siempre imputada a la parte de libre disposición, haya excedido de este tercio) o legitimarios [siempre que la donación exceda de la cuota de legítima, mejora (si procede) y de libre disposición].

Estos donatarios no formarán, como regla general, litisconsorcio pasivo necesario, debiendo demandarse siempre que se aprecie inoficiosidad de las donaciones, *ex art.* 656 CCE, al donatario más reciente.

Una posible excepción a esta ausencia de litisconsorcio pasivo necesario la encontramos en el caso de las donaciones de igual fecha, que han de ser reducidas a prorrata (art. 820.2º.I CCE, por la remisión que al mismo hace el art. 654 CCE). En este caso, al deber soportar todos los donatarios la reducción de sus respectivas donaciones, es lógico que todos ellos comparezcan como demandados, pudiendo cada uno alegar lo que a su derecho convenga. Aunque, por supuesto, nada obsta para dirigir el pleito únicamente contra uno de ellos y solicitarle únicamente la parte correspondiente de su reducción proporcional.

Otra aparente excepción la tenemos en el supuesto de donación conjunta del art. 637.1 CCE, en virtud del cuál se entenderá hecha por partes iguales la

¹¹³⁴ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1333.

donación realizada conjuntamente a varias personas¹¹³⁵. En este caso, debido a la pluripersonalidad de la posición jurídica del donatario, habrán de sufrir la reducción proporcional y conjuntamente (como en el caso de las donaciones conjuntas, art. 820.2º.I CCE, por la remisión que al mismo hace el art. 654 CCE). No obstante, como en el caso anterior, nada impediría demandar a uno de los co-donatarios para exigirle la parte proporcional de la donación.

Cabe preguntarse, llegados a este punto, si la obligación nacida en estos casos entre los diferentes donatarios para con el legitimario tendrá o no carácter solidario. En contra, parte de la doctrina italiana¹¹³⁶, que sostiene que la obligación nacida para los donatarios (en caso de ejercicio victorioso de la acción) no puede tener carácter solidario. Al mismo obsta que la propia norma haga referencia a una reducción proporcional de la cuota de cada uno, lo que indica que habrá de solicitarse de cada uno la parte correspondiente.

La misma solución podría ensayarse para el Derecho español, toda vez que la doctrina italiana, como la española, deduce el prorrateo o proporcionalidad en la reducción de las donaciones simultáneas de la aplicación analógica de la regla de reducción de las disposiciones testamentarias (art. 820.2º.I CCE y art. 558 CCI)¹¹³⁷.

Y, en este supuesto, nada obsta para que pueda demandarse únicamente a uno de los donatarios por su parte proporcional.

2. Los herederos del donatario. También podrán ser demandados los herederos del donatario cuya donación sea reputada inoficiosa, que pasan a responder de dicha inoficiosidad frente a los legitimarios del donante que hayan ejercitado la acción.

A este respecto, debe señalarse que, antes de la aceptación de la herencia por parte de cualquiera de los sucesores del donatario, podrá ser demandada la herencia yacente pues, en principio, el bien objeto de la donación pasa la

¹¹³⁵ En cuyo caso, según señala TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 195, cada donatario recibe una cuota del bien objeto de la donación (si fue uno) o una parte alícuota de los bienes donados (si fueron varios).

¹¹³⁶ TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 549.

¹¹³⁷ *A fortiori*, puede señalarse que, *ex art.* 1137 CCE, la solidaridad no se presume.

herencia (siguiendo la regla general del art. 659 CCE) y, de ser sometido a reducción, es ésta la que debe responder.

Una vez aceptada la herencia por los sucesores del donatario, cuando ésta permanezca indivisa, podrá dirigirse la demanda contra todos los herederos¹¹³⁸.

Dividido el caudal relicto, entrarían en juego los arts. 1084 y 1085 CCE, en función de los cuáles no sería obligatorio dirigir la demanda contra el sucesor al que le hubiera sido efectivamente adjudicado el bien objeto de la donación, dado que se impone la solidaridad pasiva.

3. Los terceros subadquirentes de los bienes. Por el carácter personal de la acción, como regla general, no tendrán legitimación pasiva los terceros subadquirentes de los bienes, siempre que sean de buena fe, sin que sea necesario que gocen de ningún tipo de protección registral especial o reforzada (como la del art. 34 LH) o que se vean amparados por el régimen jurídico de la adquisición *a non domino* de bienes muebles (art. 464 CCE). *A contrario*, se deduce que sí poseerá legitimación activa el tercero subadquirente que haya obrado de mala fe¹¹³⁹. PUIG BRUTAU subraya que, para que exista esta mala fe, no basta con que el tercero adquirente conozca que el donatario transmitente adquirió el bien mediante donación de un donante que tenía legitimarios. Y esto porque “nadie puede temer que la adquisición derivada de un donatario pueda significar la lesión de un derecho que solo nacerá, en su caso, al morir el donante”¹¹⁴⁰. Para el citado autor, la “mala fe” se cifraría, por consiguiente, en que el tercero adquirente sepa que la enajenación que hace el donatario tiene como fin hacer imposible que los legitimarios puedan agredir jurídicamente el bien objeto de la donación¹¹⁴¹.

¹¹³⁸ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la herencia*. cit. p. 84.

¹¹³⁹ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1348.

¹¹⁴⁰ PUIG BRUTAU, José. *Diccionario de acciones en Derecho civil español*. cit. p. 197.

¹¹⁴¹ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 143.

El supuesto sería el siguiente: A dona un bien a B que, queriendo conservarlo a toda costa, lo enajena a C, cómplice, con la intención de que éste, al no poder ser demandado en reducción, pueda conservarlo en su patrimonio. Los legitimarios de A podrán demandar a B en reducción de donaciones, pero, al no estar ya el bien objeto de la donación en su patrimonio, “únicamente” podrán obtener la restitución por equivalente económico. Una vez concluido el pleito, C podrá transmitir (de nuevo) el bien objeto de la donación a B, que así lo conservará.

PUIG PEÑA¹¹⁴², separándose de la corriente doctrinal mayoritaria, sostiene que también tendrá legitimación pasiva el tercero si recibió el bien del donatario a título gratuito. Se basa este autor en la presunción de fraude que se contiene en el art. 1297.1º CCE y en la semejanza que existe entre la reducción de donaciones y la rescisión en general. Para él, basta con que el donatario haya, a su vez, donado el bien que a él se le donó para que la presunción de buena fe del tercero subadquirente quede destruida y pueda ser demandado en reducción, por presumirse un cierto *consilium fraudis* entre el destinatario de la donación inoficiosa y el que ahora recibe el bien objeto de la misma.

La disputa en torno a la legitimación pasiva del tercero únicamente adquiere importancia si se acepta que el legitimario tiene derecho a la restitución *in natura* del bien objeto de la donación¹¹⁴³, lo que no es sino una consecuencia de la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima en su vertiente de que el legitimario ha de ser satisfecho con bienes de la herencia (reputándose por tales también los que constituyen parte del *donatum*).

No obstante, si, como se ha señalado *supra* y se argumentará también *infra*, la acción de reducción de donaciones es una institución de defensa cuantitativa (y no cualitativa) de la legítima y, si como se apunta en el capítulo 6, en realidad, a lo que tiene derecho el legitimario es a que se satisfaga la totalidad de su cuota (intangibilidad cuantitativa), pero no a que en ésta se incluyan bienes concretos, en realidad, la cuestión de la legitimación del tercero se vuelve poco relevante a efectos prácticos.

Y esto porque siempre tendrá el legitimario acción contra el donatario cuya donación se reputó inoficiosa, que, en caso de haber enajenado el bien objeto de la donación, habrá de satisfacer al legitimario lesionado por equivalente económico.

Finalmente, ha de señalarse que también en el Derecho italiano carecen de legitimación pasiva los terceros subadquirentes de los bienes, contra los que

¹¹⁴² PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Vol. II.* cit. p. 410.

¹¹⁴³ Lo que es opinión mayoritaria en la doctrina. Por todos, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo. *La legítima en el Código civil.* cit. p. 149. VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes.* cit. p. 26. En la doctrina italiana, el derecho a la restitución *in natura* se encuentra consagrado en el 1º comma del art. 560 CCI (puede verse, TRINGALI, Fabio. *Le donazioni.* cit. p. 507).

únicamente podrá dirigirse la acción de restitución, una vez ejercitada con éxito *contra el donatario* la acción de reducción¹¹⁴⁴.

A este respecto, señala MENGONI, que no podrá ser reputado tercero aquél a quien le sea transferido o entregado el bien como consecuencia de un negocio fiduciario llevado a cabo entre donante y donatario. Y esto porque “il destinatario effettivo della liberalità non è avente causa (diretto) dal defunto, posto che l’adempimento della fiducia presuppone la titolarità intermedia del fiduciario (...); ma il meccanismo fiduciario istituisce un immediato collegamento causale tra l’acquisto del terzo beneficiario e la disposizione del *de cuius*, la quale concorre a integrare la causa giustificativa del successivo negozio traslativo con cui viene eseguita la fiducia. *Il terzo acquista mediante un atto di volontà del fiduciario fondato sulla volontà del de cuius. L’investitura formale del fiduciario assolve una funzione strumentale (...)*”¹¹⁴⁵.

Tampoco podrá ser reputado tercero, en opinión del mismo autor, el beneficiario del modo en la donación llamada modal u onerosa. Y esto porque el modo no se configura como carga de la herencia, sino como carga de naturaleza obligatoria, impuesta al donatario, y, como tal, no susceptible de ser lesiva de la legítima, toda vez que recae y minora únicamente la disposición modal.

3. Algunas particularidades sobre legitimación en el Derecho italiano

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción en el Derecho italiano se basa en un sistema análogo al ya visto para el Derecho español, por lo que las consideraciones vertidas *supra* podrían ser de aplicación, también, salvando las distancias, a este ordenamiento. Es por ello por lo que aquí nos centramos, principalmente, en las diferencias existentes, sin perjuicio de que se presenten – también en lo semejante – las líneas generales del sistema italiano.

¹¹⁴⁴ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 233. GENNARI, Giuseppe. *Successioni e donazioni. Percorsi giurisprudenziali*. cit. p. 126. LUPI, Laura “Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 700.

¹¹⁴⁵ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 247. Subrayado propio.

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción se recoge, como ya hemos indicado, en el art. 557, 1º comma, CCI, que, siguiendo un modelo igual al ya visto para el Derecho español, la otorga a los legitimarios (también a aquellos que hayan sido preteridos¹¹⁴⁶), a sus herederos y a sus causahabientes (es decir, a aquellos a los que el legitimario haya transmitido su derecho).

FERRI¹¹⁴⁷ sostiene que esta legitimación vale también para la reclamación extrajudicial pues, en efecto, el legitimario puede conseguir su legítima en base a un acuerdo con los beneficiarios de las disposiciones lesivas.

Como ocurría en el caso del Derecho español, también tiene legitimación activa el legitimario que haya sido instituido heredero, pues en este caso actuará *in veste di terzo*¹¹⁴⁸.

El 2º comma del artículo en examen establece que la renuncia preventiva a la acción de reducción es nula.

Como ya hemos visto que hacía el art. 655 CCE, también el ordenamiento italiano otorga legitimación activa para el ejercicio de la acción a los herederos (legales, voluntarios o legitimarios) del legitimario lesionado y a sus causahabientes *inter vivos*.

En efecto, si se entiende la legítima como un derecho de contenido patrimonial, ha de admitirse que la misma – junto con sus acciones protectoras – pueda ser transmisibile, siempre tras la apertura de la sucesión, *inter vivos* o *mortis causa*¹¹⁴⁹.

Por el principio de subsidiariedad de la acción de reducción que ya hemos apuntado, también en el ordenamiento italiano el legitimario deberá actuar, en primer lugar, para reducir las disposiciones *mortis causa* y solo posteriormente pasar a atacar las donaciones – en sentido amplio – realizadas *inter vivos* (art. 555 CCI)¹¹⁵⁰.

Al tratarse de una acción individual, cada legitimario estará legitimado autónomamente para el ejercicio de la acción, sin que la misma de lugar a litisconsorcio activo necesario¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁶ CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 983.

¹¹⁴⁷ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 198.

¹¹⁴⁸ AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 278.

¹¹⁴⁹ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 562.

¹¹⁵⁰ El art. 820 CCE muestra la subsidiariedad de la acción de reducción de donaciones también en Derecho español.

¹¹⁵¹ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 94.

Hasta aquí se han señalado – someramente – las semejanzas que comparten ambos sistemas. Procede ahora subrayar las diferencias, que, en algunos casos, son notables.

Por ejemplo, al contrario de lo que ocurre en el Derecho español, el Código civil italiano de 1942, para el supuesto en el que el legitimario lesionado quiera actuar contra donatarios o legatarios que no sean coherederos, habrá de aceptar la herencia con unos requisitos determinados.

A este respecto, el art. 564 CCI establece dos cargas¹¹⁵² que ha de cumplir el legitimario que quiera ejercitar la acción en los términos apuntados¹¹⁵³: (i) aceptar la herencia a beneficio de inventario y (ii) imputar a su cuota de legítima todo aquello que haya recibido del donante por sucesión o donación.

1. La aceptación a beneficio de inventario. Exige esta carga el *Codice civile* al legitimario que quiera actuar contra el donatario o legatario no coheredero. La carga de aceptar la herencia a beneficio de inventario únicamente puede recaer sobre el legitimario que, por haber sido instituido heredero legal o testamentario, pueda llevar a cabo este tipo de aceptación¹¹⁵⁴. Se excluye, por tanto, al legitimario preterido, legatario o (mero) donatario¹¹⁵⁵.

La doctrina mayoritaria¹¹⁵⁶ coincide en señalar que la *ratio* de esta previsión no es otra que la de proteger el derecho de los donatarios (o legatarios) extraños al fenómeno sucesorio, que solo a través de la formación del inventario oficial pueden constatar el estado real del caudal relicto, la concreta lesión del legitimario y el efectivo exceso (sobre la disponible) de la atribución a ellos realizada. De ahí que no se exija este tipo de aceptación cuando la acción se ejercite contra un coheredero o partícipe de la comunidad hereditaria.

¹¹⁵² En el sentido jurídico de obligación o comportamiento que necesariamente debe llevar a cabo toda persona que quiera ejercitar un derecho o evitar un perjuicio.

¹¹⁵³ Y que son, como se decía en el capítulo 3, expresión de un principio general (presente en toda la sección dedicada a la *reintegrazione della quota de legittima*), en función del cuál se pondera la tutela del derecho del legitimario y la seguridad jurídica del donatario (o legatario).

¹¹⁵⁴ GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 953.

¹¹⁵⁵ GENNARI, Giuseppe. *Successioni e donazioni. Percorsi giurisprudenziali*. cit. p. 131.

¹¹⁵⁶ TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 557.

MENGONI¹¹⁵⁷ critica que, siendo ésta la intención o finalidad del requisito impuesto por la norma, la exigencia en ella contenida es totalmente desproporcionada. Y esto porque bastaría, en lugar de la aceptación a beneficio de inventario, con obligar, como requisito previo al ejercicio de la acción, a la confección de un inventario que pueda ser validado o comprobado en sede judicial.

La aceptación a beneficio de inventario es, para la doctrina mayoritaria¹¹⁵⁸, una condición o requisito de admisibilidad de la acción de reducción¹¹⁵⁹, cuya ausencia, además, no podrá ser subsanada. Y esto porque, aun cuándo no se hubiese aceptado (expresamente) la herencia, la misma interposición de la demanda de reducción habría de ser reputada como aceptación (implícita) pura y simple¹¹⁶⁰.

La última parte del 1º *comma* del artículo 564 CCI establece que no impide el ejercicio de la acción de reducción la posterior pérdida del beneficio. Disposición ésta que, en opinión de algunos autores¹¹⁶¹, no juega cuando dicha pérdida se haya producido como consecuencia de lo previsto en el 2º *comma* del art. 485 CCI, toda vez que el mismo artículo establece que, en estos casos, *l'erede sarà considerato como puro e semplice*.

Resta señalar que la aceptación a beneficio de inventario no se exige en todo caso, sino únicamente cuando la acción se dirija contra donatarios o legatarios, siempre que los mismos no tengan la condición de herederos o coherederos (pues, en otro caso, en tanto que herederos, conocerán el valor

¹¹⁵⁷ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 254. A mayor abundamiento, sostiene este autor que la exigencia del beneficio de inventario, tal y como está configurada, en realidad, acaba desprotegiendo a aquellos sujetos a los que pretende tutelar. Así, señala que, por ejemplo, no decae el ejercicio de la acción si el legitimario pierde el beneficio por no incluir en el inventario bienes pertenecientes a la herencia, lo que obviamente perjudica y va en detrimento de los legatarios y donatarios no coherederos.

¹¹⁵⁸ Por todos, TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 517.

¹¹⁵⁹ SCUDERI, Simona. “Sul rapporto tra l’azione di simulazione proposta dai legittimari e l’azione di riduzione” en *Famiglia e Diritto*. Num. 12. 2018. p. 1081, comentando la sentencia Cass. Civ., Sez. VI-2, 22 agosto 2017, num. 15546, recuerda que este requisito habrá de observarlo también el legitimario que, impugnando la simulación relativa, lo haga con vistas a obtener la reducción del negocio oculto. No habrá de observarlo, por el contrario, si impugna la simulación absoluta.

¹¹⁶⁰ En este sentido, CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. p. 547.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, p. 547.

total de los bienes dejados y de las atribuciones realizadas, perdiendo todo sentido la exigencia de la formación de un inventario). En efecto, la necesidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario se dirige a tutelar o proteger a los legatarios y donatarios no llamados como herederos o coherederos, los cuáles, para verificar la lesión sufrida por el legitimario, han de disponer de un inventario (oficial) que determine la consistencia y valor de los bienes relictos¹¹⁶².

2. La imputación de lo recibido a título de herencia o donación. Antes de proceder al ejercicio de la acción, como señalábamos en el capítulo 3, el legitimario debe proceder a imputar a su legítima las atribuciones (*inter vivos* o *mortis causa*) que haya recibido del causante¹¹⁶³ (art. 564 CCI). Sólo así podrá saberse (i) lo que ya ha recibido en concepto de legítima y (ii) la efectiva entidad de la lesión sufrida en la misma.

Se trata, como decíamos en aquel capítulo, de una operación contable, necesaria para la correcta cuantificación de la legítima¹¹⁶⁴ (y, en este sentido, debe ser puesta en relación con las operaciones contenidas en el art. 556 CCI y que se han analizado en el capítulo 3). No ahondamos más en esta cuestión pues la consideramos suficientemente tratada en dicho capítulo.

A estos dos requisitos habría que añadir un tercero, sobre el que ahora volveremos: la renuncia al legado en sustitución de legítima o *legato tacitativo*, que priva al legitimario que lo acepta de solicitar el complemento de legítima¹¹⁶⁵.

Al igual que hay diferencias en los requisitos que debe cumplir el legitimario que quiera actuar en reducción, también las hay con respecto a aquellos que pueden actuar en reducción. Así, particularidad de la legitimación activa en el Derecho italiano es que, teniendo la condición de legitimarios, carecerán de dicha legitimación.

1. Los hijos naturales no reconocibles. El art. 580 CCI (y 594 del mismo texto legal) reserva a los “figli naturali non riconoscibili” el derecho a obtener, a la

¹¹⁶² TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 516.

¹¹⁶³ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. cit. p. 203.

¹¹⁶⁴ TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 600.

¹¹⁶⁵ En este sentido, puede verse PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. p. 540.

muerte del *de cuius*, un “assegno vitalizio pari all’ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrèbbero diritto, se la filiazione fuese stata declarada o reconocida”, siempre que el causante no hubiese dispuesto, por donación o disposición *mortis causa*, a su favor (liberalidades éstas que tendrían la consideración de sustitutivas del derecho de “assegno”, por lo que el hijo podría renunciar a las mismas y pedir la asignación o renta¹¹⁶⁶).

Estos hijos no reconocibles son los referidos en el art. 251 CCI, que alude a los antaño llamados incestuosos¹¹⁶⁷. Pese a que en otro tiempo tenían vedada la filiación, en la actualidad – tras la reforma operada en 2012 – pueden ser reconocidos previa autorización del Juez¹¹⁶⁸.

En tanto no sean reconocidos, carecen del *status* de *figlio*¹¹⁶⁹, lo que justifica su trato diferenciado en materia de derechos sucesorios.

Pese a que se discute su carácter de legitimarios, hoy día la doctrina mayoritaria coincide en incluirlos en tal categoría. Base de la argumentación es, como señala SCARSO¹¹⁷⁰, que el *assegno* grava el entero patrimonio del causante, por lo que habrá de ser abonado por los beneficiarios de las disposiciones *mortis causa* y, también, por los donatarios. Esto hace participar al *assegno* de la naturaleza de la legítima, toda vez que, como ésta, grava lo enajenado por donación en tanto que no sea satisfecho. Y, además, debe ser determinado conforme a las reglas de cálculo de la legítima¹¹⁷¹.

Ahora bien, pese a aceptar la condición de legitimario del hijo natural no reconocible, la doctrina no le atribuye legitimación activa para ejercitar en reducción¹¹⁷². Y esto por la especial configuración del derecho a él

¹¹⁶⁶ Tal y como ocurre en supuestos de legado en sustitución de legítima.

¹¹⁶⁷ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 594.

¹¹⁶⁸ A este respecto, puede verse la importante C. Cost. 28 novembre 2002, n. 494. Una reflexión sobre la misma se contiene en GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 595.

¹¹⁶⁹ GALGANO, Diritto Privato. cit. p. 913.

¹¹⁷⁰ SCARSO, Alessandro P. “I figli” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 283.

¹¹⁷¹ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 599.

¹¹⁷² Así, MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 173.

reconocido, que no es una cuota o parte alícuota, sino una renta que grava por igual a los beneficiarios de las disposiciones *mortis causa* y a los donatarios.

En este caso, por esa especial configuración de la que venimos hablando, no se aplica la subsidiariedad de la acción (no habrá de solicitarse la renta primero a los beneficiarios de las disposiciones testamentarias y, después, agotadas éstas, a los de las donaciones), ni la regla contenida en el art. 555 CCI, rigiendo, por el contrario, el principio o criterio de proporcionalidad y contemporaneidad¹¹⁷³.

2. El beneficiario de un legado en sustitución de legítima. El legado en sustitución de legítima lo utiliza el testador para privar al legitimario de la cuota que le corresponde, atribuyéndole, en su lugar, un legado de bienes determinados o de crédito¹¹⁷⁴.

Con independencia de los motivos que pueden llevar al testador a optar por este tipo de disposición, y haciendo gracia de sus caracteres generales o de los efectos que su aceptación o renuncia puede tener para el régimen de la legítima, ha de señalarse que, para el tema que nos ocupa, el legitimario no está obligado a aceptar la atribución que se le hace. Esto es, puede rechazar el legado en sustitución de legítima y solicitar la entera cuota que le corresponde, ahora bien, si decide aceptar el legado, “perde il diritto di chiedere un supplemento, nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima” (art. 551 CCI).

En este caso, por consiguiente, si el legitimario aceptase el legado en sustitución de legítima, aunque éste fuese inferior a la cuota que le corresponde, perdería la legitimación activa para accionar en reducción, pasando a integrar la lista de los que carecen de ella.

¹¹⁷³ SCARSO, Alessandro P. “I figli” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 283.

¹¹⁷⁴ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 638.

V. PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA ACCIÓN. APORTACIONES DESDE LA DOCTRINA ITALIANA

El presupuesto objetivo de la acción de reducción de donaciones es, para la doctrina mayoritaria¹¹⁷⁵, la existencia de lesión a la legítima¹¹⁷⁶, definida ésta, en palabras de MENGONI¹¹⁷⁷, como “una situazione giuridica che impedisce al legittimario l’acquisto della porzione di beni cui ha diritto”.

Así lo señala también, *obiter*, la STS 124/2006, de 22 de febrero (RJ\2006\900), en su FJ 3º:

“Esta Sala tiene declarado que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración [...] y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la libre disposición”.

Es la lesión a (o en) la legítima, en efecto, la que hace nacer en favor del legitimario el derecho (potestativo) a solicitar la reducción de las atribuciones patrimoniales hechas por el causante, dentro del orden fijado por el art. 820 CCE.

Vuelve a subrayarse aquí la importancia y necesidad de realizar, con carácter previo al ejercicio de la acción, las operaciones estudiadas en el capítulo 3, toda vez que las mismas constituyen la única manera de saber si alguno o algunos de los legitimarios ha sufrido un perjuicio efectivo e individual.

En efecto, como se decía en aquel capítulo, no basta para ejercitar la acción de reducción con que exista un perjuicio a *la* legítima, sino que es necesario que el actor acredite que ha sufrido una lesión en *su* legítima, por lo que la reducción únicamente

¹¹⁷⁵ Por todos, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y los legados” en MONJE BALMASEDA, Oscar. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 914. MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. cit. p. 219. CANTELMO, V.E. “L’attuazione della tutela” en RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni*. cit. p. 534.

¹¹⁷⁶ Lo que funda, a su vez, que la acción de reducción no pueda usarse en vida del donante, pues sólo tras la muerte de éste podrá calcularse la cuota de legítima individual que corresponde a cada legitimario y, por consiguiente, si hay o no daño a la misma (arts. 657, 661, 818 CCE).

La relación entre reducción y lesión a la legítima se aprecia mejor en el Código civil italiano, cuyos arts. 557 o 2652 n. 8 (por citar algunos) hablan expresamente de “disposizioni lesive della porzione di legittima”.

¹¹⁷⁷ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 228.

podrá solicitarse, salvo casos determinados, tras la realización de las operaciones de cálculo, determinación e imputación de la misma¹¹⁷⁸.

Por consiguiente, habrá lugar a esta acción cuando, habiéndose ya reducido las mandas y legados hechos en testamento (si los hay), existan donaciones que dañen la legítima. El hecho de que la lesión a la legítima sea el presupuesto fáctico de la acción de reducción obliga al legitimario demandante a probar los siguientes aspectos¹¹⁷⁹:

Primero, su condición de legitimario. Para ello, no bastará con que se trate de alguna de las personas mencionadas en el art. 807 CCE, sino que habrá de probar, además, que es un legitimario efectivo en la sucesión de que se trate. Esto es, en caso de ser un ascendiente, por ejemplo, que el causante murió sin descendientes; o si se trata del cónyuge viudo, habrá de dar prueba suficiente de la existencia del matrimonio y de su subsistencia en el momento de la apertura de la sucesión; o que, siendo legitimario efectivo, ha aceptado llamamiento sucesorio (legal o voluntario) por el que se le defería la legítima¹¹⁸⁰.

Segundo, la lesión a *su* legítima, esto es, que su legítima no ha sido satisfecha ni puede serlo con los bienes relictos, en atención a las disposiciones que de ellos ha hecho o hizo el causante/testador *inter vivos* o *mortis causa*. Importante es señalar, a este respecto, que el legitimario demandante no podrá basar su pretensión en que las donaciones otorgadas por el causante dañan o perjudican la legítima colectiva, sino que habrá de acreditar que es la suya individual la que se ve afectada por la donación que se ataca¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁸ STS de 8 de marzo de 1989 (RJ\1989\2023), FJ 4º.

¹¹⁷⁹ Son los mismos requisitos, *mutatis mutandi*, que habrá de probar el acreedor demandante en el ejercicio de la acción pauliana (cfr. JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. p. 32). Es ésta una prueba más de que la legítima, contemplada desde la óptica de la inoficiosidad, como se señala en el capítulo 6, está configurada como un “crédito” y de que el legitimario no satisfecho se asemeja a un acreedor con una posición cualificada.

¹¹⁸⁰ Excepción hecha, como ya se ha indicado, del legitimario donatario o preterido.

¹¹⁸¹ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*. cit. p. 122. RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1348. TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 507.

En este sentido, la STS de 13 de febrero de 1951 (RJ\1951\258), Cdo. 4º, cuyos razonamientos, aunque versan sobre reducción de legados, puede ser aplicados aquí.

Para ello, señalan LACRUZ/SANCHO¹¹⁸² que será necesaria la elaboración de un inventario, si quiera provisional o rudimentario, a fin de probar que los bienes relictos no son bastantes para cubrir el importe de la legítima del demandante.

Y tercero, que es la atribución otorgada a título lucrativo al demandado la que vulnera su derecho de legítima, que únicamente podrá ser satisfecho mediante la reducción de dicha atribución patrimonial. Entendemos, no obstante, que, a nivel probatorio, en atención a lo dispuesto en el art. 656 CCE, bastará con que el legitimario se asegure con demandar al último donatario ya que, por regla general, la inoficiosidad comenzará por la donación más reciente hecha por el donante antes de su óbito. Debiendo probar, también, el donatario, que la donación contra la que se dirige es, en efecto, la última realizada por el causante.

Finalmente, a fin de circunscribir qué sea y qué ha de entenderse por lesión a la legítima, ha de hacerse mención de la STS num. 375/2019, de 27 de junio (RJ\2019\2689) cuya base fáctica, someramente explicada, es la siguiente: A otorga testamento entre cuyas disposiciones se encuentran las siguientes: uno, deja a su cónyuge la legítima viudal; dos, a uno de sus hijos (B), deja el tercio de libre disposición, la nuda propiedad del de mejora y su parte alícuota del de legítima estricta; a sus restantes hijos, que habían sido beneficiarios de sendas donaciones realizadas en vida a ellos por la causante, los instituye herederos en su legítima estricta; tres, nombra contador-partidor encargado de realizar cuantas operaciones sean necesarias para dar ejecución a lo dispuesto en testamento.

Dicho contador-partidor, en la realización de estas operaciones, atribuye la totalidad de los bienes presentes en el caudal a B, hijo favorecido, pero los imputa al tercio de libre disposición. Posteriormente, indica que habrían de reducirse las donaciones hechas a los hijos-donatarios reducidos a legítima, con el fin de satisfacer la cuota parte de la legítima estricta y del tercio de mejora atribuidos testamentariamente al hijo mejorado.

Los restantes hijos, hermanos del favorecido, se oponen sobre la base de que la reducción solo cabe y puede ejercitarse para cubrir la legítima y no el tercio de libre disposición dejado en testamento. Sostienen los hermanos que el contador-partidor debió atribuir a B los bienes presentes en el caudal relicto en el momento de la apertura de la

¹¹⁸² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 156.

sucesión, imputándolos a su legítima estricta y a la mejora. Entienden, igualmente, que el tercio de libre desapareció por agotarlo la madre en las donaciones que hizo en vida, por lo que no pudo volver a disponer de él en testamento.

El Tribunal Supremo, por su parte sigue el criterio sostenido por los hijos-donatarios. Partiendo del art. 820 CCE, entiende que habrán de respetarse las donaciones siempre que en el caudal relicto existan bienes con los que cubrir la legítima. Esta norma, por consiguiente, da una pauta de actuación: siempre que existan bienes en el caudal relicto, estos deben imputarse, primero, a la legítima. Por consiguiente, no podrán reducirse donaciones si con los bienes presentes en el caudal en el momento de la apertura de la sucesión podía cubrirse la legítima. Y esto, aunque existan otras disposiciones testamentarias que puedan quedar sin efecto o contenido patrimonial (FJ 3º).

Concluye el Tribunal que la causante testadora había agotado el tercio de libre disposición en vida y que, por tanto, nada podía recibir el favorecido testamentario por esta vía, pues nadie tiene derecho a la herencia o legado voluntario.

Ilustra esta resolución lo que se viene indicando de que el presupuesto objetivo de la acción es la lesión a la legítima y no, por el contrario, que el legitimario haya recibido menos de lo que le correspondía por testamento.

VI. ORDEN EN LA REDUCCIÓN DE DONACIONES

La acción de reducción de donaciones inoficiosas siempre tiene carácter subsidiario¹¹⁸³, lo que significa que, cuando existan atribuciones testamentarias, habrán de reducirse éstas antes de que puedan atacarse las donaciones (art. 820.1, 817 y 815 CCE/555 CCI)¹¹⁸⁴. Por tanto, antes de ejercitar la acción de reducción, habrá de respetarse

¹¹⁸³ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* cit. p. 963. Característica que comparte con la acción rescisoria (art. 1294 CCE). Subsidiariedad que procede del Derecho romano. En este sentido, BERNAD MAINAR, Rafael. “De la legítima romana a la reserva familiar germánica” en RIDROM. cit. p. 29 nos dice que el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, sobre la que se construye la de *inofficiosi donationis*, también tenía carácter subsidiario, por comportar *iniuria* para el difunto. Obviamente, la causa de la inoficiosidad actual hay que buscarla en su relación con la acción rescisoria y no en las posibles repercusiones que el ejercicio de la acción pueda tener para la buena o mala fama del difunto.

¹¹⁸⁴ Salvo que, como bien indican CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I.* cit. p. 537, en dichas atribuciones el testador se haya limitado a dejar en favor de otros legitimarios (distintos del perjudicado) lo que por legítima les corresponda, en cuyo caso,

el siguiente orden: en primer lugar, habrá de reducirse la institución de heredero; después, las mandas y los legados ordenados por el testador; y, finalmente, si aún no hubiese sido satisfecha la cuota de legítima individual que corresponde al legitimario lesionado, podrán reducirse las donaciones que el causante hubiese otorgado por acto *inter vivos*. Ahora bien, cuando no exista testamento, esta subsidiariedad queda diluida, pudiendo ser atacadas directamente las donaciones que el causante hizo en vida.

Además de este orden que los arts. 820 CCE/555 CCI imponen para el ejercicio de las acciones, los artículos 656 CC/559 CCI establecen que no podrán atacarse todas las donaciones de una vez, ni de forma arbitraria, sino que, en atención a su letra: “si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente”¹¹⁸⁵ o “le donazioni si riducono cominciando dall’ultima e risalendo via via alle anteriori”.

El orden en que habrá de llevarse a cabo la reducción, por consiguiente, no queda a merced del legitimario, ni del donatario, sino que, en principio, se habrá de empezar por la última de las donaciones que realizó el causante/donante, remontándose ulteriormente a las más antiguas.

1. La naturaleza imperativa o dispositiva del artículo 656 CCE a la luz del art. 559 del Código civil italiano de 1942

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si es posible que el causante, en tanto que sujeto activo que fue de la donación, y en vista de las amplias facultades que el ordenamiento le concede para ordenar su sucesión, puede alterar el orden establecido en el art. 656 CCE, señalando que alguna de las donaciones por él otorgada se reduzca la primera o la última. Para solucionar esta cuestión, serán de gran ayuda las consideraciones vertidas en la

pese a existir atribuciones testamentarias, podrá accionarse directamente contra las donaciones realizadas en vida. Misma opinión encontramos en LUPI, Laura “Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 694.

¹¹⁸⁵ Antecedente remoto de esta norma en la Ley 20 de las de Toro. Sobre la controversia de esta solución normativa en el Derecho intermedio, puede verse MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 267, que transcribe la postura de Molineo, según el cual las donaciones, como las disposiciones testamentarias, habrían de reducirse a prorrata, con independencia de su fecha. Y esto porque: (i) la lesión a la legítima se produce y se fija en el momento de la apertura de la sucesión; (ii) se calcula la cuota de legítima y la (posible) lesión sufrida computando todas las donaciones; (iii) las disposiciones testamentarias de fecha distinta (por constar en testamentos diferentes, por ejemplo) se reducen proporcionalmente.

doctrina italiana sobre el art. 559 CCI, que, como hemos visto, establece un criterio semejante.

Es esta una cuestión ampliamente debatida, identificándose entre los autores las siguientes posturas:

1. El orden del art. 656 CCE es indisponible para el causante. Según la corriente doctrinal mayoritaria¹¹⁸⁶, el orden establecido en el art. 656 CCE es indisponible para el legitimario, para el donatario y, también, para el causante, que no podrá ordenar, ni en el acto de la donación ni en otro posterior, que una determinada liberalidad se reduzca la primera o la última. En efecto, para estos autores, el art. 656 CCE es una norma de *ius cogens*, por lo que cualquier disposición que lo contradiga ha de ser tenida como nula y no puesta¹¹⁸⁷ (art. 6.3 CCE).

Dicha indisponibilidad se asienta, primero, en que el orden establecido en el artículo ahora comentado se conecta con el principio de irrevocabilidad de las donaciones¹¹⁸⁸. En efecto, si se permitiera al causante señalar una donación como la primera o la última en ser reducida, se le estaría dando la posibilidad de revocar, sin causa y *post mortem*, determinadas donaciones que, en vida del donante, únicamente podían ser revocadas si se daban determinados requisitos exigidos por el Código civil.

A mayor abundamiento, sostienen los defensores de la indisponibilidad del artículo que el mismo es una expresión de dos principios generales del Derecho: el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el de *prior tempore potior iure*, en virtud del cuál el donatario más antiguo siempre tendrá mejor derecho

¹¹⁸⁶ Por todos, ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto*. cit. p. 162. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. p. 120. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II*. cit. p. 407. GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 732.

¹¹⁸⁷ De esta opinión, MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 268.

¹¹⁸⁸ Principio que aparece ya recogido en la Ley 6, Título II, Libro V del Fuero Juzgo (según la edición de DE LA REGUERA VALDELOMAR, Juan. *Extracto de las Leyes del Fuero Juzgo*. cit. p. 118), cuando dice “luego que la cosa fuere entregada al donatario, no puede el donante demandársela en ningún modo”. También puede verse en la Ley 2, del Título XII del Libro III del Fuero Real (en la edición de PÉREZ MARTÍN, Antonio (ed.). *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*. cit). Se reconoce también este principio expresamente en el art. 940 PCC 1851. En este sentido, comentando el art. 559 CCI, FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 219.

que el donatario más moderno, lo que justifica que sea la donación de éste la que se ataque o impugne en primer lugar.

2. El orden del art. 656 CCE puede ser alterado por el causante en el acto de la donación. Junto a la doctrina mayoritaria hay una serie de autores, que, discrepando de los anteriores, con algunos matices y diferencias, coinciden en señalar que el principio de irrevocabilidad de las donaciones no obsta para que el causante tenga facultad para alterar el orden establecido en el art. 656 CCE, siempre que lo haga en el acto mismo de la donación y este cambio sea aceptado (junto con la donación propiamente dicha) por el donatario.

Ahora bien, no es pacífica tampoco aquí la cuestión de hasta dónde llega o cuán amplia es esa facultad que se le concedería al causante/donante.

- a. El donante puede alterar el orden de reducción sin límite alguno. ALBALDEJO/DÍAZ¹¹⁸⁹ sostienen que el orden establecido por el art. 656 CCE vincula al causante, pero no al donante, que podrá alterarlo, siempre que lo haga en el mismo acto de la donación. Tiene el donante, por consiguiente, facultad para señalar que una donación se reduzca la primera o la última.

En apoyo de esta tesis, aducen que el pacto por el cual una donación deba reducirse antes o después que otras, entra dentro de las cláusulas que las partes pueden establecer en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CCE)¹¹⁹⁰.

- b. El donante tiene facultad para establecer la prioridad de una donación. Según un grupo de autores¹¹⁹¹, el donante tendría facultad, siempre que lo haga en el acto de la donación, para señalar que una determinada liberalidad sea reducida en primer lugar, pero no en último.

Y esto porque la declaración o cláusula (aceptada por el donatario) que establezca que una donación deba ser reducida en primer lugar es

¹¹⁸⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. pp. 886-887.

¹¹⁹⁰ En este sentido, también AZNAR DOMINGO, Antonio y MARTÍN SUÁREZ, Sandra. “La legítima y la acción de reducción de donaciones inoficiosas”. *Actualidad Civil*. N° 4. 2018. (LALEY 3265/2018), que no ven contradicción entre vincular el art. 656 CCE al principio de irrevocabilidad de las donaciones y reconocer al donante la más amplia facultad para alterar el orden dispuesto en el mismo.

¹¹⁹¹ Destacan, DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código civil*. cit. p. 413. GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La reducción de donaciones inoficiosas*. 182.

un negocio que sólo puede tener efecto entre el donante y el donatario y que no afectará a ningún tercero. Así, los donatarios anteriores conservarán su misma posición, pues, en cualquier caso, la donación señalada como prioritaria debía también, *ex art. 656 CCE*, ser impugnada antes que las de ellos; y los donatarios posteriores, en realidad, se ven beneficiados por la disposición, ya que la donación señalada como prioritaria habrá de ser impugnada y reducida antes de que puedan agredirse las demás, aunque sean posteriores.

Y, en todo caso, el legitimario conserva intacto su derecho, ya que tiene un donatario al que demandar y, en caso de que su donación resulte insuficiente para satisfacer su cuota, podrá seguir demandando a los restantes donatarios, (ya sí) en el orden establecido en el art. 656 CCE.

Sin embargo, no podría, en opinión de estos autores, permitirse la cláusula en la que el donante señalara que una donación sea reducida la última. Y esto porque dicha cláusula afecta a los derechos de terceros (los donatarios anteriores), que ven así cómo sus títulos, antes protegidos por el art. 656 CCE y la existencia de una donación posterior, quedan especialmente vulnerables, por la mera voluntad del donante. Se quebraría así el principio de irrevocabilidad de las donaciones¹¹⁹² y se daría facultad al donante para revocar donaciones sin que concurran los requisitos establecidos para ello.

Razonamiento éste que parece plausible.

- c. El donante sólo puede alterar el orden de las donaciones de igual fecha. RIVAS¹¹⁹³ circunscribe la potestad del donante para alterar el orden de reducción de donaciones establecido en el art. 656 CCE a las que sean de igual fecha. Y esto porque, aunque la regla general es que las mismas deben reducirse a prorrata, en principio, podría el donante, siempre que lo haga en el acto mismo de la donación y por escrito, señalar que alguna de las de igual fecha se redujese la primera.

¹¹⁹² Y el principio *res inter alios acta* (art. 1275.1 CC).

¹¹⁹³ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*. cit. p. 124.

Esta misma solución la encontramos en la doctrina italiana¹¹⁹⁴, sobre la base de la aplicación analógica del art. 558 CCI. En este caso, al igual que ocurría con las disposiciones testamentarias, se permitiría al donante señalar, siempre en el acto mismo de la donación, su preferencia por alguna de las donaciones realizadas, que no se reduciría en tanto con el valor de las restantes (de igual fecha) pudiera satisfacerse el derecho del legitimario.

Ahora bien, antes de entrar a valorar estas diferentes corrientes o posturas doctrinales, habrá de determinarse si el art. 656 CCE es norma imperativa o dispositiva, esto es, si verdaderamente está vinculado a un principio de orden público o, por el contrario, ventila intereses privados disponibles por las partes. Y esto porque, si pertenece al primer grupo, no podrá la voluntad del donante (o del causante) pasar por encima de ella (art. 1255 CCE *in fine*).

Así, *prima facie*, si se acepta que la *ratio* del orden establecido en el art. 656 CCE descansa sobre el principio de irrevocabilidad de las donaciones, entonces, se estará ante una norma imperativa que, por consiguiente, no puede ser alterada o desplazada por la voluntad de las partes.

Ahora bien, a nuestro juicio, para una recta comprensión de la *ratio* del art. 656 CCE, el mismo debe ser puesto en relación con la propia subsidiariedad de la acción de reducción que establece el art. 820 CCE.

De ambas normas se deduce que la inoficiosidad puede afectar a dos tipos de disposiciones: las atribuciones *mortis causa* y la donación. Podría pensarse, en un primer momento, que la subsidiariedad establecida en el art. 820 CCE responde a la naturaleza de la disposición que se impugna: así, primero habrían de reducirse las disposiciones *mortis causa*, que aún no se han llevado a cabo, y sólo después pasar a la reducción de las disposiciones *inter vivos*.

Y dicho orden, el del art. 820 CCE, así como el del art. 656 CCE, se ponían en relación, en un segundo momento, y se anclaban a tres principios generales del Derecho: el de seguridad jurídica, el principio *prior tempore potior iure* y el de irrevocabilidad de las donaciones (que sirve, también, para justificar el orden establecido en el ejercicio de

¹¹⁹⁴ Por todos, CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 539.

las diferentes acciones por el art. 820 CCE, ya que si se permitiera que el donante señalara que una donación se redujera con prioridad a los legados, por ejemplo, se le estaría dando facultad para revocarla sin que concurrieran los requisitos señalados en el ordenamiento positivo). Así lo sostiene, respecto de este segundo principio, la doctrina mayoritaria italiana¹¹⁹⁵, toda vez que, si se permitiera al donante/causante alterar el orden de las donaciones reducibles, se les estaría dando un potente instrumento para revocar las donaciones.

A lo dicho cabe sumar un tercer principio, al que también atienden las normas citadas: el de que la reducción debe comenzar por donde comenzó la inoficiosidad¹¹⁹⁶. El orden establecido en la reducción de donaciones atiende, por tanto, a la irrevocabilidad de las donaciones, al mejor derecho del primero en el tiempo y al criterio – también cronológico – del inicio de la inoficiosidad, que comenzará con la última disposición que no entró en la parte de libre disposición, que, por regla general, será, cuando existan, una disposición testamentaria.

Después se pasará a las donaciones, también de la más reciente a la más antigua, porque la que infringió la legítima, seguramente, fue la última que se hizo, no la primera. Y de ahí el orden lógico que se establece en los ordenamientos español e italiano.

Ahora bien, si éstos y no otros son los principios a los que atiende la *ratio* de las normas citadas, puede reputarse el art. 656 CCE – como el art. 559 CCI – como de *ius cogens*. El causante, por tanto, no podrá, en principio, cambiar el orden de las donaciones reducibles, pues, de otro modo, se estaría abriendo la puerta a la revocación de actos considerados irrevocables y, además, se podría estar afectando al interés de los terceros (los donatarios anteriores).

¹¹⁹⁵ Por todos, CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 989.

¹¹⁹⁶ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo III*. cit. p. 242. Nota 1. “la última liberalidad se reduce antes que las anteriores, porque *se supone fundadamente que las primeras liberalidades son hechas dentro de la cuota disponible*, y cuando ésta queda agotada ya el disponente no tiene derecho a disponer o hacer más liberalidades, y si las hiciera son inoficiosas o lesionan la legítima y deben reducirse antes que las otras hechas con derecho y cuando pueden hacerse” [subrayado propio].

En el mismo sentido, TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 508. que, comentando la *ratio* del art. 559 (y su diferencia con el 558), sostiene: “Infatti può verificarsi l’ipotesi in cui l’ultima donazione disposta risulti essere stata lesiva, mentre quelle anteriori potrebbero essere state disposte quando ancora non si era compiuta nessuna lesione della legittima”.

Es por esto por lo que, en contra de lo que sostiene algún autor, es preferible optar por limitar – como hace la doctrina italiana aludida – la facultad del donante para alterar el orden de las donaciones para aquellas que sean coetáneas, pues en estas no se estaría incidiendo dicha alteración ni en el principio de irrevocabilidad de las donaciones, ni se estaría afectando el interés de ningún donatario concreto, pues al ser todas coetáneas, todas habrían de sufrir la reducción a la vez y por igual.

2. El problema de la fecha de la donación en el Derecho español común: la antinomia entre los arts. 623 y 629 del Código civil de 1889

El art. 656 CCE, más allá de su carácter imperativo o dispositivo, introduce otro problema dentro del ejercicio de la acción de reducción, cual es el de la fecha de la misma. En efecto, si las donaciones deben reducirse (salvo disposición en contrario del donante) empezando por la de fecha más reciente, fundamental será determinar la fecha en la que las diferentes donaciones se llevaron a cabo¹¹⁹⁷.

El problema de la fecha se vincula, a su vez, con el problema – dentro del Derecho español común – de la aceptación de la donación y de la antinomia existente, en el Código civil español común, entre los arts. 623 y 629.

En primer lugar, debe señalarse que, *ex arts. 618 y 630 CCE*, es de esencia que la donación sea aceptada, so pena de nulidad¹¹⁹⁸. A la aceptación de la donación se dedican los arts. 623, 625, 627 y 629 al 633 CCE, lo que refleja su importancia para el régimen jurídico de la donación.

Más allá de los abstrusos debates que hay sobre la aceptación y la incidencia que la misma pueda tener en la naturaleza jurídica de la donación¹¹⁹⁹, nos centramos aquí en la

¹¹⁹⁷ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 145: puede ser probada por cualquier medio.

¹¹⁹⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 160. También, entre otras muchas, STS de 6 de julio de 1985 (RJ\1985\4132), Cdos.- 4 y 5 que declara la validez de la donación, toda vez que el aceptante no tenía poder bastante para representar debidamente al aceptante (persona jurídica pública). También, en este sentido, CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II*. cit. p. 1528.

Posición distinta en GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*. cit. p. 290, para quien la donación, en tanto que no esté aceptada, no es perfecta, por lo que puede ser revocada. “Hasta que el donatario la haya aceptado, puede revocarla [la donación] el donador y solo puede ser aceptada en vida de éste”.

¹¹⁹⁹ Sobre el debate en torno a la naturaleza de la donación puede verse BIONDI, Biondo. *Successione testamentaria e donazioni*. cit. p. 633. (la donación como causa); MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 127 (la donación como modo de adquirir);

regulación que los artículos citados hacen de su forma, toda vez que será ésta la importante a efectos de prueba y acreditación.

A la forma de la aceptación de la donación se refieren, directa o indirectamente, los arts. 632 CCE (para la donación de bienes muebles) y 633 CCE (para la donación de inmuebles). El primero sostiene que la donación de bienes muebles (y la aceptación de la misma) podrá realizarse de dos modos: bien verbalmente (en el caso de la donación manual), acompañada de la entrega o transmisión de los bienes (y, en este caso, la recepción del bien hará las veces de aceptación); bien por escrito, en documento privado, en cuyo caso la aceptación debe constar del mismo modo (art. 632.II CCE). El art. 633 CCE, por su parte, establece que la donación de inmuebles (y la aceptación de la misma) debe hacerse en escritura pública autorizada por notario, ya se acepte la donación en el momento de realizarse, ya se acepte en otro posterior. En cualquier caso, la aceptación, como la donación, habrá de constar en escritura pública.

Misma consideración encontramos dentro de la doctrina italiana¹²⁰⁰, en la que también para la aceptación rige el principio formalista, debiendo constar la misma en escritura pública, bien en el mismo acto y contemporánea a la donación, bien en escritura separada, salvo que se trate de donaciones de módico valor, en cuyo caso no rige el principio formalista (como en el caso de las donaciones manuales en el Derecho español).

Como puede advertirse rápidamente, será fácil probar la fecha de la donación de inmuebles, toda vez que la aceptación habrá de constar en una escritura pública que, *ex art. 24.I LN*, incorporará la fecha de otorgamiento. En estos casos, entrará en juego lo dispuesto en el art. 1218 CCE, facilitándose en mucho la prueba de la fecha para el legitimario.

Mayores problemas se presentarán en el caso de la donación de bienes muebles, toda vez que la misma ni siquiera tiene que constar por escrito. Además, incluso en aquellos casos que exista registro escrito de la donación, el mismo no tiene por qué contener la fecha de la disposición, pues no existe norma que regule el contenido de este tipo de documentos (aunque, si la tuviera, se estará a lo dispuesto en el art. 1225 CCE).

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 49 (la donación como contrato).

¹²⁰⁰ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 1529.

A este respecto, MENGONI¹²⁰¹, con apoyo en los arts. 2702 y 2704 CCI, se pregunta si serían admisible, a los efectos de estos artículos, el documento privado, escrito (y firmado) por el donante (a modo de apunte, registro o diario) en el que se dejara constancia de la existencia de la donación y de su fecha. Según el citado autor, habrían de aplicarse a este documento los criterios establecidos en los artículos mencionados, es decir, para el caso del art. 2702 CCI, la escritura (en tanto que no fuera impugnada como falsa) haría prueba plena de la autoría del documento, con lo que podría probarse, al menos, que pertenece al donante. El art. 2704 CCI, por su parte, sostiene que la fecha del documento privado no hace prueba frente a terceros en tanto no esté autenticada. Si no se autenticare la firma, el documento habría de entenderse firmado (i) el último día en que el donante pudo firmarlo (esto es, el día de su muerte; o el día después del cuál devino imposible la firma); (ii) el día de su protocolización notarial; o (iii) el día en que se acredite un evento que, por su parte, certifique la veracidad del documento.

Solución esta razonable y aplicable al Derecho español común, toda vez el Código civil de 1889 contiene una previsión parecida, aunque con algunas diferencias, en el art. 1227.

Dicho esto, hemos de detenernos en la importante antinomia jurídica que existe en el régimen de la aceptación entre el art. 623 y el 629 CCE.

Dice así el art. 623 CCE: “La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario”. Y así el art. 629 CCE: “La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación”.

Por consiguiente, para el art. 629 CCE basta la aceptación, por parte del donatario, para que la donación produzca todos sus efectos; sin embargo, para el art. 623 CCE, esta donación debe haber sido, además, puesta en conocimiento del donante.

En lo que a nosotros ocupa, que es la determinación de la fecha de la donación, este problema tiene una gran importancia, especialmente en aquellas donaciones que, como ya hemos señalado, por no constar en escritura pública (art. 632 CCE), no tengan acreditada la fecha en la que se otorgaron. Así, si se acepta lo dispuesto por el art. 623 CCE, la fecha de la donación será aquella en la que la aceptación se puso en conocimiento del donante. Por el contrario, si la antinomia se resuelve a favor del art. 629 CCE, la fecha

¹²⁰¹ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 269.

a tener en cuenta para reducir la donación (a efectos del art. 656 CCE) será la de la mera aceptación del donatario.

La doctrina no es pacífica a la hora de resolver la antinomia señalada, existiendo en la misma diferentes posturas:

1. Interpretación a favor del art. 623 CCE. Un conjunto de autores¹²⁰² sostiene la primacía del art. 623 CCE que, en su opinión, dejaría sin efecto al art. 629 del mismo cuerpo legal. No bastaría, así, para la perfección de la donación, con la mera aceptación del donatario, sino que sería necesario que la misma llegase a conocimiento del donante.

Los argumentos que se dan en favor de esta tesis son variados: ESPÍN¹²⁰³ sostiene que el art. 623 CCE es un precepto de naturaleza especial, frente al 629 CCE, de carácter más general, que, además, expresa y concuerda con la necesidad de comunicar la aceptación al donante que contiene el art. 633.III CCE (para la donación de inmuebles en que donación y aceptación consten en escrituras separadas). De ahí que se entienda que en el negocio jurídico donación no basta con la mera aceptación, sino que es necesario, además, que ésta se ponga en conocimiento del donante.

SERRANO/SANTA-CRUZ¹²⁰⁴, por su parte, alegan que este artículo es el que con mayor precisión fija el momento de perfección de la donación y el que más acorde está con la doctrina general de los contratos (art. 1262.II CCE). En efecto, mientras que la mera aceptación puede ser difícil de probar (pues puede ser una declaración de voluntad sin soporte externo, o un conjunto de actos concluyentes, sobre todo en el caso del art. 632 CCE), no será así en el caso de la comunicación o puesta en conocimiento del donante. Desde este punto de vista, la fecha a tener en cuenta a los efectos del art. 656 CCE sería aquella en la que el donante tuvo noticia de la aceptación del donatario.

¹²⁰² Por todos ellos, DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. Anotaciones a COLIN Ambrosio y H. Capitant. *Curso elemental de Derecho civil. Tomo VIII.* cit. p. 7.

¹²⁰³ ESPÍN, Diego. *Manual de Derecho civil español. Volumen III.* cit. 594.

¹²⁰⁴ SERRANO SÚÑER, Ramón y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, José. Notas a DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho civil. Tomo II. Volumen I. Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho hereditario.* Madrid: Instituto Editorial REUS. 1944. p. 491.

2. Interpretación a favor del art. 629 CCE. Otro sector de la doctrina¹²⁰⁵ sostiene, a diferencia del anterior, que habría de primar el art. 629 CCE, que derogaría lo dispuesto en el art. 623 CCE. Para estos autores, por consiguiente, basta la mera aceptación del donatario para que el negocio jurídico donación quede perfeccionado y surta todos sus efectos.

SÁNCHEZ ROMÁN, aunque intenta una interpretación armónica y conciliadora de los preceptos aludidos, concluye que de los mismos se deduce claramente que lo que es importante para la perfección de la donación es la aceptación del donatario y no tanto que ésta sea puesta en conocimiento del donante¹²⁰⁶.

PUIG BRUTAU¹²⁰⁷ sostiene, sobre este particular, que, si bien es cierto que el art. 623 CCE es el más acorde con el régimen jurídico de la aceptación en los contratos en general, sin embargo, por la especialidad existente en el negocio jurídico donación (que, para este autor, no se asemeja o identifica plenamente con el resto de los contratos), ha de prevalecer, respecto de la donación efectiva¹²⁰⁸, el art. 629 CCE, por acomodarse mejor a las particularidades del régimen jurídico de la donación.

3. Interpretación armónica de ambos artículos. En tercer lugar, la doctrina ha intentado una interpretación conciliadora de ambos preceptos, destinada a señalar que la antinomia entre los mismos es sólo aparente.

En este sentido, señala CLEMENTE DE DIEGO¹²⁰⁹ que cada una de las normas atiende, aunque no lo señale, a supuestos de hechos distintos. Así, el art. 623 CCE estaría estableciendo el régimen jurídico de la aceptación entre ausentes y, por su parte, el art. 629 CCE haría lo propio para la aceptación recaída entre presentes. Una posición parecida sostiene GARCÍA GOYENA¹²¹⁰, para quien la obligación de notificar la donación sólo existe en caso de que donación y aceptación se produzcan en momentos diferentes.

¹²⁰⁵ Por todos, DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho civil. Tomo I.* cit. p. 464.

¹²⁰⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.3.* cit. p. 693. “A pesar de la diferencia de texto, creemos uniforme el espíritu de ambos artículos, que pueden sintetizarse en este principio: la perfección del contrato de donación se determina por la aceptación del donatario”.

¹²⁰⁷ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II.* cit. p. 86.

¹²⁰⁸ Pues distingue este autor, también, entre donación efectiva y promesa de donación.

¹²⁰⁹ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo II.* cit. p. 248.

¹²¹⁰ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II.* cit. p. 291.

En este caso, la donación no produciría efectos hasta que el donante conociera la aceptación del donatario.

Y esta es la posición seguida dentro del ordenamiento italiano¹²¹¹. Así lo deduce FERRI¹²¹² del art. 782 CCI, 2º comma, en función del cual la aceptación de la donación puede llevarse a cabo en el mismo acto de la donación o en otro posterior. No obstante, en este último caso, la misma no se considerará perfecta si no en el momento en que dicha aceptación sea notificada al donante. Mientras tanto, la donación podrá ser revocada tanto por el donante, como por el donatario.

Interesante a este respecto sea – quizá – el art. 630 ACC 1888, antecedente de los arts. 623 y 629 CCE, que sigue un criterio muy parecido al del art. 782 CCI. Establece este precepto que la aceptación marca el momento de perfección del negocio. La notificación de la aceptación se reserva para los casos en los que la misma tenga lugar en escritura separada (art. 629.II ACC 1888) o para los supuestos del art. 631 ACC 1888: la donación aceptada por representante del donatario. Cobra así fuerza, desde el punto de vista histórico, habida cuenta de lo sostenido por el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888, la interpretación de CLEMENTE DE DIEGO, basada en el hecho de que cada norma atiende a supuestos de hechos distintos, aunque no lo digan expresamente.

Por su parte, ya dentro de la doctrina más moderna, LACRUZ/SANCHO/LUNA¹²¹³ señalan que los artículos citados tienen por finalidad separar dos momentos: aquel en que la donación va a empezar a existir y aquél en que la donación devendrá irrevocable. Así, desde el momento en que recae la aceptación del donatario (art. 629 CCE), la donación existirá y producirá todos sus efectos en el mundo jurídico¹²¹⁴; sin embargo,

¹²¹¹ En este sentido, señala CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I.* cit. p. 1529, que siempre que la aceptación se realice en un momento posterior al de la donación, la misma no habrá de entenderse perfeccionada sino desde el momento en que la aceptación haya sido notificada al donante.

¹²¹² FERRI, Luigi. *Legittimari.* cit. p. 220.

¹²¹³ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones.* cit. p. 141. Reproducida y seguida esta interpretación por O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo II.* cit. p. 424.

¹²¹⁴ Discrepa MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 179, para quien no hay obligación alguna para el donante de entregar los bienes al donatario hasta que no conozca que ha recaído aceptación por parte de éste.

dicha donación no será irrevocable sino hasta el momento en que el donante conozca la aceptación del donatario (art. 623 CCE)¹²¹⁵.

Se aprecia que, según la corriente doctrinal que se siga, variará el criterio de determinación del momento en que la donación se entenderá aceptada, perfeccionada y, al que, por consiguiente, habrá de referirse la fecha a los efectos del art. 656 CCE.

Nosotros, por nuestra parte, entendemos, con LACRUZ/SANCHO/LUNA¹²¹⁶ y GARCÍA PÉREZ¹²¹⁷ que, más allá de los efectos que la antinomia jurídica entre los arts. 623 y 629 CCE y la disputa doctrinal surgida en torno a ellos, en lo que a la reducción respecta, habrá de tenerse en cuenta únicamente la fecha en que se produce la (mera) aceptación del donatario.

Y esto porque, como señala MANRESA¹²¹⁸, el orden establecido en el art. 656 CCE atiende a la fecha en que se realiza la disposición en que la donación consiste, esto es, el momento en el cual se reúnen todos los elementos necesarios que exige el art. 618 CCE para que la donación se perfeccione (la disposición a título lucrativo y con ánimo de liberalidad, por parte del donante, y la aceptación, por parte del donatario, de la disposición en estos mismos términos). Y este momento es el de la aceptación por parte del donatario, con independencia de si la misma es conocida o no por el donante y de los efectos que esta comunicación o esta falta de comunicación pueda tener.

Finalmente, para concluir este epígrafe, cabe señalar que corresponde probar la fecha de la donación a quien alegue su antigüedad o prioridad y podrá hacerlo, como ya hemos indicado, en aquellos supuestos en que no exista soporte documental, por cualquier modo válido en Derecho. El donatario, por su parte, podrá enervar la acción probando que existen donaciones más modernas que la suya y que deben ser atacadas en primer lugar (*ex art. 656 CCE*).

¹²¹⁵ En este sentido se había expresado ya, con anterioridad, MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 177: “El donante puede por su voluntad revocar la donación, aun después de aceptada, siempre que lo haga antes de conocer la aceptación”.

FERNÁNDEZ OTERO, José Ramón. “La donación según el Código civil” en SEOANE SPIEGELBERG, José Luis (Dir.). *Derecho de sucesiones. Donación.* cit. pp. 415 y ss. cohonesta estos dos artículos sobre la base de que la aceptación del donatario, en lugar de un consentimiento, es un asentimiento sucesivo al acto realizado por el donante. La aceptación del donatario se asemejaría, así, a la del instituido heredero o legatario.

¹²¹⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones.* cit. p. 141.

¹²¹⁷ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas.* cit. p. 176.

¹²¹⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 277.

Sostienen ALBALADEJO/DÍAZ¹²¹⁹ que habrán de presumirse simultáneas todas las donaciones cuya fecha no pueda probarse o acreditarse¹²²⁰. Asimismo, afirman que, si puede probarse la fecha de una donación, pero no de las otras realizadas por el causante, éstas habrán de considerarse simultáneas a aquella cuya fecha sí consta.

Y, como ya se ha indicado, en este caso, al presumirse simultáneas, habrán de ser reducidas a proratas (art. 820.2º.I CCE, por la remisión que al mismo hace el art. 654 CCE).

VII. EL PROBLEMA DE LA INSOLVENCIA DEL DONATARIO

Vinculada la cuestión anterior, esto es, a que el orden de las donaciones reductibles quede marcado por el art. 656 CCE, está la problemática surgida en torno a la insolvencia del donatario demandado. En efecto, una de las cuestiones más controvertidas dentro del ámbito de nuestro estudio, es aquella que intenta determinar si el riesgo de insolvencia de un donatario concreto (aquel contra el que se dirige la acción de reducción), ha de soportarlo el legitimario lesionado o los restantes donatarios.

Dicho con otras palabras. Se aborda en este epígrafe el modo en que habrá de procederse cuando, demandado un donatario determinado, el mismo resulta ser insolvente y, por consiguiente, es incapaz de satisfacer patrimonialmente al legitimario actuante y victorioso. Se pregunta la doctrina en estos casos si el legitimario podrá (o no) actuar contra los donatarios anteriores, siguiendo lo establecido en el art. 656 CCE, a fin de ver satisfecho su derecho a legítima, aún perjudicado.

Es evidente, como señala GARCÍA PÉREZ¹²²¹, que es éste un problema que principalmente se planteará en aquellos supuestos en los que proceda la restitución por equivalente económico¹²²² (por no encontrarse ya el bien objeto de la donación en el patrimonio del donatario) pues, en otro caso, esto es, cuando sea posible la restitución *in*

¹²¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. pp. 885-886. FERRI, Luigi. *Legittimari*. p. 220, añade que, si las donaciones se hicieron el mismo día, pero a horas diversas (constando las horas), habrá de proceder de la más nueva a la más antigua.

¹²²⁰ Ya había sostenido esto con anterioridad, dentro de la doctrina italiana, MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. cit. p. 234.

¹²²¹ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 218.

¹²²² FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 236.

natura, el donatario habrá de devolver la cosa al legitimario victorioso, incluso aunque el bien objeto de la donación constituya su único bien.

En definitiva, lo que se pretende dilucidar es quién debe soportar el riesgo de la insolvencia del donatario demandado, si el legitimario actuante o los donatarios anteriores.

El Código civil español común nada dice ni regula respecto a este particular, limitando al ya citado art. 656 CCE sus pronunciamientos en torno al orden que debe seguirse a la hora de reducir donaciones cuando el donante/causante haya realizado más de una. Y, ante el silencio del Código, como suele ocurrir con frecuencia, la doctrina se ha dividido en diferentes tesis y corrientes.

1. El riesgo han de soportarlo por igual legitimario y donatarios anteriores.

Según un primer grupo de autores, al no establecer el Código civil español común quién debe soportar el riesgo de insolvencia del donatario demandado, el mismo habrá de recaer igualmente en el legitimario y en los donatarios anteriores al insolvente.

Consideran los que así piensan que la donación que no pueda reducirse por insolvencia del destinatario de la misma tampoco podrá ser computada, debiendo minorarse la legítima en la parte correspondiente (así como la mejora y la libre disposición) y soportando la insolvencia tanto el legitimario como los restantes donatarios¹²²³.

Realizada esta corrección del cálculo, tendría el legitimario vía libre para demandar a los donatarios anteriores del declarado insolvente. Destacan dentro de este grupo:

Primero, MANRESA, para quien, declarado insolvente el donatario contra el que se dirigió (exitosamente) la acción de reducción, podrá el legitimario dirigirse contra los que le precedan en orden, pues, según su opinión, el derecho de los donatarios siempre está subordinado al derecho del legitimario a ver satisfecha su legítima, de lo que da prueba fehaciente el propio mecanismo de la inoficiosidad¹²²⁴.

¹²²³ En este sentido, MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda.* cit. p. 234.

¹²²⁴ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 277.

ALBALADEJO/DÍAZ¹²²⁵, por su parte, defienden esta tesis sobre la base de que la donación, como acto gratuito, “padece siempre una cierta amenaza”, pues, en la *mens legislatoris*, está siempre sometida a ceder frente a los derechos de concesión legal.

Asimismo, entienden estos dos últimos autores que el orden de donaciones establecido por el art. 656 CCE nunca puede jugar en perjuicio del legitimario, por lo que sería contrario a la equidad limitar la facultad de impugnar del legitimario a la última donación insolvente¹²²⁶.

Podría, por consiguiente, el legitimario, acreditada la insolvencia de un donatario concreto, dirigirse contra los anteriores para satisfacer su derecho de legítima. Éstos, por su parte, una vez hubieren sufrido la reducción, tendrían acción contra el donatario inicialmente insolvente, por si viniere en mejor fortuna. Esta tesis se dice la más acorde con la equidad y la que más se ajusta al espíritu del Código civil de 1889.

Y es ésta, también, la opción legislativa seguida por el art. 562 CCI¹²²⁷. Procederá la aplicación de esta norma cuando el bien objeto de la disposición lesiva no se encuentre (ya) en el patrimonio del donatario (por haberse perdido, por ejemplo) y, a su vez, no sea posible dirigirse (si existen) contra los terceros subadquirentes de los bienes. A esto debe sumarse la imposibilidad del donatario (por escasez de bienes) de hacer frente a la obligación de entregar al legitimario lesionado el equivalente en dinero del bien objeto de la disposición.

En este supuesto, el *Codice civile* de 1942 opta por hacer partícipes de la insolvencia al legitimario y a los donatarios anteriores, dejando de computar la donación hecha al insolvente y reduciendo proporcionalmente la cuota de legítima y la cuota disponible. Realizada esta operación, queda abierta la vía para que el legitimario se dirija contra los donatarios anteriores.

¹²²⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. pp. 896-898.

¹²²⁶ De la misma opinión, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada*. cit. p. 228.

¹²²⁷ No obstante, como se verá más adelante, al existir en Derecho italiano (como se verá) una acción real de restitución contra el tercero subadquirente de los bienes (art. 563 CCI), la insolvencia del donatario tendrá en dicho ordenamiento unos perfiles distintos a la que tiene en Derecho español.

Ahora bien, subsistirá siempre acción del legitimario o del donatario que finalmente sufrió la reducción contra el donatario insolvente, por si viniese a mejor fortuna.

TRINGALI¹²²⁸, finalmente, matiza que esta solución únicamente será aplicable en aquellos casos en que la insolvencia del donatario se haya producido antes de la apertura de la sucesión. Si se produjo después, el riesgo habrá de soportarlo enteramente el legitimario, que no podrá dirigirse contra los donatarios posteriores.

VALLET¹²²⁹ critica esta solución por entender que, de aceptarse que éste fuera el *modus operandi* habitual, habrían de revisarse, si un donatario resultara insolvente, todas las operaciones de cálculo de la legítima (global e individual) realizadas.

Además, señala este autor que la no computación de la donación irrecuperable minoraría no sólo el tercio de legítima estricta y de libre disposición, sino también (cuando hubiera descendientes) el de mejora (y, con él, el usufructo vidual, *ex art. 834 CCE, in fine*), lo que podría dar lugar a que el legitimario que originariamente tuviera acción de reducción, la perdiera por perder el derecho al complemento, al haberse reducido la legítima global e individual. Igualmente, puede ocurrir que donaciones que no eran inoficiosas adquieran la condición de tal, solución ésta que también es contraria a la equidad.

GARCÍA PÉREZ¹²³⁰, en línea con VALLET, sostiene que la cuestión de la insolvencia del donatario no puede ni debe resolverse desde la perspectiva de las operaciones contenidas en el art. 818 CCE. Y esto porque no es el núcleo del debate si la donación (ahora) irrecuperable ha de computarse o no. Antes al contrario, habrá de determinarse si la insolvencia del donatario, conocida en el momento de triunfar la acción de reducción, es suficiente para justificar por sí sola la exclusión de computación de la donación realizada. Y, para esta autora, no es suficiente.

¹²²⁸ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 539.

¹²²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 156.

¹²³⁰ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 220.

2. El riesgo lo soporta el legitimario. Es ésta la tesis defendida, entre otros, por LACRUZ¹²³¹ y VALLET¹²³², para quienes la donación hecha al donatario insolvente habría de computarse en las operaciones de cálculo de la legítima, debiendo el legitimario dirigirse contra éste únicamente. Y esto porque el legitimario lesionado actuante (victoriosamente) en reducción es (exclusivamente) acreedor del donatario cuya donación resultó inoficiosa. Contra él le concede el ordenamiento la acción de reducción que, por su naturaleza (acción personal y rescisoria), no puede extenderse a los donatarios cuya donación sí cupo en la parte de libre disposición¹²³³.
- Crítica esta postura PUIG BRUTAU¹²³⁴, para quien dejar la satisfacción del derecho de legítima pendiente de la solvencia o insolvencia de un donatario concreto, existiendo otros, sería igual a subordinar el interés de los legitimarios al de los donatarios, lo que el Código no hace ni el legislador quiere. Para este autor, el carácter personal de la acción al que aludían los anteriores, en ningún caso confiere un “carácter permanente” a la relación entre el legitimario lesionado y el donatario insolvente, sino que habrá de modularse, permitiéndose la impugnación de las donaciones anteriores, atendido el superior interés del legitimario sobre el de los donatarios. Igualmente, para este autor, el carácter rescisorio de la acción se relaciona con su validez para impugnar todas las donaciones válidas realizadas en vida por el causante, y no sólo aquella del donatario ahora declarado insolvente. Partiendo de la tesis según la cual el riesgo de insolvencia del donatario debe soportarlo el legitimario, pero intentando salir al paso de las críticas vertidas hacia la misma, se sitúa la propuesta de FERNÁNDEZ MARTELL¹²³⁵. Según este autor, sería posible pactar en la escritura de donación una fianza solidaria. Mediante ella, en caso de insolvencia del donatario, un tercero se

¹²³¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*, V. cit. p. 432.

¹²³² VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 156.

¹²³³ Así también, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*. cit. p. 125: “Ni el art. 636 ni el 654 dan base para repercutir, directa o indirectamente, en todo ni en parte, a los donatarios anteriores el riesgo de la insolvencia de otro donatario posterior, tanto más cuanto sigue viva la acción del legitimario contra el donatario ulterior, que podrá llegar a poder hacerse efectiva si éste mejorase de fortuna”.

¹²³⁴ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 141.

¹²³⁵ FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel. “Posibilidad jurídica e instrumentación práctica de la fianza, ante la insolvencia del donatario inoficioso”. *Actualidad Civil*. N° 3. 2016. p. 79.

haría cargo de cumplir con su obligación frente al legitimario (art. 1822.II CCE). El objetivo de esta fianza no sería otro que el de paliar los efectos negativos que, para el legitimario, pueda tener la insolvencia del donatario. FERNÁNDEZ MARTELL sostiene que, *ex art. 1825 CCE*, nada obstaría para la constitución de esta fianza, que no sería exigible hasta la apertura de la sucesión y la determinación (declaración) de la inoficiosidad de la donación.

Todas estas teorías giran en torno, como ya se ha apuntado, a la cuestión de quién tiene mejor derecho en caso de que se produzca un supuesto de insolvencia, si los legitimarios lesionados o los donatarios anteriores (cuyas donaciones, en principio, no adolecen de inoficiosidad alguna). El Código, como ya hemos señalado, no se pronuncia, por lo que, en nuestra opinión, nada permite colegir que los donatarios anteriores (cuya donación no resultó inoficiosa, pues inoficiosa es únicamente la del insolvente) estén peor protegidos o tengan un derecho más débil que el de los legitimarios, por lo que debemos inclinarnos a favor de la tesis defendida por LACRUZ y VALLET DE GOYTISOLO que, además, es la que más seguridad jurídica ofrece.

En efecto, si la donación hecha al donatario insolvente no debiera computarse, no sólo habrían de revisarse todas las operaciones de cálculo de las cuotas de legítima, mejora y libre disposición ya realizadas, sino que las mismas estarían siempre bajo el riesgo de ser sometidas a nuevas revisiones (pues si el donatario anterior también resultara insolvente, habrían de repasarse de nuevo todos los cálculos).

Así, ante el silencio del Código civil español común, habida cuenta de la naturaleza individual y personal de la acción de reducción, de la condición de acreedor que en este supuesto tiene el legitimario, cabe pensar que el riesgo de la insolvencia del donatario demandado deba ser soportado por él.

Y esto porque, *in concreto*, no toda donación hecha en vida por el causante queda a expensas de la satisfacción de la legítima, sino que, *ex art. 656 CCE*, sólo lo estará la última de ellas (o, como mucho, las últimas), esto es, la que no cupo o no cupieron en la parte de libre disposición, y no las otras, que se realizaron dentro de los límites establecidos por el art. 636 y 634 CCE (pues, si la última es la que se declara inoficiosa, todas las demás no tenían este carácter y, por tanto, en principio, no podrían ser impugnadas ni rescindidas por esta razón).

En efecto, del juego de los arts. 636, 654 y 656 CCE se deduce que únicamente estará afecta al pago de la legítima aquella donación que no pudo caber en la parte de libre, por haber agotado con anterioridad dicha *portio* el mismo causante. La donación que así se hizo, es la única que tiene carácter inoficioso y, por tanto, la única que puede ser impugnada por esta vía. Y, dado que la inoficiosidad se produce, *ex art.* 636 CC, por haber dispuesto el donante más allá de la parte de libre, difícilmente podrán adquirir carácter inoficioso aquellas donaciones que se realizaron dentro de esa porción, por más que el donatario destinatario de la donación inoficiosa resulte ser insolvente en un momento posterior.

Dicho con otras palabras. A nuestro juicio, de los artículos ya citados se deduce que el hecho de que el donatario demandado sea insolvente y no pueda restituir, por equivalente económico, total o parcialmente, el bien objeto de la donación (a fin de satisfacer el perjuicio sufrido por el legitimario demandante), no es suficiente para que adquieran carácter de inoficiosas las donaciones anteriores, hechas por el causante dentro del límite marcado por el art. 636 CCE¹²³⁶. Y, puesto que la reducción se basa en la inoficiosidad y ésta en no caber la donación en la parte de libre, difícilmente podrá el legitimario demandante dirigirse contra los donatarios anteriores cuando el patrimonio del demandado resulte insuficiente para hacer frente a sus obligaciones. Inoficiosa es, *stricto sensu*, la donación que ha sido declarada como tal, y la misma declaración de inoficiosidad de una donación (si con la reducción de la misma se satisficiera el derecho del legitimario) excluye la inoficiosidad de las demás, que sí cupieron en la parte de libre.

En efecto, no puede sostenerse, al menos desde una interpretación literal de la norma (art. 3.1 CCE) que el legitimario tenga un mejor derecho que *todos* los donatarios. Sí puede decirse, y esto se desprende de una interpretación teleológica de la norma (art. 3.2 CCE) que, efectivamente, el Código subordina al derecho del legitimario el de los donatarios, de modo que no pueda el causante, mediante liberalidades *inter vivos* eludir las obligaciones derivadas de la institución de la legítima (art. 636 CCE en su relación con los arts. 806 y ss. CCE).

¹²³⁶ Distinto el supuesto en que, aún reduciéndose totalmente la última donación, quede sin estar satisfecho el legitimario, en cuyo caso podrá agredirse la donación anterior, también por ser inoficiosa. En este caso, aplicando lo dicho en el texto, el legitimario demandante podría demandar al donatario posterior únicamente por la parte por la que habría podido demandarle de haber obtenido del primer donatario la reducción total de su donación.

Pero, repetimos, *el derecho del legitimario no es preferente al derecho de todos los donatarios, sino únicamente al del donatario cuya donación fue declarada inoficiosa por no caber en la parte de libre*. Tal se deduce del art. 636 CCE, interpretado *a contrario*, en función del cual el causante puede disponer libremente (y válida y firmemente) por donación de lo que puede disponer por testamento. Únicamente quedan “bajo sospecha” aquellas donaciones que, tras la realización de las operaciones señaladas en el capítulo 3, caigan fuera de la parte de libre y lesionen el derecho del legitimario. Sólo éstas son, *stricto sensu*, inoficiosas y sólo éstas (y no las otras) podrán ser reducidas.

Por tanto, es cierto que el legitimario tiene mejor derecho que el donatario cuya donación resultó inoficiosa; pero no lo es que el legitimario tenga mejor derecho que cualquier donatario del causante. Así las cosas, cabe deducir que el legitimario soportará íntegramente el riesgo de insolvencia del donatario cuya donación fue reputada inoficiosa, y esto porque el primero es acreedor (exclusivamente) del segundo.

Y esto porque, repetimos, la institución de la inoficiosidad no se basa (en última instancia) en que el legitimario no pueda ver satisfecho su derecho de legítima, sino en que esto sea así por haber dispuesto el donante/testador más allá de lo que podía disponer (arts. 636, 656, 819, 818 y 817 CCE). Por tanto, se declara inoficioso no sólo lo que lesiona, sino lo que lesiona por no caber en la parte de libre. Es decir, que no basta para impugnar por inoficiosidad con que el legitimario no pueda ver satisfecho su derecho a legítima, sino que, además, es necesario que existan disposiciones que hayan desbordado la parte de libre, que son, estrictamente, las atacables y reductibles.

Así, si el legitimario impugna una donación por inoficiosa y, efectivamente, ésta es declarada como tal¹²³⁷, pero, sin embargo, el donatario destinatario de la misma resultara ser insolvente; en este caso, decimos, el derecho del legitimario quedaría insatisfecho (al menos, provisionalmente), pero no podría impugnar la donación del donatario anterior, que sí cupo en la parte de libre y que no es, por consiguiente, inoficiosa. Y esto porque, efectivamente, el legitimario tiene mejor derecho que el donatario destinatario de la donación inoficiosa, pero no, por los argumentos que ya hemos dado, mejor derecho que todos los restantes donatarios, cuyas donaciones cupieron en la parte de libre y se realizaron válida y firmemente en vida por el donante (que pudo disponer por donación de todo lo que podía disponer por testamento).

¹²³⁷Y resultando, además, que con la reducción total de la misma quedaría el legitimario plenamente satisfecho (considerándose, por tanto, que todas las anteriores cupieron en la parte de libre).

Es por esto por lo que el legitimario, en este caso, no verá satisfecho su derecho y habrá de esperar a que el donatario demandado venga en mejor fortuna. Ahora bien, cuando esto se produzca, podrá solicitar la restitución del bien objeto de la donación (por equivalente), con los intereses que procedan.

VIII. VALORACIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE REDUCCIÓN. UNA REFLEXIÓN COMPARADA

La valoración del bien (donado) sometido a reducción es uno de los puntos más complejos y controvertidos del régimen jurídico de la acción de reducción por inoficiosidad. El Código civil español no contiene, a diferencia del italiano, ningún criterio de valoración y tanto la doctrina, como la jurisprudencia, se encuentran muy divididas a este respecto. Esto hace que cualquier solución que se ensaye deba tener en cuenta que es una cuestión candente, no resuelta, en la que abundan las diferentes opiniones, todas ellas bien fundamentadas. Esto hace casi imposible la originalidad (que tal vez no sea necesaria) y reduce la tarea investigadora a optar por una de las soluciones propuestas, fundamentándola del mejor modo posible en Derecho.

En ausencia de criterio normativo expreso en el Código civil, la doctrina ha optado por aplicar de manera analógica (art. 4.1 CCE) diversas normas. Se recurre, así, al art. 818 CCE, que, tras la reforma operada por la Ley 11/1981, no contiene ningún criterio para la valoración del *donatum*; o al art. 654 CCE, que solo indirectamente contiene un criterio de valoración *per relationem*; o al art. 646.III, por la (pretendida *ex art. 651 CCE*) semejanza existente entre la reducción por inoficiosidad y la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos; o, finalmente, al art. 1045 CCE, situado en sede de colación, único de los citados que contiene – al menos – un criterio de valoración claro y expreso.

Así, hay autores¹²³⁸ según los cuales el bien objeto de la donación ha de valorarse al momento de la apertura de la sucesión, si bien teniendo en cuenta el estado en el que éste se encontraba al tiempo de la donación (lo que, a su vez, sería coherente con otros

¹²³⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 854. INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, José Ramón y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Rafael. *Derecho matrimonial y donación*. cit. p. 272.

artículos del Código civil de 1889 que descansan sobre la centralidad de la muerte del causante: 636, 657, 659, 816... por citar algunos). Aplican estos autores el art. 654 CCE, sobre la base de que, si el valor de los bienes relictos al momento de la muerte es el que va a ser tomado como referencia para determinar la inoficiosidad, el mismo (y no otro) es el que debe aplicarse en caso de reducción. De otro modo, las fluctuaciones de valor derivadas de aplicar dos criterios de valoración diversos acabarían perjudicando a donatario o legitimario.

Es éste, también, el criterio seguido por el *Codice civile* de 1942, mucho más claro a este respecto que el Código civil español. El *Codice civile* italiano parte de un principio claro: la valoración de la donación en la computación, de la hecha al legitimario (en la colación) y de la reputada inoficiosa (en la reducción) deben seguir el mismo criterio temporal. Es decir, la donación se valorará del mismo modo y respecto al mismo momento en las tres operaciones. Y este momento será, siempre y necesariamente, el de la apertura de la sucesión. Y esto porque: (i) es en este momento (y no en otro) cuando nace el derecho del legitimario; y (ii) es en este momento cuando puede verificarse si ha existido o no lesión a la legítima.

Así lo establece el art. 556 CCI, que, a diferencia de su paralelo en el Código civil español (el art. 818 CCE), contiene, por remisión al régimen jurídico de la colación, las reglas que deben seguirse en la valoración del *donatum*. En concreto, el *Codice* de 1942 remite a los arts. 747 a 750 CCI, que refieren la valoración de la donación sometida a colación al momento de la apertura de la sucesión (especialmente los arts. 747 y 750 CCI, regulando los restantes, el 748 y 749 CCI, el modo de proceder en caso de mejoras, deterioro o pérdida de la cosa donada).

También el art. 564 CCI, situado en sede de reducción, se refiere indirectamente a las reglas de la colación para hacer referencia al objeto de la reducción y su valoración.

La doctrina italiana¹²³⁹, con estos referentes normativos, es pacífica al afirmar que los bienes relictos, el *donatum*, el bien sometido a colación y el bien objeto de la reducción deben valorarse tomando como referencia el mismo momento: el de la apertura de la sucesión. Para los frutos, mejoras, deterioro o pérdida de la cosa se fijan reglas especiales sobre las que se volverá en el epígrafe siguiente.

¹²³⁹ Por todos, CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 522.

La opción por la apertura de la sucesión como momento al que referir todas las valoraciones descansa sobre la centralidad de la muerte en el fenómeno sucesorio. Es en este momento, como ya se ha indicado, cuando se adquiere la condición de legitimario, nace el derecho de legítima, aparece y puede surtir efectos la inoficiosidad... De ahí que, según la doctrina italiana, no haya que referirse a ningún momento anterior (como el momento en que se hizo la donación) ni posterior (como aquél en que se llevan a cabo las operaciones particionales).

Otros autores¹²⁴⁰, sin embargo, sostienen que los bienes sometidos a reducción han de ser valorados con referencia al momento de la donación (art. 645.III CCE, por su relación con el art. 651 CCE y las semejanzas existentes entre la reducción y la revocación por supervivencia/superveniencia de hijos). Entienden estos autores que, habida cuenta de la validez de la donación en vida del donante (art. 654 CCE), el donatario adquirió el bien como dueño y como tal lo posee y conserva, debiendo pechar con los deterioros, desperfectos (e incluso la pérdida) que pueda sufrir la cosa, ya sea mediando culpa suya o sin mediarla. Siendo esto así, lo más coherente con el sistema del Código (y con la normativa reguladora de la reducción) – piensan estos autores – es referir la valoración al momento al momento en que se realizó la donación. Ésta es, quizá, como se explicará más adelante, la propuesta más acorde con el Derecho histórico y los antecedentes inmediatos del Código civil de 1889.

Finalmente, un tercer grupo de autores¹²⁴¹, con apoyo en la aplicación analógica de los arts. 645.III, 650.II y 1045.I CCE, afirman que habría de tomarse como referencia el valor que la cosa donada tuviera al momento de hacerse la donación (en línea con el Derecho histórico y el carácter de dueño que el art. 654 CCE reconoce al donatario), pero actualizándolo a aquél en que se lleven a cabo las operaciones particionales o, si éstas no se producen, al de la apertura de la sucesión. Se trata ésta de una postura que, si bien se mira, pretende conciliar con las anteriores y, a su vez, evitar el perjuicio que para el legitimario pueda provocar la fijación del valor del bien sometido a reducción en un momento (el de la donación o el de la apertura de la sucesión) muy anterior a aquél en que se liquide, finalmente, su cuota de legítima.

¹²⁴⁰ Por todos ellos, ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. *Curso de Derecho Hereditario*. cit. p. 207.

¹²⁴¹ Por todos, RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1352.

Por regla general, entienden estos autores que no entrarían en la valoración las mejoras que en el bien se hubiesen producido por trabajo del donatario o al margen de su voluntad, por lo que nunca habría éste de entregar un valor superior al que tenía el bien, actualizado a los momentos ya señalados¹²⁴².

Ante estas divergencias doctrinales, habida cuenta de la importancia del punto en el que nos encontramos, podemos preguntarnos si los antecedentes legislativos mediatos e inmediatos del Código civil (art. 3.1 CCE y Base 1º LBCC), contenían algún criterio que pueda arrojar luz sobre la cuestión.

Por no hacer excesivamente gravosa la exposición, nos vamos a circunscribir al Proyecto de Código civil de 1851 (por su importancia interpretativa, según se deduce de la Base 1º LBCC) y al Anteproyecto de Código civil de 1888 (antecedente inmediato del Código vigente y cuyo valor interpretativo es subrayado por PEÑA¹²⁴³ y es, en cualquier caso, máximo).

El Proyecto Isabelino de 1851 contiene la computación de donaciones en el art. 648, que, al final de su segundo párrafo, establece que las donaciones deben valorarse tomando como referencia el tiempo en que se hicieron. GARCÍA GOYENA¹²⁴⁴, comentando este artículo, señala que el criterio de valoración es el mismo usado para la valoración de la donación sometida a colación. Señala el ilustre comentarista que se ha buscado que ambos criterios de valoración sean idénticos (nótese que es la misma solución que sigue el *Codice civile* italiano: referir las reglas de valoración del *donatum* a las reglas de valoración de la colación).

El art. 887 PCC 1851, que es al que remite el art. 648, situado en sede de colación, establece como momento de valoración de la donación colacionable el del momento en que ésta se realizó. GARCÍA GOYENA¹²⁴⁵, señala que es éste un criterio original, que se separa tanto del seguido por el Derecho romano (e intermedio), como del reflejado en los Códigos contemporáneos al Proyecto (que optaban por utilizar como criterio único el de la apertura de la sucesión). La *ratio* de esta novedad, nos dice el comentarista, es, como ya se ha indicado *supra*, que la donación supone una verdadera enajenación del bien

¹²⁴² *Ibidem*, p. 1353.

¹²⁴³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. cit. p. 35.

¹²⁴⁴ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*. cit. p. 98.

¹²⁴⁵ *Ibidem*, p. 256.

objeto de la misma y que, aunque en el futuro se declare inoficiosa o deba ser traída a colación, en tanto que válida, concedió al donatario la condición de dueño de la cosa, debiendo ahora éste soportar el riesgo de lo que ocurra después de operada la transmisión. Lo contrario, esto es, referir la valoración a un momento distinto de aquél en que fue hecha, sería igual a negar la condición de propietario del donatario.

Finalmente, el Proyecto de 1851 se refiere a la reducción de donaciones, para el tema que nos ocupa, en el art. 971, que, como el art. 654 CCE, no contiene ningún criterio expreso de valoración, limitándose a hablar de donaciones inoficiosas en relación a los bienes que quedaren en el caudal “en el momento de la muerte” del causante.

El Anteproyecto de 1888, por su parte, regula la computación en el art. 803, cuyo párrafo segundo, *in fine*, establece como momento idóneo para la valoración de las donaciones insertas en el *donatum* aquél en que la donación se hizo. Toma este criterio, como puede intuirse, del Proyecto de 1851 y lo traslada a la primera redacción del art. 818 CCE, después modificada por la L. 11/1981.

Las reglas de valoración de la donación sometida a colación se regulan en el art. 1061 ACC 1888, cuyo párrafo primero refiere como momento a tener en cuenta para la valoración de la donación colacionable, en línea con lo señalado en el art. 803 ACC 1888, el tiempo en que la donación se hizo. Y especifica, en su párrafo primero, quizá siguiendo el criterio marcado por GARCÍA GOYENA, que todo lo que ocurra con posterioridad a ese momento será a riesgo del donatario.

Finalmente, la reducción de donaciones se contiene, entre otras normas, en el art. 653 ACC 1888, que, siguiendo la línea marcada por los anteriores, se refiere únicamente al valor de los bienes que quedaren en el caudal al momento de la muerte.

Después de este (somero y breve) repaso histórico por los antecedentes inmediatos de la codificación civil española, pueden alcanzarse, de cara a una futura solución del problema, las siguientes conclusiones:

- Tradicionalmente, ha existido referencia y relación entre la valoración de la donación sometida a computación y de la donación sometida a colación. La normativa reguladora de la reducción, sin embargo, por su parte, se ha limitado a establecer normas, en realidad, para la valoración de los bienes relictos.

- Los antecedentes tomados como referencia reflejan un principio claro y evidente: la valoración de la donación en las operaciones de computación, colación y reducción debe referirse a un mismo momento. Se propugna, así, la unidad de criterio de cálculo, buscando evitar los problemas contables que surgirían en caso de que en cada operación se tomaran como referencias valores distintos.
- Dicho esto, del derecho histórico cabe deducir dos soluciones:
 - Aplicar a la donación sometida a reducción el criterio positivo (y positivado) seguido por el art. 818 CCE (en su redacción original y en sus antecedentes legislativos) y valorar al momento en que se produjo la donación (que, por su parte, era también el criterio seguido por los antecedentes del art. 1045 CCE)¹²⁴⁶.
 - Aplicar a la reducción, no el criterio positivo, sino el principio sobre el que descansa, esto es, que la valoración del *donatum*, de la colación y de la reducción deben referirse al mismo momento. Y que este momento no es otro que el establecido para la valoración de la donación sometida a colación.

Vamos a ensayar una solución basada en la combinación de estos dos principios, ampliando lo dicho hasta ahora. Existe, como se ha indicado, un principio que deduce la doctrina italiana y que, a su vez, es concordante con el Derecho histórico español (una constante del codificador, podría decirse), cual es el de referir la valoración de todas las operaciones que tomen como referencia el valor de la donación (computación, reducción, colación) a un único criterio valorativo. Y que este criterio valorativo sea el establecido en las reglas de colación de donaciones. Y esto, con independencia, a nuestro juicio, de cuál sea el criterio concreto (esto es, lo importante es que computación, reducción y colación se refieran al mismo momento y no que ese momento sea la apertura de la sucesión, el tiempo de la donación o las operaciones particionales). En efecto, así era en el Código civil español antes de 1981, cuando el art. 818 y el 1045.I CCE se referían al mismo criterio de valoración.

Siendo esto así, es decir, si todas las operaciones que contemplen la donación como valor deben valorarse al mismo momento, éste ha de ser aplicable, también, a la reducción

¹²⁴⁶ Puede señalarse, sin incidencia real sobre lo dicho en el texto, que ésta era también la solución normativa contenida en el art. 822, 2º *comma*, del *Codice civile* de 1865.

de donaciones, sin que a esta unidad de criterio pueda obstar lo dicho sobre valoración de bienes relictos en el art. 654 CCE. Y esto porque, si bien se mira, el art. 654 CCE no está estableciendo, ni directa ni indirectamente, un criterio de valoración para el caso de la reducción, sino que se limita a dar una regla para la valoración de los bienes relictos. Una regla que, aunque dada de pasada, tiene su importancia porque sitúa la inoficiosidad en el momento de la muerte y se separa de los antecedentes remotos del Código y de la doctrina que lo interpretaba.

Mejor explicado. El Derecho romano¹²⁴⁷ y la regulación de Partidas¹²⁴⁸, que lo sigue, establecieron la regla según la cual la donación, para ser inoficiosa, debía serlo, con algunos matices y diferencias propios de toda evolución normativa, tanto en el momento de la donación, como en el momento de la apertura de la sucesión. Esto es, que para determinar la inoficiosidad de la donación, debía tomarse como referencia (i) el valor de los bienes que hubiese en el patrimonio del difunto al tiempo de realizarse la donación; y (ii) el valor de los bienes que quedaren en dicho patrimonio a la muerte del donante.

Lo que hace el primer párrafo del art. 654 CCE, y, sobre todo, sus antecedentes legislativos inmediatos, es separarse de esta regla¹²⁴⁹, determinando que la donación será inoficiosa sólo (y exclusivamente) si lo es en el momento de la apertura de la sucesión, sin atender al valor del patrimonio del causante en el momento en que la misma se hizo. En otros términos, la donación sólo podrá ser declarada inoficiosa si lo es *tras la apertura de la sucesión, teniendo en cuenta el valor de los bienes que quedaren a la muerte del donante*, y sin que tenga ninguna relevancia (a estos efectos) el estado del patrimonio del donante en el momento de realizar la disposición.

¹²⁴⁷ Novela 92. Citada y comentada por VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 142. “Es sabido que en el Derecho romano la donación que en el momento de su otorgamiento no era inoficiosa no podía ya resultarlo, aunque hubiese disminuido posteriormente la fortuna del donante; y que, en cambio, la donación inoficiosa al otorgarse podía dejar de serlo por haberse incrementado la fortuna del causante”.

¹²⁴⁸ Ley 8, Título IV de la Quinta Partida. El extracto que a nuestro tema interesa, dice así: “E si por ventura alguno que ouisse fijos legitimos, quissiesse fazer donación a otro puedela fazer en tal manera, que todavía finque en saluo a los fijos de su parte legitima, *también en vida de su padre* como despues de su muerte. E la parte legitima es segun dize el titulo del establecimiento de los herederos [Partida Sexta]. E si el padre fiziese mayor donación puedenla reuocar los fijos fasta la quantia de la su parte legitima” [subrayado propio].

¹²⁴⁹ Siguiendo el criterio fijado por la Ley 29 de las de Toro, que, no obstante, como hemos señalado en el capítulo 1, contiene dos criterios de valoración: uno referido a la dote (que permite optar entre el valor de los bienes en el momento de realizarse esta o en el momento de la muerte del que la hizo) y otro referido a las restantes donaciones (que obliga a tomar como referencia el valor de los bienes del causante al tiempo de su muerte).

Es, por consiguiente, la disposición del art. 654 CCE, una norma que hay que coordinar con aquéllas que establecen la centralidad de la apertura de la sucesión en el fenómeno sucesorio (arts. 657 y 661 CCE, por ejemplo), y que fija un criterio de valoración para los bienes presentes en el caudal, pero que no puede ser aplicado justamente, a nuestro juicio, a la valoración de la donación sometida a reducción, que, como todas las operaciones que atienden a la donación como valor, ha de referirse al criterio único marcado por las reglas de la colación (en atención al principio ya citado por nosotros).

Siendo esto así, situada en sus justos términos la regla valorativa contenida en el art. 654 CCE, resta únicamente aplicar al Código civil el principio derivado del Derecho histórico, que refiere la valoración de aquellas operaciones que contemplen la donación como valor a las reglas establecidas para la valoración de la donación sometida a colación. El bien sometido a reducción habría de valorarse, según este principio, tomando como referencia el estado del bien en el momento de realizarse las operaciones particionales (art. 1045.I CCE).

Ahora bien, este principio no puede ser aplicado de manera rígida, pues traería consigo graves contratiempos para el legitimario, toda vez que, si el bien ha desaparecido o se ha deteriorado gravemente, sería él y sólo él el que sufriría el perjuicio (lo que es peor si se tiene en cuenta que el verdadero propietario del bien era el donatario).

Por tanto, como hace un sector de la doctrina española (ya citado), este principio de valoración conforme a las reglas de la colación, debe ser puesto en relación con el otro principio derivado del Derecho español: tomar como referencia el estado del bien en el momento en que se realizó la operación.

Así, la valoración del bien habría de realizarse del siguiente modo: tomando como referencia el valor del bien en el momento en que se realizó la donación (criterio histórico señalado por la redacción originaria de los arts. 818 y 1045.II CCE y de sus antecedentes legislativos) y actualizado dicho valor al momento en que se lleven a cabo las operaciones particionales (regla actual del art. 1045.II CCE).

Somos conscientes de que la solución adoptada, además de muy opinable, ni es nueva, ni es original, ni contribuirá (con seguridad) a cerrar una cuestión que seguirá siendo debatida.

Como decíamos al inicio de este epígrafe, nos hemos limitado a realizar un rastreo legislativo, histórico y comparado, a fin de descubrir los principios sobre los que descansa la valoración del bien donado, para dilucidar si los mismos eran aplicables al momento presente. Y he aquí que, al menos a nuestro juicio, lo son. Y lo son con cierta seguridad y equidad para legitimario y donatario.

IX. EFECTOS DE LA REDUCCIÓN Y MODOS DE LLEVARSE A CABO EN EL DERECHO ESPAÑOL COMÚN

Determinadas la legitimación activa y pasiva, el presupuesto objetivo que sirve de base para el ejercicio de la acción y el orden en el que habrán de reducirse las donaciones inoficiosas, así como la valoración de los bienes, procede determinar los efectos que la acción de reducción producirá si sale vencedor en el pleito el legitimario actor.

A este respecto, la acción de reducción ha de producir, si triunfa, dos pronunciamientos distintos en la sentencia: por un lado, la declaración de existencia de lesión a la legítima y, por consiguiente, de inoficiosidad de la donación realizada por el causante; por otro, ha de proceder a la reducción de dicha disposición inoficiosa y a la atribución del exceso (directa o indirectamente) al legitimario lesionado¹²⁵⁰. Dicho con otras palabras, la acción de reducción va a permitir, si triunfa, que el legitimario lesionado en su legítima obtenga el complemento de la misma¹²⁵¹.

Recuérdese aquí, a modo de *excursus*, que, como ya se ha indicado, el tipo de ineficacia (la inoficiosidad) que genera la acción de reducción no actúa sobre el negocio jurídico en sí, que continúa siendo válido si lo fue *ab origine*, sino únicamente sobre sus efectos¹²⁵² y solo en relación con el legitimario lesionado.

¹²⁵⁰ En conexión, señala ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. “Las acciones de reducción o supresión de donaciones como mecanismo de protección legal del crédito: una aproximación desde el derecho catalán” en *ADC*. cit. pp. 787, con la doble pretensión del legitimario accionante: que se declare la inoficiosidad de determinada atribución realizada por el causante, y que dicha atribución sea reducida para resarcir el perjuicio causado a la legítima.

¹²⁵¹ Para la doctrina italiana, la acción de reducción no va a producir, de suyo, la transmisión de los bienes al legitimario, lo que se conseguirá únicamente con la acción de restitución. Acción ésta desconocida para el Derecho español.

¹²⁵² DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 119. MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 231.

Ciertamente, como bien señala JORDANO FRAGA¹²⁵³, el ejercicio victorioso de la acción de reducción elimina los efectos lesivos de la donación impugnada *únicamente* para el legitimario (perjudicado) impugnante. Este acto, por la ineficacia rescisoria de la inoficiosidad, deja así de producir *para él* sus efectos propios y normales.

Como ya se señaló *supra*, la sentencia será de tipo constitutivo¹²⁵⁴, acorde con la naturaleza de la acción.

Siguiendo la metodología usada hasta ahora, se hará frente, en este apartado, a algunos problemas que se derivan del ejercicio victorioso de la acción de reducción.

1. Destino de los bienes objeto de reducción

El primer efecto que producirá la sentencia estimatoria de la acción de reducción de donaciones será que los bienes objeto de dicha reducción habrán de salir del patrimonio del donatario e ir a parar al patrimonio del legitimario, a fin de resarcir la lesión que la donación le producía. Es éste un efecto que, no obstante, como se ha indicado, se producirá en el Derecho español, pero no – del mismo – en el italiano, en el que, si bien el ejercicio victorioso de la acción de reducción produce la ineficacia relativa y parcial de la donación en relación con el legitimario actuante, será necesario, para operar obtener la posesión efectiva de los bienes donados, el ejercicio (victorioso) de la acción de restitución contra el donatario o contra el tercero subadquirente de los bienes¹²⁵⁵.

Ahora bien, no es pacífica la doctrina al afirmar si los bienes sujetos a reducción irán a parar directamente del patrimonio del donatario al del legitimario o si, por el contrario, primero habrán de pasar por el patrimonio del donante, ahora causante, volviendo a integrarse en el caudal hereditario.

Así, un primer sector doctrinal entiende que la sentencia que declare la lesión a la legítima y la reducción de la donación por inoficiosa no producirá transmisión de los

¹²⁵³ JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. p. 29.

¹²⁵⁴ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 563.

¹²⁵⁵ En efecto, como señalan CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 564, a lo más que llegará la acción de reducción (si triunfa) es, bien a la constitución de una comunidad ordinaria entre legitimario y donatario sobre el bien objeto de la donación (en caso de reducción parcial), bien al nacimiento (para el legitimario) de la posibilidad de obtener la restitución del bien objeto de la reducción (en caso de reducción total). En todo caso, para la obtención de la restitución efectiva del bien, será necesario el ejercicio de la acción de restitución.

bienes entre donatario y legitimario. Antes al contrario, declarada la inoficiosidad y la consiguiente reducción, los bienes objeto de la donación habrán de reputarse como nunca salidos del patrimonio del causante (otrora, donante). Así, se entenderá que el legitimario los recibió directamente de éste y no del donatario, bien integrando el llamamiento que tenía (si fue instituido heredero, por ley o testamento, o legatario), bien como complemento debido por sucesión legitimaria.

PUIG BRUTAU¹²⁵⁶ matiza esta postura y señala que los bienes o valores obtenidos como consecuencia de la acción de reducción, si bien vuelven al caudal relicto, lo hacen únicamente *en interés de los legitimarios lesionados*, de ahí que los acreedores del donante/causante y los restantes interesados no puedan aprovecharse del fruto de la reducción¹²⁵⁷.

Y esta es también la opinión seguida por la STS de 2 de octubre de 2014 (RJ\2014\47414), FJ 9º, cuando sostiene: “El art. 654 dispone que las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso, lo cual implica, en principio, que tal exceso *deba integrarse en el caudal hereditario para ser repartido entre todos los herederos forzosos*, pero nada impide una declaración como la contenida en la sentencia que se impugna cuando se trata de un solo heredero forzoso, pues en tal caso sólo en él ha de repercutir la reducción de las donaciones por su carácter inoficioso” [subrayado propio].

Para otro sector doctrinal, por el contrario, los bienes sujetos a reducción pasarán del patrimonio del donatario al del legitimario, sin que tengan que entenderse reintegrados (o nunca salidos) del patrimonio del donante¹²⁵⁸. Así, señala ROCA SASTRE que, dada la naturaleza rescisoria y personal de la acción de reducción, que obra *ex nunc*, y del juego

¹²⁵⁶ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 143. “Los bienes o valores que reingresen en la masa partible por reducción de donaciones inoficiosas sólo vuelven a formar parte de la herencia en interés de los legitimarios”.

¹²⁵⁷ De la misma opinión, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*. cit. p. 125, que, además, entiende que, en caso de enajenarse la cosa, el donatario deberá pagar “a la masa” el valor del bien objeto de la donación, si toda la donación fuese inoficiosa. Y, también, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo. *La legítima en el Código civil*. cit. p. 150.

¹²⁵⁸ Lo que será de mayor ventaja para el legitimario accionante. Pueden verse los magníficos argumentos señalados por ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. “Las acciones de reducción o supresión de donaciones como mecanismo de protección legal del crédito: una aproximación desde el derecho catalán” en *ADC*. cit. p. 793. También, GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 715.

de los arts. 645 y 1295.2 CCE, que aplica por analogía, “el donatario deberá transferir al legitimario o legitimarios, toda o parte de la cosa objeto de la donación inoficiosa, o su valor si no pudiere ser restituida, bien por haberla enajenado el donatario o sus sucesores, bien por haberse perdido”¹²⁵⁹.

De la misma opinión son LACRUZ/SANCHO¹²⁶⁰, para quienes el legitimario recibirá los bienes objeto de reducción del donatario y no del causante, toda vez que dichos bienes ya no eran propiedad de éste, pues salieron válidamente de su patrimonio, integrándose en el de aquél. Ahora bien, sí que subrayan que la entrega se verificará por causa del *de cuius*.

La tercera postura la encontramos dentro de la doctrina italiana¹²⁶¹. Según la corriente mayoritaria, la sentencia obtenida como consecuencia del ejercicio victorioso de la acción de reducción no producirá una transmisión de bienes entre donatario y legitimario. Esto es, el legitimario no se convertirá en causahabiente *inter vivos* del donatario. Antes al contrario, la sentencia de reducción no generará obligación alguna de transmisión de bienes, sino que se limitará a dejar sin efectos, en relación con el legitimario, el acto de disposición llevado a cabo por el donante. Dicho con otras palabras: como consecuencia de la sentencia (favorable) de reducción, el legitimario podrá reputar el bien objeto de la donación como nunca salido del patrimonio del donante¹²⁶². Reputándose no salidos de dicho patrimonio, el legitimario los adquirirá como integrando la delación sucesoria a él deferida (y no por transmisión *inter vivos* del donatario)¹²⁶³.

Habiendo sido privado de eficacia el acto (al menos, en relación con el legitimario actuante), el donatario posee ahora los bienes sin causa, por lo que puede pasar el

¹²⁵⁹ ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto*. cit. p. 162.

¹²⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 155. Nota 14. Misma idea más adelante (p. 157): “El producto de la reducción, que no estaba «in bonis» del causante, pasa directamente al legitimario perjudicado”.

¹²⁶¹ Por todos, MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. pp. 235 y ss.

¹²⁶² Lo que no es sino una consecuencia de la ineficacia relativa de la acción de reducción, ya explicada *per extenso, supra*.

¹²⁶³ Si no existiese vocación sucesoria (testamentaria o intestada), el legitimario adquiriría los bienes por sucesión necesaria, es decir, por ministerio de la ley.

legitimario triunfante en reducción a solicitar la subsiguiente restitución, para lo cual habrá de ejercitar la acción correspondiente¹²⁶⁴.

Esta solución a la que alude la doctrina italiana tiene sentido y se explica por la existencia, dentro del *Codice civile* de 1942, de dos acciones¹²⁶⁵ distintas: una primera, la de reducción, dirigida a privar de efectos (relativa y limitadamente) al negocio impugnado (la donación); y una segunda, la de restitución, orientada a obtener la recuperación de los bienes concretos.

Dentro de este cuadro normativo, es lógico que la acción de reducción no tenga efectos restitutorios y pueda defenderse que no opere transmisión alguna entre donatario y legitimario.

Ahora bien, pese a lo original de esta postura (coherente con el régimen jurídico establecido en el *Codice civile* italiano), la misma puede reconducirse a aquella que reputaba los bienes como vueltos al patrimonio del causante en beneficio del legitimario actuante¹²⁶⁶. Y esto porque, a efectos prácticos, lo mismo da decir que vuelven en beneficio del legitimario actuante que sostener que se reputan como nunca salidos en beneficio del legitimario actuante. En cualquier caso, se quiere argumentar que los bienes los adquiere el legitimario del *de cuius* por transmisión *mortis causa*, bien integrando el llamamiento por él recibido (heredero, legal o testamentario, o legatario), bien como consecuencia de la llamada “sucesión necesaria” o legitimaria.

Esta postura, sin embargo, no es extrapolable al Código civil ni al Derecho español. Primero, porque el Código de 1889 no contempla nada parecido a una acción de restitución; segundo, porque la acción de reducción de donaciones tiene, en el Ordenamiento español, simultánea e inescindiblemente un componente de efectiva reducción (ineficacia relativa y limitada del negocio impugnado) y otro de complemento/restitución (integra el *petitum* de la demanda que los bienes sean entregados al legitimario actuante); y tercero, porque, por regla general, el pronunciamiento judicial sobre reducción llevará consigo, cuando esto sea posible, un pronunciamiento de restitución *in natura* o, cuando no sea posible, por equivalente económico.

¹²⁶⁴ En efecto, la acción de restitución es, según la doctrina italiana, consiguiente a la acción de reducción y basada en el ejercicio exitoso de ésta.

¹²⁶⁵ A salvo, la posición discrepante de FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. pp. 202 y ss. para quien solamente existe una única acción (la de reducción).

¹²⁶⁶ El propio MENGONI parece alcanzar esta conclusión. Véase, MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 235 (nota 37) y p. 231 (nota 24).

Es por ello que, a nuestro juicio, creemos más acertada la postura doctrinal que defiende la transmisión entre donatario y legitimario, pues lo contrario, esto es, que los bienes se reintegren en el caudal relicto (o se reputen como nunca salidos del patrimonio del causante) nos parece un efecto más propio de la nulidad¹²⁶⁷. Y mal se combina con la naturaleza rescisoria que hemos atribuido *supra* a la acción de reducción.

Por ello, nos parece más correcto afirmar que la sentencia que declare la inoficiosidad, hará nacer para el donatario condenado: (i) la obligación de dar al legitimario la cosa objeto de la donación (total o parcialmente); (ii) o la obligación de entregar su equivalente en dinero, operando así una nueva transmisión entre ambos sujetos¹²⁶⁸.

Así las cosas, según entendemos, el legitimario no recibirá los bienes sujetos a reducción del causante, sino del donatario, y esto porque el donatario los ha tenido como dueño (art. 654.I CCE *in fine*) y como tal ahora se ve desprovistos de los mismos, al existir un título (el de legitimario) que (aunque posterior) es más fuerte que el suyo (art. 636 CCE en relación con el art. 806 CCE).

A mayor abundamiento, se coordina bien nuestra postura, primero, con la disposición del art. 654.1 CCE, *in fine*, cuando declara que las donaciones, aun cuando sean declaradas posteriormente inoficiosas, serán válidas y efectivas en vida del donante; y segundo, con la dinámica interna de la acción de reducción (que, como ya se ha indicado, produce una ineficacia relativa y parcial), pues la inoficiosidad (como ineficacia) elimina sólo en favor del legitimario, y sólo en la medida de su perjuicio, determinados efectos del acto, sin incidir sobre éste¹²⁶⁹.

¹²⁶⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *El negocio jurídico*. cit. p. 404 nos dice que el negocio nulo carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial por lo que la situación jurídica permanece como estaba antes del negocio. Y más adelante añade (p. 405): “todo lo construido a base del negocio nulo debe deshacerse (...). Luego habrán de restituirse las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de aquél, juntamente con sus incrementos, hasta dejar las cosas como antes de dicha ejecución (art. 1303 CC)”.

¹²⁶⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 36. “No parece que los bienes sobre los que opera la reducción se incorporen al caudal relicto, sino que más bien, como se ha dicho, van a parar directamente al legitimario reclamante y en la medida precisa para satisfacer la legítima”.

¹²⁶⁹ Lo expresa, a nuestro juicio, muy acertadamente TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 502 al definir la acción de reducción. Dice así este autor: “L’azione di riduzione è lo strumento giuridico attraverso il quale il legittimario può fare dichiarare *nei suoi confronti, l’inefficacia delle disposizioni testamentarie o delle donazioni*, qualora queste abbiano leso i suoi diritti intangibili alla quota di legittima” [subrayado propio].

De ahí que no pueda defenderse, a nuestro juicio, que el bien sea reintegrado en el patrimonio del causante (o que se repute como nunca salido del mismo). Lo dicho, además, se coordina bien con las disposiciones que regulan el régimen jurídico de la acción, y que establecen que los acreedores y los legitimarios no actuantes no pueden beneficiarse del objeto de la reducción, lo que no podría prohibirse si el bien retornara al patrimonio del causante, ya que, reintegrado en el caudal relicto, habría de aprovechar igualmente, a los acreedores y a los restantes legitimarios lesionados (por ese orden, pues antes es pagar que partir).

Además, siguiendo el esquema hasta aquí trazado, la sentencia produciría, si se sigue nuestra argumentación, un único desplazamiento patrimonial (efecto constitutivo), del donatario al legitimario, sobre la base de la lesión a la legítima y, por ello, de la inoficiosidad de la donación; sin embargo, si aceptamos otras propuestas, se habrían de producir dos desplazamientos: del donatario al caudal relicto y de éste al patrimonio del legitimario, lo que no tiene ningún sentido, toda vez que el bien ya salió válidamente del patrimonio del causante, que lo donó y lo donó válidamente.

Podría objetarse con la tesis defendida por PUIG BRUTAU¹²⁷⁰ de que los bienes retornan al patrimonio del causante de forma ficticia y a los sólo efectos de satisfacer la legítima lesionada del legitimario actuante. En este caso, por el ejercicio victorioso de la acción, podría reputarse el bien como nunca salido del patrimonio del causante a fin de satisfacer la legítima del lesionado impugnante en reducción. Esta tesis, en efecto, parece que responde a todas las objeciones sin suponer una transmisión directa de bienes entre donatario y legitimario.

Sin embargo, ha de señalarse que el citado autor, con esta tesis, en realidad está intentado señalar y reforzar la idea de que los acreedores del donante no pueden aprovecharse de la reducción. Sin embargo, si bien puede defenderse que los acreedores del donante, *ex art. 655.III CCE*, no tengan derecho alguno a los bienes objeto de la reducción (ahora vueltos al caudal relicto como consecuencia del ejercicio victorioso de la acción), no está tan claro por qué dichos bienes no vuelven, ni siquiera, en beneficio de todos los legitimarios lesionados, sino únicamente del legitimario actuante. Parecería que los bienes vuelven, pero “reservados” al que tuvo a bien ejercitar la acción y lo hizo con éxito.

¹²⁷⁰ PUIG BRUTAU, José. *Diccionario de acciones en Derecho civil español*. cit. p. 197.

Tampoco vuelven los bienes en beneficio de los legitimarios lesionados. Sino sólo del actuante. Los otros, aunque lesionados, si no ejercitaron la acción, no pueden reclamar nada de los bienes.

En realidad, la postura defendida por PUIG BRUTAU es una construcción meramente teórica y no necesaria, pues no es necesario que el bien retorne al caudal relicto para que pueda acabar en el patrimonio del legitimario. Además de lo dicho, la postura de PUIG BRUTAU llega, por un camino más largo y, a nuestro juicio, prescindible, a los mismos efectos prácticos que la postura aquí defendida, pues en última instancia lo que se producirá será un desplazamiento del bien del patrimonio del donatario al del legitimario.

2. Frutos, gastos, mejora y pérdida de la cosa objeto de reducción

Obligado el donatario, en virtud de sentencia, a entregar (total o parcialmente) la cosa objeto de la donación (o su equivalente en dinero) al legitimario, aparecen toda una serie de problemas prácticos referidos al régimen jurídico que habrá de observarse en la entrega o restitución de los frutos, de los gastos realizados por el donatario y de las mejoras introducidas, así como del modo en que ha de procederse en los supuestos en los que, por cualquier motivo, el bien objeto de la donación se haya destruido física o jurídicamente.

2.1. La entrega de los frutos

El art. 654.I CCE *in fine* establece que la donación será válida en vida del donante si lo fue *ab origine*. Igualmente, el art. 651 CCE establece que el donatario sólo habrá de devolver los frutos, en caso de reducción, desde la fecha de interposición de la demanda¹²⁷¹.

En línea con las disposiciones normativas, la doctrina¹²⁷² es pacífica al afirmar que el donatario no debe restituir los frutos percibidos antes de la interposición de la demanda

¹²⁷¹ Norma paralela en el 2º comma del art. 561 del CCI. La doctrina (TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 583) ha precisado que, cuando la acción de restitución se ejercite de forma sucesiva a la de reducción, la fecha a tener en cuenta para la devolución de los frutos será la de interposición de la demanda de reducción.

¹²⁷² LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*, V. cit. p. 391.

y que hizo suyos (por ejemplo, por accesión discreta *ex arts. 354 y ss. CC*), como dueño que era de la cosa (art. 654.I CC en relación con el 618 CC).

Igualmente, si se acepta el carácter de dueño del donatario¹²⁷³, éste sólo habrá de entregar al legitimario victorioso los frutos efectivamente percibidos y no los debidos percibir ya que éstos, en principio, presuponen un daño que no tiene por qué haberse dado, toda vez que el donatario, como dueño que era de la cosa, no tenía ninguna obligación de hacerla fructificar.

Siguiendo las reglas generales, y como corolario de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en principio, el legitimario tiene derecho a recibir los bienes *in natura*¹²⁷⁴. Cuando éstos hayan sido gastados o consumidos, surgirá la obligación de entregar su equivalente en dinero. En este último supuesto, el montante total de lo debido en concepto de frutos generará el interés legal del dinero.

Del mismo modo, es pacífica la doctrina¹²⁷⁵ al aplicar, como regla general, a la restitución de los frutos que sí ha de llevarse a cabo (los percibidos desde la interposición de la demanda) las reglas de la posesión de buena¹²⁷⁶ o mala fe.

Así, vencido en el pleito sobre reducción, el donatario (que, por lo común, conforme a las reglas de la inoficiosidad, será de buena fe) habrá de entregar, como se ha dicho, los frutos desde la interposición de la demanda. Del mismo modo, conforme establece el art. 452 CC, tendrá derecho a ser indemnizado de los gastos realizados en su producción¹²⁷⁷.

De igual modo habrá de procederse para el caso de los frutos pendientes al tiempo de interponerse la demanda, *ex art. 452 CCE*, en virtud del cual el legitimario tendrá derecho a ellos, junto con la cosa madre o principal, pero deduciendo de los mismos el valor económico de los gastos realizados por el donatario para su producción.

¹²⁷³ En este sentido argumenta, MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 292.

¹²⁷⁴ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 538.

¹²⁷⁵ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 302.

¹²⁷⁶ Recordemos que *ex art. 451.I CCE*, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, lo que refuerza la disposición del art. 651.I CCE, aunque, ha de advertirse, el donatario hace suyos los frutos como dueño y no como poseedor de buena fe.

¹²⁷⁷ Recordando que, tal y como establece la norma citada en el texto, tiene también derecho a recibir una porción líquida de la cosecha (en caso de que tal fuera la naturaleza de los frutos), proporcional al tiempo que duró su posesión.

Y todo esto, teniendo en cuenta que se entiende por tiempo en el que el donatario perdió la posesión el día de la interposición de la demanda que, finalmente, fue resuelta de forma favorable al legitimario¹²⁷⁸.

Ahora bien, cuando el donatario pueda ser reputado poseedor de “mala fe”, aparecen algunas cuestiones a dilucidar. Y esto porque no está claro en qué consista esta mala fe del donatario y si tiene que ser siempre referida a la posición del legitimario, pues, en tal caso, estaríamos en una figura límite o espacio gris entre la donación inoficiosa y la donación nula de pleno derecho.

Mejor explicado. Esta mala fe que se imputa al donatario, a mi entender, se cifraría en que el donatario conozca que la donación se hizo con *animus fraudis* por parte del donante, que quería eludir sus obligaciones con los legitimarios.

Ahora bien, la donación así hecha, como hemos indicado *supra* en este mismo capítulo, no sería reductible, sino nula de pleno derecho por ilicitud de la causa, con lo que el régimen aplicable a la restitución del bien (y de los frutos) no sería el de la reducción por inoficiosidad, sino el de la nulidad (aunque se pida, en el suplico de la demanda, la reducción como pedimento subsidiario de no apreciar el tribunal la concurrencia de nulidad). Y en caso de nulidad no sería de aplicación ni el 654.I CCE (cuando dice que la donación es válida en vida del donante), ni el 651.I CCE (cuando dice que se deben los frutos sólo desde la interposición de la demanda); sino que se debería toda la cosa principal y todos los frutos.

No obstante, si se pensara que la donación es reductible, habría que aplicar para este caso de restitución de los frutos los efectos de la posesión de mala fe del art. 455 CCE, y se deberán todos los frutos percibidos y los debidos percibir. Igualmente, siguiendo la redacción del artículo, no tendrá derecho el donatario a indemnización alguna, salvo la de los gastos realizados para conservar la cosa; del mismo modo, podrá llevarse los objetos en que se hayan cifrado los gastos en mejora de lujo y recreo, salvo que el legitimario quiera quedárselos abonando su valor.

Finalmente, aparece la cuestión de cómo habrán de restituirse dichos frutos cuando la cosa principal deba restituirse por equivalente económico. Así, en estos casos surge el

¹²⁷⁸ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 293 señala que, en caso de donación simultánea, o de donación hecha a varios donatarios, en los que la reducción se realizará a prorrata, la obligación de restitución de los frutos no adquiere carácter solidario, sino parciario.

problema de si lo procedente será que el donatario abone la estimación económica de los frutos que ha percibido desde la presentación de la demanda (en supuesto de buena fe) o si, por el contrario, será mejor que entregue únicamente el interés legal producido por el principal desde que se interpuso la demanda¹²⁷⁹.

TRINGALI, siguiendo la doctrina emanada de la *Corte di Cassazione*¹²⁸⁰, señala, respondiendo a esta cuestión, que, en caso de que la cosa principal no pueda ser restituida *in natura* y deba procederse a la entrega de su equivalente económico, los intereses generados por la suma del principal sustituirán a los frutos de la cosa. Y esto, señala, porque “il cumulo tra i frutti e gli interessi, comporterebbe la duplicazione del riconoscimento di una stessa voce di danno”¹²⁸¹.

2.2. Los gastos hechos y la pérdida de valor de la cosa

En este epígrafe hemos de distinguir el régimen de los gastos y el de la pérdida de valor de la cosa, ya que seguirán cauces normativos distintos.

Así, para el caso de los gastos, se ha procedido, por regla general, del mismo modo que para los frutos, aplicando el régimen jurídico de la posesión de buena o mala fe. De este modo, cuando el donatario sea de buena fe, habrá de aplicarse el art. 453 CCE, en virtud del cual éste podrá recuperar los gastos necesarios (que se deben a todo poseedor) y los útiles¹²⁸², y podrá también retirar las mejoras accesorias que sean retirables, así como los ornamentos, aunque no podrá recuperar los gastos de recreo.

Si, por el contrario, fue de mala fe, habremos de repetir las consideraciones ya vistas en sede de restitución de los frutos.

¹²⁷⁹ Cuestión suscitada por GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. 302.

¹²⁸⁰ Cass., Sez. II, 5 giugno 2000, n. 7478.

¹²⁸¹ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 538. De la misma opinión, GENNARI, Giuseppe. *Successioni e donazioni. Percorsi giurisprudenziali*. cit. p. 138.

No debe confundirse este supuesto con el anteriormente mencionado, de que los frutos hayan sido consumidos y deban restituirse por equivalente. En el primer caso, sólo los frutos deben restituirse “en dinero”, mientras que en este segundo, es la cosa principal la que ha de restituirse por equivalente.

¹²⁸² Teniendo el legitimario la opción de abonar, bien los gastos de mejora, bien el aumento de valor adquirido por la cosa (art. 453.II CC).

En lo que respecta a la pérdida de valor de la cosa y a quién debe soportar el riesgo de la misma, la doctrina, abandonando su (casi) unanimidad, se divide en dos tesis diferentes:

Así, un primer sector de la doctrina sostiene que el riesgo de pérdida de valor de la cosa debe soportarlo el legitimario. En función de esta primera tesis, si la cosa o bien objeto de la donación pierde valor sin mediar culpa del donatario, el riesgo de dicha pérdida habrá de soportarlo el legitimario, que no podrá exigir responsabilidad alguna al donatario¹²⁸³.

Otro sector de la doctrina, por el contrario, sostiene que, estando el donatario obligado a entregar el bien objeto de la donación tal y como lo recibió del donante, habrá de asumir él mismo, haya mediado o no culpa o negligencia por su parte, los deterioros que la cosa pueda sufrir.

ALBIEZ DOHRMANN¹²⁸⁴, siguiendo esta postura, la matiza al afirmar que el donatario habrá de responder únicamente de los deterioros que la cosa sufra (aun sin culpa o negligencia por su parte) desde la interposición de la demanda.

El Código civil español común, por su parte, regula esta cuestión en el art. 1045.II, que dice, literalmente que “el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario”. Descansa esta previsión, primero, sobre el criterio valorativo que se encontraba en la redacción original del primer párrafo del art. 1045 CCE, en función del cual había que valorar la donación al tiempo de otorgarse ésta. Y esto, recordemos, porque es en ese momento cuando el donatario adquiere la condición de dueño (art. 618, sin entrar en disquisiciones sobre el juego de la aceptación sobre la perfección del negocio, arts. 623 y 629 CCE). Y, como dueño, habrá de soportar el riesgo de las vicisitudes que le ocurran a la cosa, sean buenas o malas.

Conforme a este criterio, que, por ser el del legislador, habría que considerar como definitivo, en tanto que es realidad *de lege lata*, sería el donatario el que soportaría totalmente el riesgo de pérdida de la cosa.

¹²⁸³ Así, por todos, DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código civil*. cit. p. 415.

¹²⁸⁴ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 5012.

Distinto es que, por la disonancia ahora existente entre el párrafo I y el párrafo II del art. 1045 CCE, pudieran ensayarse o defenderse (desde el punto de vista doctrinal) otras soluciones más equitativas.

Por nuestra parte, en lógica con lo concluido en el apartado de valoración del bien objeto de reducción, hemos de concluir que el momento para tener en cuenta debe ser aquél en que se realizó la donación, pero actualizado a aquél en que se lleven a cabo las operaciones particionales, lo que, a nuestro juicio, introduce un matiz de equidad y proporcionalidad en la cuestión del riesgo y lo distribuye entre legitimario y donatario.

2.3. La pérdida de la cosa

Junto a las cuestiones anteriores aparece una, quizá, de mayor calado: la de quién ha de responder (o de soportar el riesgo) de la pérdida de la cosa objeto de la donación en caso de que la misma se declare inoficiosa y deba ser restituida total o parcialmente. Tampoco aquí la doctrina es pacífica, pudiendo identificarse las siguientes posturas:

1. El riesgo de la pérdida habrá de soportarlo en todo caso el donatario. Un sector de la doctrina sostiene que el donatario habrá de asumir el riesgo de que se pierda la cosa objeto de la donación, incluso aunque no haya mediado ningún género de culpa o negligencia por su parte.

Así se han pronunciado, entre otros, ROCA SASTRE¹²⁸⁵, para quien esta responsabilidad del donatario por la pérdida de la cosa (sea casual o culpable) es una exigencia de los arts. 645.3 y 1045.II CCE.

También de esta opinión es PUIG PEÑA¹²⁸⁶, que, con base en los mismos artículos, defiende la responsabilidad del donatario, por la pérdida de la cosa, con independencia de si intervino su culpa o no.

De esta opinión es SÁNCHEZ ROMÁN¹²⁸⁷, que la apoya en el siguiente razonamiento: en tanto que la donación fue válida en vida del donante, el donatario adquirió la propiedad y pudo enajenarla, saliendo el bien objeto de

¹²⁸⁵ ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto*. cit. p. 162.

También en TORRES GARCÍA, Teodora F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “La legítima en el Código Civil (I)” en TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.). *Tratado de legítimas*. cit. p. 59.

¹²⁸⁶ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V*. cit. p. 409.

¹²⁸⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.3*. cit. p. 2049.

la donación del patrimonio del donatario. Siendo esto así, el art. 1045.II CCE lo que hace es equiparar la pérdida de la cosa a la enajenación y aplicarle el mismo régimen jurídico.

2. El riesgo de la pérdida de la cosa habrá de soportarlo el donatario en algunos casos. Un segundo sector doctrinal sostiene que ha de excluirse la responsabilidad del donatario en aquellos casos en los que la pérdida de la cosa se haya producido de forma fortuita¹²⁸⁸. En efecto, como señala GARCÍA PÉREZ¹²⁸⁹, si el donatario consiguiera probar que la cosa también se hubiere perdido de haber seguido en el patrimonio del donante (por lo que, en principio, los legitimarios nunca habrían tenido derecho a ella), no quedaría obligado ni sería responsable de la restitución de la misma, ni siquiera *in valorem*.

De la misma opinión son LACRUZ/SANCHO¹²⁹⁰, para quienes la pérdida de la cosa sin culpa del donatario ha de tratarse como un supuesto de insolvencia de éste y aplicarle la misma solución.

Siendo equitativa esta segunda opción, a la misma obsta, al menos *de lege lata*, la redacción (ya transcrita) del segundo párrafo del art. 1045 CCE, que imputa el riesgo por pérdida de la cosa (causal o culpable) al donatario. En estos casos, el donatario habrá de proceder a la restitución *in valorem*.

Nuestra solución, como las anteriores, se basa en lo ya dicho para la valoración del bien objeto de reducción. A nuestro juicio, si bien ha de tomarse como referencia el estado del bien en el momento de otorgarse la donación, el mismo debe ser actualizado al tiempo en que se lleven a cabo (si son necesarias) las operaciones particionales (y, si no, a la apertura de la sucesión).

A esta cuestión se vincula la pregunta, planteada por ALBIEZ DOHRMANN¹²⁹¹, de si, en estos supuestos, el donatario cumple entregando una cosa de igual valor a la que le fue donada. El autor citado responde afirmativamente, sin embargo, es ésta una opinión

¹²⁸⁸ TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 584, con apoyo en los arts. 744 y 556 *Cod. civ.*

¹²⁸⁹ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 306 y ss.

¹²⁹⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 160.

¹²⁹¹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir.). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 5010.

no exenta de problemática en la práctica, pues ¿a quién le corresponde elegir entre el dinero o la cosa de igual valor? ¿puede ser obligado el legitimario, por decisión unilateral del donatario, a aceptar una cosa distinta de la donada y no su equivalente en dinero? ¿no se separa esta solución de la general del Código civil español común (arts. 829, 841, 1056.II) en función de la cual, cuando no sea posible entregar la legítima *in natura*, debe ser entregado su equivalente en dinero y no en otra cosa? La solución de DOHRMANN nos parece efectiva cuando, de común acuerdo, donatario y legitimario pactan la entrega de una cosa en lugar de la que fue donada, sin embargo, en caso contrario, esto es, cuando no exista acuerdo, creemos que no puede ser obligado el legitimario – sin que concurra ninguna otra circunstancia – a aceptar una restitución por equivalente cifrada en la entrega de un bien y no en dinero. Sobre este particular volveremos en el capítulo 6.

Relacionado con la cuestión anterior – y, también, a la falta de legitimación pasiva del tercero – está el problema de la enajenación onerosa del bien objeto de la reducción. Hay en este punto controversia acerca de si el donatario, en caso de haber enajenado el bien a cambio de un precio, cumpliría entregando lo que recibió por la transmisión del mismo.

De esta opinión es LACRUZ¹²⁹², sin embargo, a nuestro juicio, como ya hemos indicado, habrían de seguirse – también en este caso – las reglas generales de valoración del bien objeto de la donación, debiendo entregar el donatario el valor en dinero que arroje dicha valoración y no el precio que él percibió por el bien. De otro modo, el legitimario saldría perjudicado en todos los supuestos de venta a bajo precio o a precio de amigo y se abriría un “campo abonado” para todo tipo de fraudes por parte del donatario y los terceros.

3. La reducción de la finca no sujeta a cómoda división

El art. 821 CCE, que contempla este supuesto, dice así:

“Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

¹²⁹² LACRUZ BERDEJO, José Luis. Anotaciones a BINDER, Julius. *Derecho de sucesiones*. cit. p. 307.

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.

Este artículo, pese a estar situado en sede de sucesiones y hacer referencia en su texto a la reducción de legados, es aplicable a la reducción de donaciones por la remisión normativa expresa que al mismo hace el art. 654.II CCE, *in fine*. El objetivo de esta norma no es otro que el de evitar que se produzca una situación de indivisión no querida por las partes y potencialmente litigiosa¹²⁹³. Para ello, va a permitir el abono del complemento de legítima en dinero extraherencial (configurándose como uno de los más tempranos ejemplos de conmutación de legítima).

Su redacción actual es fruto del art. 10.5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que introdujo el tercer párrafo y el derecho de cualquiera de los interesados para instar la venta del bien en pública subasta.

Como señala el propio artículo, su supuesto de hecho atiende a la existencia de un legado (o donación) consistente en una finca que no admita cómoda división y cuyo valor deba reducirse parcialmente. Las soluciones dadas por la norma para este caso, según los diferentes supuestos que pueden darse:

1. Supuesto de legatario/donatario no legitimario. En caso de que el beneficiado por la disposición declarada inoficiosa sea un no legitimario, el Código establece dos soluciones, según la reducción parcial afecta a más o a menos de la mitad del valor del bien.

Así, si la reducción absorbe más de la mitad del valor del bien, el donatario habrá de entregar el bien completamente a los legitimarios, que habrán de abonarle en dinero la diferencia de valor.

Por el contrario, cuando la reducción no supere la mitad del valor del bien, podrá el legatario retener toda la cosa, abonando en dinero la legítima del legitimario lesionado. Se aprecia aquí, como se dirá en el capítulo 6, un

¹²⁹³ Nótese que, por regla general, esta comunidad se formará entre dos sujetos (el legitimario y el donatario) que ya han pleiteado y, precisamente, como consecuencia de dicho pleito.

primer supuesto de conmutación de legítima, que se produce *ex lege*, como solución por la que opta el Código para evitar soluciones potencialmente problemáticas¹²⁹⁴.

2. Supuesto de legatario/donatario legitimario. En caso de que el donatario (o legatario) sea un legitimario, el Código establece una solución distinta. En este supuesto, el donatario podrá retener todo el bien (abonando en dinero al lesionado el importe del complemento) si su valor no supera lo que podía recibir por libre disposición y por legítima. Descansa esta segunda solución (como la dada en el Código en el art. 829 para el caso de mejora en cosa determinada) sobre la base de que debe flexibilizarse la conmutación de la legítima individual en aquellos supuestos, como el contemplado en la norma, en el que el destinatario del bien tenga, a su vez, la condición de legitimario. Y esto, como se dirá en el cap. 6, porque, en realidad, el Código civil de 1889 lo que quiere es salvaguardar la intangibilidad cualitativa de la legítima global, de modo que será menos rígido para aceptar la conmutación de las legítimas individuales cuando los bienes sean entregados a otros legitimarios (la máxima expresión de este principio la encontramos en los arts. 841 y ss. CCE).

En realidad, lo que hace el art. 821 CCE no es sino conceder al legatario la opción de quedarse, en determinados supuestos, con la totalidad de la finca, abonando al legitimario el exceso en dinero. Estamos, en realidad, ante un supuesto de conmutación de legítima¹²⁹⁵.

Como puede advertirse, todo el régimen jurídico establecido en esta norma descansa sobre el supuesto de que la finca (en realidad, la cosa donada o legada) sea indivisible o no admita cómoda división, lo que parece reforzar la idea, mantenida por un sector de la doctrina y que será discutida por nosotros en el cap. 6, de que existe una regla general, corolario de la intangibilidad cualitativa de la legítima, de que el legitimario lesionado tiene derecho a recibir los bienes objeto de reducción *in natura*, y que sólo en supuestos

¹²⁹⁴ Sobre la misma base, se establece un régimen cómodo y flexible de conmutación de la legítima viudal (arts. 839 y 840 CCE).

¹²⁹⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 40.

excepcionales (indivisión o pérdida de la cosa, por ejemplo) podrá recibirlos *in valorem*¹²⁹⁶.

Parecida previsión normativa (con criterios distintos) se encuentra en el art. 560 CCI, que regula el modo en que debe llevarse a cabo la reducción cuando el bien objeto de la donación/legado es un bien inmueble y que se expresa del siguiente modo¹²⁹⁷:

“Quando oggetto del legato o della donazione da ridurre è un immobile, la riduzione si fa separando dall’immobile medesimo la parte occorrente per integrare la quota riservata, se ciò può avvenire comodamente.

Se la separazione non può farsi comodamente e il legatario o il donatario ha nell’immobile una eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile, l’immobile si deve lasciare per intero nell’eredità, salvo il diritto di conseguire il valore della porzione disponibile. Se l’eccedenza non supera il quarto, il legatario o il donatario può ritenere tutto l’immobile compensando in danaro i legittimari.

Il legatario o il donatario che è legittimario può ritenere tutto l’immobile, purché il valore di esso non superi l’importo della porzione disponibile e della quota che gli spetta come legittimario”.

El primer párrafo del artículo transcrito positiva el principio (expreso en el *Codice civile* italiano y solo intuido en el Código civil español¹²⁹⁸) de que, por regla general, el legitimario tiene derecho a recibir el bien o los bienes que fueron objeto de la donación (restitución *in natura*) y no, indistintamente, el bien o su equivalente en dinero¹²⁹⁹.

Los párrafos siguientes, por su parte, como hace el art. 821 CCE, establecen el modo en que ha de procederse en aquellos casos de reducción parcial, cuando la misma comporte la división de un bien no cómodamente divisible¹³⁰⁰. El objetivo de la norma no es otro, además de equilibrar en lo posible los derechos de legatario/donatario y

¹²⁹⁶ De esta idea, RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “Comentario al artículo 806” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. cit. p. 6089.

¹²⁹⁷ A este respecto, CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 992 señalan que la norma no regula la reducción de las donaciones/legados sino las consecuencias de la restitución del bien al legitimario triunfante en la acción de reducción.

¹²⁹⁸ Deducido a través del art. 806 CCE.

¹²⁹⁹ Así lo cree, entre otros, NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 107.

¹³⁰⁰ Esto es, que el bien no sea (jurídica o físicamente) divisible o que desmerezca mucho con la división. Así lo señala, AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. p. 299.

legitimario, que el de evitar que sobre el bien se prolongue una comunidad jurídica indeseada y, por lo mismo, potencialmente litigiosa¹³⁰¹ (igual que en el caso del art. 821 CCE).

El supuesto de hecho del art. 560, 2º comma se refiere al legatario/donatario cuya atribución supere la disponible (y, como se viene diciendo, teniendo siempre en cuenta que se trate de bien indivisible o que no admita cómoda división). En este caso, el artículo establece dos hipótesis y dos consecuencias jurídicas diversas.

En el primer caso, esto es, cuando el valor del bien objeto de la donación (o legado) supere en más de un cuarto el valor de la parte disponible, el mismo habrá de ser restituido por entero al legitimario, naciendo para el donatario (o legatario) el derecho a obtener el valor total de la parte disponible.

En el segundo caso, es decir, cuando el bien objeto de la donación (o legado) no supere en un cuarto el valor de la disponible, el donatario (o legatario) podrá retener todo el bien, debiendo compensar económicamente al legitimario a fin de subsanar la lesión sufrida en su derecho de legítima¹³⁰².

Concluye el artículo (3º comma) con el supuesto de que el donatario (o legatario) sea, a su vez, legitimario, en cuyo caso podrá retener la totalidad del bien siempre que el valor del mismo no exceda de la parte disponible y de su cuota parte de legítima.

No obstante lo dicho, debe recordarse que las reglas contenidas en esta norma son, a decir de la doctrina mayoritaria, derogables por la voluntad de las partes¹³⁰³, así como aplicables, *eadem ratio*, y pese a la dicción literal de la norma (que habla solo de bienes inmuebles) a los bienes muebles.

¹³⁰¹ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. p. 540, para quienes el ejercicio victorioso de la acción crea una comunidad jurídica entre legatario/donatario y legitimario. En estos supuestos, lo que persigue el artículo es establecer los criterios (supletorios o subsidiarios a la voluntad de las partes) sobre los que debe llevarse a cabo la división de la cosa común. En efecto: “In tale ipotesi, la restituzione che consegue alla riduzione ha, altresì, funzione divisoria, comportando lo scioglimento della comunione sul bene legato o Donato, sorta fra il legittimario e il legatario o donatario per effetto dell’esperienza vittorioso dell’azione di riduzione”. También en este sentido, MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 275.

¹³⁰² Se trata, como en el Derecho español, de una forma incipiente de conmutación de la legítima, que se favorece, además, cuando el donatario (o legatario) ostenta, a su vez, la condición de legitimario, lo que no es sino una manifestación del principio (desarrollado en el capítulo 6) de intangibilidad cualitativa de la legítima global, que es más fuerte y está más protegido que el de intangibilidad cualitativa de la legítima individual.

¹³⁰³ FERRI, Luigi. *Dei legittimari*. cit. p. 223.

En esta línea, la doctrina mayoritaria entiende que el artículo concede a donatario (o legatario) y legitimario una mera facultad y que en ningún caso obliga a que la reducción (o, en el caso del *Codice civile* de 1942, la restitución) se lleve a cabo de ese único modo.

X. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DEL DERECHO ITALIANO

Una vez que el legitimario ha ejercitado con éxito la acción de reducción tendrá, para el Derecho italiano, interés en recuperar – *in natura*, según la doctrina mayoritaria¹³⁰⁴ – los bienes objeto de la disposición lesiva (en el caso que nos ocupa, una donación, entendida en sentido amplio).

Para obtener esta restitución, el ordenamiento italiano le reconoce la posibilidad de dirigir la acción de restitución, bien contra el destinatario original de la disposición sometida a reducción, bien, con algunos requisitos, contra los terceros subadquirentes del bien objeto de la misma¹³⁰⁵.

Hay, por consiguiente, para la mayoría de la doctrina, dos acciones de restitución: una dirigida contra el destinatario de la disposición lesiva y otra dirigida contra los terceros adquirentes de los bienes. Estas acciones se distinguen, entre sí y con la acción de reducción, por su naturaleza, sus efectos y, sobre todo, por los sujetos que ostentan la legitimación pasiva.

Respecto a la naturaleza jurídica, la acción de restitución contra los destinatarios de la disposición lesiva (art. 561 CCI) tendría, al igual que la acción de reducción, naturaleza personal¹³⁰⁶.

De ellas se diferenciaría la acción de restitución contra los terceros subadquirentes de los bienes – los causahabientes del donatario según el art. 563 CCI –, que tendría naturaleza real¹³⁰⁷.

¹³⁰⁴ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 155.

¹³⁰⁵ Esto lleva a TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. cit. p. 535 a sostener que existen tres acciones de defensa del legitimario: la acción de reducción, la acción de restitución contra el destinatario de la disposición lesiva, la acción de restitución contra el tercer adquirente de los bienes.

¹³⁰⁶ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 156. MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 305.

¹³⁰⁷ En contra, AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 306, para quien también esta acción tiene naturaleza personal.

Respecto a los sujetos que ostentan la legitimación pasiva, ha de señalarse que de la primera acción (la restitución contra los destinatarios de la disposición lesiva) serán los mismos que los que ostentan la legitimación pasiva en la acción de reducción, esto es, para el tema que nos ocupa, los beneficiados por la donación – en sentido amplio – realizada por el causante y sus sucesores.

Legitimados pasivamente en la acción de restitución contra los averse causa del donatario serán aquellos que se encuentren en propiedad de los bienes objeto de donación en el momento de ejercitarse la acción¹³⁰⁸.

Ha de mencionarse aquí, no obstante, la matización que, para el caso de los bienes muebles, hace el art. 563, 2º comma, CCI que dispone que quedan a salvo de esta acción los efectos de la posesión de buena fe (arts. 1147 y 1153 CCI). Atendiendo a la misma, no estarían legitimados pasivamente los terceros subadquirentes de los bienes – muebles – donados que sean de buena fe¹³⁰⁹.

A este respecto, la doctrina discute sobre la configuración de la mala fe, pudiendo distinguirse dos tesis:

Según la primera, sería necesario – para apreciar mala fe – que el tercero conociera que la disposición a favor del donatario original había sido lesiva de la legítima¹³¹⁰. Esto implica que el tercero conociera: (i) que el bien que se le transmite fue adquirido por el transmitente a título de donación; (ii) que el donante original del bien tenía legitimarios; (iii) que el objeto de la donación – bien mueble – era de tal valor que podía lesionar la cuota de legítima expectante a alguno de los legitimarios. Siendo esto así, en nuestra opinión, sería prácticamente imposible apreciar mala fe en ningún caso, salvo en los más extremos.

Según la segunda tesis, para apreciar mala fe bastaría con que el tercero supiera, habida cuenta de la situación familiar del donante original y del valor patrimonial del objeto de la donación, que era previsible que se pudiera ejercitar la acción de donación a la muerte de éste.¹³¹¹

¹³⁰⁸ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 164.

¹³⁰⁹ Sobre el particular, puede verse el magnífico trabajo de BARBA, Vincenzo. “Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell’acquisto da parte di terzi” en *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*. Num. 3. 2018. p. 60.

¹³¹⁰ *Ibidem*, p. 173.

¹³¹¹ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 313.

La acción de restitución, como su propio nombre indica, no tiene otro objetivo que permitir al legitimario obtener los bienes concretos¹³¹². En esto se diferencia de la acción de reducción, cuyo efecto principal era, según veíamos, dejar sin efecto – con respecto al legitimario lesionado – la disposición lesiva de la legítima.

1. La acción de restitución contra el destinatario de la disposición sometida a reducción.

Una vez declarada la inoficiosidad de la donación (o del legado), se reconoce al legitimario lesionado la posibilidad de instar la restitución de los bienes, en primer lugar, contra el beneficiario de la disposición lesiva. Se regula esta restitución en el art. 561 CCI.

Se trata de una acción personal, toda vez que únicamente puede ejercitarse contra los donatarios (o legatarios), pero no contra los terceros adquirentes, contra los que el legitimario habrá de instar la restitución del art. 563 CCI¹³¹³. El objetivo de esta segunda acción de restitución es la recuperación de los bienes *in natura* o, cuando éstos hayan sido enajenados por el donatario (o legatario), su equivalente en dinero¹³¹⁴.

En caso de reducción – y, por consiguiente, de restitución – parcial de inmuebles, habrá de estarse a si el bien objeto de la donación era o no cómodamente divisible (art. 560 CCI).

En caso de que no lo sea, esto es, en el supuesto de que no pueda llevarse a cabo la restitución *in natura*, el donatario habrá de restituir el bien completamente al legitimario si el exceso inoficioso de la donación supera en un cuarto la cuota disponible. Si, por el contrario, la inoficiosidad es igual o inferior al cuarto, podrá conservar el donatario el bien, compensando en dinero al legitimario actuante¹³¹⁵. Es este uno de los supuestos de restitución *in valorem* sobre los que volveremos en el capítulo 6.

¹³¹² LUPI, Laura “Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 722.

¹³¹³ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 569.

¹³¹⁴ TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 581.

¹³¹⁵ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 159.

El art. 560, 3º comma, CCI completa el régimen anterior estableciendo que el donatario que sea también legitimario puede retener el bien inmueble objeto de la donación, siempre que el valor del mismo no supere el valor de la disponible y de la cuota correspondiente al legitimario destinatario de la disposición. También en este caso se permite compensar en dinero al legitimario lesionado.

2. La acción de restitución contra los terceros adquirentes del bien objeto de la disposición lesiva.

Se regula esta acción en el art. 563 CCI, cuyo supuesto de hecho contempla la posibilidad de que los bienes objeto de la disposición lesiva hayan sido, a su vez, transmitidos (a título oneroso o gratuito) por el quien fue el asignatario original (donatario o legatario). En este caso, para lograr la restitución de los bienes¹³¹⁶, el legitimario, una vez declarada la inoficiosidad de la disposición, tendrá que instar la restitución (mediante ulterior demanda) de los terceros adquirentes¹³¹⁷.

Si bien se reconoce naturaleza personal a la acción de reducción e, incluso, a la acción de restitución dirigida contra el beneficiario de la disposición inoficiosa, la doctrina¹³¹⁸ coincide en señalar que la acción de restitución que ahora se estudia tiene, como ya se ha señalado, carácter real, toda vez que no se dirige contra ningún sujeto determinado, sino que “sigue al bien” con independencia de quién sea su propietario o tenedor.

El art. 563 CCI establece las condiciones o requisitos que deben cumplirse para ejercitar la acción de restitución contra el tercer adquirente. Dichos requisitos no son, como se viene diciendo, sino una manifestación del principio que informa toda la regulación general de reintegración de la cuota de legítima, y que obliga a ponderar el interés del legitimario y la seguridad jurídica del adquirente de los bienes. Estos

¹³¹⁶ A la que tiene derecho por la regla general presente en el 1º comma del artículo 560 CCI, en función de la cual el legitimario debe ser satisfecho, salvo que sea imposible, *in natura*. Ya veremos que el art. 563 CCI excepciona esta regla general al establecer que, en casos de restitución dirigida contra tercero subadquirente de los bienes, el mismo podrá siempre liberarse de la obligación de restituir el bien abonando su equivalente en dinero.

¹³¹⁷ Comenzando, cuando se hayan producido diferentes transmisiones, por aplicación analógica del art. 559 CCI, por la última realizada (véase, TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. p. 542).

¹³¹⁸ LUPI, Laura “Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 723.

requisitos, para el caso de la restitución de inmuebles, son, además de que la restitución debe solicitarse siguiendo el orden cronológico de las enajenaciones, los siguientes:

- Sentencia previa de reducción. El legitimario que quiera instar la restitución de un tercero ha de haber obtenido, en primer lugar, una sentencia previa de condena, contra el beneficiario de la disposición lesiva, que declare la inoficiosidad de la misma y proceda a su reducción. En efecto, la restitución que afecta al tercero descansa sobre la retroactividad que el Código civil de 1942 reconoce a los efectos producidos por el ejercicio victorioso de la acción de reducción. Si no se ha declarado la inoficiosidad y no se ha procedido a la reducción, si no ha quedado acreditada la lesión sufrida por el legitimario, entonces ningún derecho puede esgrimir este contra el tercero subadquirente de los bienes.
- Enajenación del bien. Para poder instar la reducción contra el tercero, además del requisito anterior, es necesaria la existencia de una transmisión de bienes, cuyas características sean la siguientes: (i) el transmitente del bien ha de ser el beneficiario de la disposición lesiva (donatario o legatario); (ii) el adquirente ha de ser el tercero contra el que va a dirigirse la acción de restitución¹³¹⁹; y (iii) el bien objeto de la transmisión ha de coincidir con el bien objeto de la disposición lesiva.
- La previa excusión de los bienes del donatario. Siendo necesarios los dos requisitos anteriores, en realidad, no bastan para que el legitimario lesionado pueda accionar en restitución contra el tercero. En efecto, si el donatario (o legatario) transmitente de los bienes es condenado en reducción, surge para él la obligación de abonar al legitimario el equivalente en dinero. Sólo cuando se acredite la imposibilidad de hacer frente a esta obligación, por insolvencia del donatario (o legatario), podrá el legitimario accionar contra los terceros subadquirentes de los bienes¹³²⁰, previa excusión, como dice el art. 563 CCI, de los bienes del donatario¹³²¹.

¹³¹⁹ Estos dos requisitos se exigen, siempre, para la primera transmisión.

¹³²⁰ Si existen. Para otros supuestos de insolvencia del donatario ha de estarse a lo dispuesto en el art. 562 CCI.

¹³²¹ TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 589.

- El límite temporal general señalado por el n. 8 del art. 2652 CCI. Para que puedan verse afectados los derechos de terceros (que hayan adquirido algún derecho real limitado sobre el bien), además de los requisitos anteriores, será necesario que la demanda de reducción¹³²² se haya inscrito en el registro correspondiente dentro de los diez años siguientes a la apertura de la sucesión.

En caso de haberse superado dicho límite, será necesario, en todo caso, que la demanda se haya inscrito con anterioridad a la transcripción del acto de enajenación llevado a cabo entre donatario (o legatario) y tercero¹³²³.

En efecto, como señala LUPI¹³²⁴ glosando el artículo 563 CCI, si la demanda de reducción es transcrita más de diez años después de la apertura de la sucesión, no se perjudican los derechos que los terceros hayan adquirido en base a un acto/negocio transcrito con anterioridad a la demanda de reducción.

Finalmente, el art. 561, 2º CCI señala, para los supuestos en los que el demandado sea el donatario, que, siempre que la reducción se haya solicitado pasados 20 años desde la apertura de la sucesión, permanecerán firmes los pesos e hipotecas constituidos sobre el bien inmueble, sin perjuicio de que el donatario deba compensar al legitimario en dinero la reducción de valor.

- El plazo particular de reducción de donaciones. Finalmente, cabe señalar que, para que pueda ser agredido el bien que se encuentra en poder y propiedad de un tercero, es necesario que la demanda de reducción se haya interpuesto antes de pasados veinte años desde la inscripción de la donación en el registro correspondiente¹³²⁵.

¹³²² Nótese que, por traer causa de la acción de reducción ejercida favorablemente, aunque nos encontramos en sede de restitución (que requiere demanda autónoma ulterior), los plazos siguen haciendo referencia a la inscripción de la demanda de reducción.

¹³²³ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 572. “In altri termini, il diritto del terzo è fatto comunque salvo, in base alla disciplina della trascrizione, se la domanda di riduzione sia stata trascritta dopo dieci anni dall’apertura della successione e il terzo abbia trascritto l’atto di acquisto a titolo oneroso del bene prima della trascrizione della domanda”.

¹³²⁴ LUPI, Laura “Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari” en BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. cit. p. 715.

¹³²⁵ En contra de la figura de la oposición, por ser contraria a la seguridad en el tráfico jurídico, TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 537.

Este plazo de 20 años comienza a contar, como acabamos de indicar, bien desde la fecha de la inscripción de la donación, bien – si no era necesaria tal inscripción – desde la fecha de realización de la propia donación¹³²⁶.

Ha de señalarse que este plazo no juega si ha mediado oposición a la donación por parte del legitimario. Estamos aquí en uno de esos supuestos en los que se reconoce cierta relevancia jurídica – aun en vida del causante – a la condición de legitimario, aunque sea *in pectore*.

Así, conforme establece el ordenamiento italiano, quienes hayan expresado su oposición a la donación en tiempo y forma no se verán afectados por el transcurso del plazo de 20 años aludido.

El art. 563, 4º comma, CCI señala que pueden oponerse a la donación el cónyuge – incluso el separado, siempre que sea separado *senza addebito*¹³²⁷ – y los parientes en líneas recta del donante (ascendientes y descendientes).

Ciertamente la lista de tales legitimados es más amplia que la de los legitimarios, sin embargo, esto se debe a que aún nos encontramos en un estadio previo a la apertura de la sucesión, por lo que habrá de darle la oportunidad de oponerse a la donación a todos aquellos que *puedan estar legitimados, por su relación con el donante*, para el ejercicio de la acción de reducción¹³²⁸. Como puede apreciarse, esto supone un importante reconocimiento a la condición de legitimario en vida del causante. Reconocimiento que no tiene paralelo en el Derecho español común, donde esta condición solo empieza a jugar tras la apertura de la sucesión.

La oposición a la donación es un acto personal del legitimario *in pectore*, pero no personalísimo, por lo que puede ser llevado a cabo por representante (el caso del legitimario *in pectore* menor de edad o incapaz). Del mismo modo, es un derecho renunciabile.

¹³²⁶ DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. pp. 63 y ss. En el mismo sentido, BARBA, Vincenzo. “Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell’acquisto da parte di terzi”. *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*. cit. p. 64.

¹³²⁷ Opinión que, en lógica con los derechos sucesorios que se le reconocen, matienen, entre otros, CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. Milano: Giuffrè Editore. 2011. p. 1012.

¹³²⁸ *Ibidem*, p. 1012.

Es un acto unilateral, recepticio y extrajudicial, que no puede ser sometido a condición o a término. Únicamente tiene efectos para el legitimario que lo ha realizado y no para los restantes (en lógica con el funcionamiento de los restantes mecanismos de protección de la legítima)¹³²⁹.

El art. 563, 4º comma, CCI no establece nada con respecto a la forma, aunque sí que exige que la oposición sea expresa, notificada al donatario e inscrita en los Registros correspondientes. La doctrina mayoritaria¹³³⁰ entiende que, debido a estas exigencias, la oposición habrá de constar por escrito en alguno de los documentos que da acceso al Registro.

El efecto principal del acto de oposición es, como ya hemos apuntado, la suspensión¹³³¹ del plazo de 20 años para el legitimario que ha ejercido este derecho (arts. 561 y 563 CCI).

La oposición tiene una vigencia de 20 años, pasados lo cuales, habrá de renovarse¹³³².

El derecho de oposición a la donación, como se deduce fácilmente, va a tener efectos sobre la reducción de donaciones. En efecto, puede afectar al orden previsto para la reducción de donaciones en el art. 559 CCI. Así, es posible que alguna donación posterior no pueda agredirse por haber transcurrido el plazo de 20 años sin oposición y que una anterior, por el contrario, no esté protegida por el decurso, al haber existido oposición

Finalmente, cabe señalar que este plazo de veinte años, introducido por la L. 14 de mayo 2005 n. 80 para dar seguridad jurídica a los donatarios y agilizar la circulación de los bienes¹³³³, hace surgir la duda de qué ocurrirá cuando, en caso de ejercicio sucesivo y no simultáneo, la acción de reducción se haya

¹³²⁹ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. Padova: CEDAM. 2012. p. 764.

¹³³⁰ Por todos, CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1016.

¹³³¹ Sin entrar en la disputa de si, una vez cumplida la vigencia de la oposición, el plazo de 20 años volverá a contar de nuevo o se retomará desde donde se interrumpió por efecto de la oposición.

¹³³² TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 596.

¹³³³ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. p. 575.

planteado dentro de ese plazo, pero, por las razones que sean, la acción de restitución haya debido ejercitarse superado el mismo.

Un sector de la doctrina¹³³⁴, a este respecto, apuesta por una interpretación flexible del plazo, favorable al legitimario, de modo que basta con que la acción de reducción (que es la que funda y de la que trae causa la restitución) se haya planteado dentro del plazo para que el legitimario pueda solicitar la restitución contra el tercero.

Finalmente, en este apartado de los requisitos, resta añadir que la restitución debe ser solicitada a los adquirentes de los bienes en el mismo orden en el cuál habría de proceder a la reducción de las donaciones (art. 559 CCI).

El Código civil italiano reconoce al tercer adquirente de los bienes la posibilidad de liberarse de la obligación de la restitución *in natura* abonando el valor del bien en dinero. Sobre esta facultad, reconocida en el 3º comma del artículo 563 CCI, es interesante señalar la opinión de CAPOZZI, FERRUCCI y FERRENTINO¹³³⁵. Según estos autores, dicha facultad opera como un “rescate” del bien, “in virtù del quale il terzo riacquista il diritto di possesso del bene (c.d. possesso *potiore*) che, per la retroattività reale della riduzione, aveva perduto”¹³³⁶. A mayor abundamiento, señalan que no se trata de una obligación (la del tercero) con facultad alternativa, sino de un derecho potestativo de rescatar el bien, abonando su valor en dinero¹³³⁷.

En contra, se sitúa TRINGALI¹³³⁸, para quien esta disposición lo único que hace es ofrecer al causahabiente del donatario una obligación con facultad alternativa. Y esto, porque es el mismo texto legal el que la califica de obligación, cuando dice que el donatario “puede liberarse de la obligación de restituir, pagando el equivalente en dinero”. Por consiguiente, lo que se hace es articular para el tercero una obligación que puede

¹³³⁴ BARBA, Vincenzo. “Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell’acquisto da parte di terzi”. *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*. cit. p. 64.

¹³³⁵ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 571.

¹³³⁶ En este sentido, también, MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 307 y ss.

¹³³⁷ Opinión que sigue, entre otros, TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 591.

¹³³⁸ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 546. Apoyándose en la jurisprudencia y citando expresamente la Cass. 12 settembre 1970, n. 1392.

cumplir de dos modos distintos: (i) entregando el bien o, si quiere retenerlo, (ii) abonando su equivalente en dinero.

Llegado a este punto, y antes de concluirlo, debe hacerse especial mención de la posición doctrinal mantenida por Luigi FERRI¹³³⁹.

Según este autor, no existe una acción de reducción y una de restitución, sino que el *Codice civile* de 1942 únicamente recoge una acción de reducción de carácter real, no personal.

Para FERRI, la acción de reducción tiene siempre carácter real, que se revela especialmente cuando, por su ejercicio, deben cancelarse las cargas e hipotecas constituidas sobre los bienes, o se deja sin efecto la transmisión realizada en favor del tercero, que se ve obligado a entregar el bien objeto de la disposición inoficiosa. Y esto, “perché il trasferimento non vale ad eliminare il diritto del legittimario sui beni stessi”¹³⁴⁰.

Sostiene este autor, en apoyo de su tesis, que el Código civil de 1942 no menciona en ninguno de sus artículos a la (supuesta) acción de restitución y que, en ausencia de disposición legislativa expresa, no se puede imponer al legitimario la carga de ejercitar dos acciones distintas, una para obtener el pronunciamiento de reducción y otra para conseguir la restitución de los bienes.

Una confirmación de su tesis la encuentra FERRI en el n. 8 del art. 2652, tantas veces citado, que se refiere únicamente a la inscripción de la demanda de reducción, pero nada dice de la demanda de restitución. Y esto porque, según él, no hay, en la *mens legislatoris*, esa división doctrinal entre acción de reducción y de restitución. La única acción que se ofrece al legitimario para obtener la reducción y, mediante ella, la restitución de los bienes es la acción de reducción, ya se dirija ésta contra la institución de heredero (legal), contra las disposiciones testamentarias o contra las donaciones.

¹³³⁹ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. pp. 202 y ss.

¹³⁴⁰ *Ibidem*, p. 207. Nota (2).

XI. EFECTOS DE LA REDUCCIÓN EN SUPUESTOS DE LEGÍTIMA VIUDAL. EL CASO DEL DERECHO ESPAÑOL COMÚN

El cónyuge viudo es un legitimario particular, distinto de los restantes mencionados en el art. 807 CCE, *sui generis*, según lo cataloga algún autor¹³⁴¹. Su especial peculiaridad procede de la naturaleza de su derecho de legítima, diferente al de los demás legitimarios, pues si la de éstos se va a cifrar en un derecho de propiedad (de cuota fija), la de aquél lo hará en un derecho de usufructo de extensión variable que, además, no existe antes de la apertura de la sucesión, sino que es creado *ex lege*.

Esta especialidad que se predica de la legítima y de la posición jurídica del cónyuge viudo dentro de la sucesión, va a generar, respecto del régimen jurídico de la reducción de donaciones, una serie de problemas que justifican, primero, su tratamiento aparte y, segundo, que este tratamiento deba iniciarse con una exposición, somera, breve, pero completa, de las principales características del régimen jurídico de la legítima viudal.

1. Régimen jurídico y caracteres principales de la legítima viudal

El derecho legitimario del cónyuge viudo se incluye en el Código civil por mandato de la Base 17 LBCC¹³⁴² que, según LACRUZ/SANCHO¹³⁴³, opta por configurarla como un usufructo con la idea de acercarla y armonizarla (sin éxito) con los derechos legitimarios que reconocían al cónyuge viudo determinados derechos territoriales distintos del común¹³⁴⁴.

¹³⁴¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Anotaciones a BINDER, Julius. *Derecho de sucesiones*. cit. p. 296.

¹³⁴² Que la introduce sin que exista antecedente en la legislación castellana. Los derechos del cónyuge superviviente, hasta ese momento, se limitaban a la sucesión intestada. PACHECO CABALLERO, Francisco Luis. “Derecho histórico y codificación. El derecho sucesorio” en *Anuario de Historia del Derecho español*. Num. 82. 2012. p. 136. en contra, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil*. VI.2. cit. pp. 766 y 800, que sostiene que los antecedentes de la legítima viudal pueden rastrearse hasta el Fuero Juzgo (Leyes 13ª y 15ª, Título 2º, Libro IV).

¹³⁴³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 474.

¹³⁴⁴ ALONSO MARTÍNEZ, Manuel. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. cit. p. 30. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil*. VI.2. cit. p. 808, señala que la forma, régimen y funcionamiento de la legítima viudal está tomada del Código civil italiano de 1865, con el que el Código civil español comparte muchas semejanzas y casi todos los principios de fondo (a este respecto, puede verse, RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice civile*. cit. pp. 8 y ss: ambos códigos siguen fielmente el modelo del Código Napoleón y se construyen en torno al instituto de la propiedad).

Sostiene DE BUEN¹³⁴⁵ que al origen del usufructo viudal y en su *ratio* se encuentran dos ideas en tensión: por un lado, se quiere evitar que el cónyuge supérstite sufra algún tipo de perjuicio como consecuencia de la muerte del causante, al que estuvo unido hasta el último momento, lo que explica que se le reconozca algún derecho sobre el patrimonio del difunto; por otro lado, al optarse por el usufructo, se quiere impedir que los bienes pertenecientes a una familia (la del causante) pasen a otra (la del cónyuge supérstite).

En realidad, el usufructo viudal (de los derechos legitimarios del cónyuge supérstite, en realidad), tal y como está configurado en el Código civil, únicamente puede entenderse desde las coordenadas sociológicas e históricas en las que nació y fue adoptado. Se piensa que el varón (el *pater*), único motor económico y sostenedor de la familia, con toda probabilidad será el primero en morir. Y muerto él, se pretende que la esposa (que, en la organización socio-económica del trabajo de la época, no producía nada) pueda seguir gozando de un cierto nivel de vida, igual, al menos, al que le proporcionaba el marido, sin que los hijos puedan despojarla de él en base a sus derechos hereditarios¹³⁴⁶.

Así lo señala abiertamente ALONSO MARTÍNEZ¹³⁴⁷ cuando dice que:

“Ni la justicia, ni las conveniencias sociales permiten que normalmente, sin ningún acontecimiento imprevisto o extraordinario, por sólo el efecto de un vicioso sistema legislativo, quien nadaba la víspera en la abundancia viva al día siguiente de la caridad”.

Esta disposición, por consiguiente, se piensa *ab origine* para una esposa que no trabaja ni produce¹³⁴⁸. Más que a criterios de afecto marital, se piensa en criterios de justicia distributiva: el cónyuge que nada aportó económicamente, porque no podía al

¹³⁴⁵ DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. Anotaciones a COLIN Ambrosio y H. Capitán. *Curso elemental de Derecho civil. Tomo VIII.* cit. p. 492.

¹³⁴⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2.* cit. p. 805, para quien los derechos del cónyuge en la sucesión del premuerto consiguen evitar que sufra algún tipo de menoscabo en su situación económica o tenga que rebajarse a un nivel de vida inferior o quede desvalido como consecuencia de la muerte de su consorte.

¹³⁴⁷ ALONSO MARTÍNEZ, Manuel. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales.* cit. p. 276.

¹³⁴⁸ El mismo DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Derecho civil español común. Volumen II.* cit. p. 320, dice que el fundamento de la legítima viudal está en la “vida común” y en la “participación activa que el cónyuge pueda haber tenido en las empresas a que su difunto *esposo* se consagró”. Se piensa, por tanto, en un cónyuge supérstite que siempre será mujer, que, por la estructura sociológica de la época, no ha producido riqueza propia (más allá de la que haya podido adquirir por dote o herencia), pero que “apoya moralmente” al marido, verdadero motor económico, debiendo ser “amparado” a la muerte de éste como contraprestación por los servicios prestados a la familia.

estar su rol social vinculado al cuidado de la casa y de la prole, no puede sufrir perjuicio patrimonial como consecuencia de la disolución del matrimonio por la muerte de quien era el productor principal de la riqueza.¹³⁴⁹

El régimen jurídico de la legítima del cónyuge viudo se encuentra en los arts. 834-840 CCE y del mismo destacan, como notas características y diferenciadoras, su carácter de usufructo y su fácil conmutación, sobre las que habremos de volver más adelante, pues ambas tendrán una importante repercusión a la hora de determinar cómo proceder a la reducción de donaciones en supuestos de legítima viudal.

Junto a estas características esenciales, la doctrina destaca otras, igualmente importantes, que delinear o dibujan los contornos particulares de la legítima del cónyuge viudo:

1. Derecho legitimario que se cifra en un usufructo y no en plena propiedad (art. 834 CCE). Contrariamente al criterio seguido para configurar la legítima de los descendientes y de los ascendientes, el Código construye la legítima viudal como un derecho de usufructo sobre determinados bienes¹³⁵⁰.

Si bien es cierto que, como se señalaba *supra*, dicha previsión legal descansa, en parte, sobre la idea de armonizar el Código civil que se pretendía común para toda la nación con algunas disposiciones de los derechos territoriales, también lo es que determinados autores, desde un punto de vista doctrinal y no histórico, han planteado que la *ratio* y fundamento de este usufructo descansa sobre cuestiones sustantivas y no meramente históricas.

Así MASIDE¹³⁵¹, recogiendo el sentir general de la doctrina de principios del s. XX, sostiene que la *ratio* del usufructo viudal descansa sobre dos ideas básicas: primera, evitar que los bienes del causante puedan pasar a personas extrañas a la familia (y por ello al cónyuge supérstite no se le reconoce un

¹³⁴⁹ Tal se desprende de la primera propuesta de regulación de la legítima viudal redactada por GARCÍA GOYENA, según la cuál el cónyuge no tendría derechos sucesorios en la herencia del premuerto si él era rico y los herederos pobres. Propuesta ésta que fue rechazada porque, según la Comisión de Codificación, invitaba a realizar pesquisas sobre la riqueza y estado del supérstite consideradas de mal gusto por la mentalidad de la época. Noticia de todo esto, como testigo directo, nos da ALONSO MARTÍNEZ, Manuel. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. cit. pp. 288-289.

¹³⁵⁰ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo III*. cit. p. 220, la cataloga, por ello, de “excepcional”. Es ésta la misma solución que había adoptado el Código civil italiano de 1865 (del que la toma el Código civil español).

¹³⁵¹ MASIDE MIRANDA, José Enrique. *Legítima del cónyuge supérstite*. cit. p. 123.

derecho de propiedad); segunda, que el cónyuge no vea menoscabado su nivel de vida como consecuencia de la muerte del causante.

Sin embargo, según advierte el mismo autor, la opción por cifrar el derecho legitimario en un usufructo, si bien acorde a los intereses que se querían atender en el momento de su adopción, genera en la actualidad tres grandes problemas prácticos¹³⁵²: el primero, que supone un desmembramiento entre el derecho de usufructo y la nuda propiedad, con toda la problemática que ello conlleva; el segundo, el gravamen que (algunos de los) bienes hereditarios van a sufrir como consecuencia de la existencia del usufructo viudal; y el tercero, que dicho gravamen va a dificultar (y, en ocasiones, trabajar) el tráfico jurídico¹³⁵³.

Dichos problemas fueron, en parte, los que llevaron a la reforma del usufructo viudal en el Código italiano de 1942. En la actualidad, la legítima del cónyuge superviviente se cifra en una cuota en plena propiedad¹³⁵⁴. A esta cuota habrán de sumarse los derechos de uso y habitación de la casa destinada a vivienda familiar (no se incluyen, por consiguiente, las segundas residencias o estacionales)¹³⁵⁵ y de los muebles que en ella se incluyen¹³⁵⁶.

En realidad, el lugar del cónyuge viudo en el sistema legitimario que traza el *Codice civile* de 1942 es muy distinta a la que ostenta dicho cónyuge en el Derecho español. En efecto, desde 1975 (L. 19 maggio 1975, n. 151) se ha valorizado notablemente su posición, convirtiéndolo en el primero de los

¹³⁵² *Ibidem*, p. 122.

¹³⁵³ De ahí, y (en parte) por la repulsa que siente el legislador civil decimonónico a toda forma de amortización o vinculación, que se reconozca ya desde su origen una fácil conmutación para la legítima del cónyuge viudo.

¹³⁵⁴ Que será de la mitad si concurre solo, o de un tercio o un cuarto si concurre con un hijo o más de un hijo o descendiente del causante (arts. 540 y 542 CCI). También, SALA, Marco. “Il diritto del coniuge ad una quota di eredità” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 96.

¹³⁵⁵ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 174.

¹³⁵⁶ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 55. “Tali diritti si qualificano come oggetto di una vocazione a titolo particolare, a favore del coniuge, collegata alla vocazione a titolo universale ad una quota di eredità”. Un ejemplo de cómo funcionan estos derechos en NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 19.

COPPOLA, Cristina. “I diritti d’abitazione e d’uso spettanti *ex lege*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 113 señala que, en defensa de estos derechos, el cónyuge superviviente podrá ejercitar la acción de reducción, aunque señala que esta conclusión solo es posible si a tales derechos se les reconoce naturaleza de legítima.

legitimarios (en España, sin embargo, ocupa el último lugar) y reforzando sus derechos en la sucesión del causante premuerto¹³⁵⁷.

2. Carácter general e incondicionado¹³⁵⁸. El derecho legitimario del cónyuge superviviente tiene carácter general, es decir, que no está excluido por la existencia de ningún orden de legitimarios. Así, el cónyuge superviviente será siempre legitimario y concurrirá con descendientes (art. 834 CCE) o (en defecto de éstos) con ascendientes (art. 837 CCE) o será el único legitimario (art. 838 CCE).

Esta particularidad hace que el cónyuge superviviente, siempre que exista y reúna los restantes requisitos (esto es, que no haya mediado separación de hecho o de derecho previa a la apertura de la sucesión), será legitimario por lo que, en principio, será siempre un (potencial) accionante en reducción.

3. Cuantía variable. Si bien el cónyuge superviviente siempre es legitimario y su derecho no se ve postergado por el de otras categorías de legitimarios, sin embargo, la extensión del mismo sí que variará según concurra con ascendientes, descendientes o con ninguno de ellos.

Así, el art. 834 CCE le reconoce un derecho de usufructo sobre una tercera parte del caudal cuando concurre con descendientes; el art. 837 CCE amplía esta cuota usufructuaria hasta la mitad del caudal cuando concurre con ascendientes; y, finalmente, el art. 838 CCE extiende esta cuota hasta su máximo, dos terceras partes, cuando el cónyuge superviviente es el único legitimario.

Lo mismo – aunque con cuotas diferentes – encontramos en el sistema diseñado por el Código civil italiano de 1942, en el que al cónyuge superviviente se le reserva una cuota en propiedad del patrimonio hereditario, que irá variando según concurra con ascendientes o descendientes.

Este carácter variable destaca más en España que en Italia, toda vez que allí también será variable la cuota de los descendientes (en función del número de éstos), lo que no ocurre en el sistema legitimario del Código civil, en el que los legitimarios descendientes tendrán siempre derecho a la misma cuota del patrimonio del causante, con independencia de su número.

¹³⁵⁷ A este respecto, puede verse GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. pp. 521 y ss.

¹³⁵⁸ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 61.

4. Recíproco. Así lo señala SÁNCHEZ ROMÁN¹³⁵⁹, ya que este derecho de legítima no se basa en la condición o género del cónyuge superviviente, sino en el vínculo jurídico que existía entre ellos.
5. Garantizado. El derecho legitimario del cónyuge superviviente tiene como garantía todos los bienes de la herencia en tanto que los herederos no constituyan el usufructo debido sobre bienes concretos o determinados.
6. Independiente del régimen económico matrimonial. La legítima viudal se deberá o nacerá en todo caso, es decir, sea cual sea el régimen económico matrimonial pactado por las partes o aplicado *ex lege*.

A mayor abundamiento, la legítima viudal es perfectamente compatible con los derechos que correspondan al cónyuge en la sociedad legal de gananciales, disuelta por la muerte del *de cuius*¹³⁶⁰.

7. Requiere la subsistencia del matrimonio. En efecto, si lo que se quiere con el usufructo viudal, al menos *ab origine*, es que el cónyuge superviviente no sufra ningún perjuicio como consecuencia de la disolución del matrimonio por muerte; y, también, quizá, “premiar” el mantenimiento del afecto marital; y si, además, el matrimonio es el vínculo jurídico del que deriva y en el que se fundamenta dicha legítima, no tiene sentido mantener este derecho cuando el matrimonio ya ha sido disuelto por divorcio, toda vez que, en este caso, cualquier perjuicio que pudiera sufrirse como consecuencia de la disolución ya se habría sufrido (y reparado, si procedía) antes de la apertura de la sucesión (y es manifiesta la pérdida del afecto entre los esposos).

Por tanto, se requerirá para que nazcan los derechos legitimarios del cónyuge viudo que el matrimonio esté constante a la muerte del causante, esto es, que no haya mediado divorcio, por lo que no tendrán derecho legitimario alguno ni el ex cónyuge (art. 834 CCE), ni, tampoco, según un sector de la doctrina, el que estuvo unido al causante por matrimonio nulo.

Distinta es la solución que se encuentra en el *Codice civile* italiano, cuyo art. 584 establece que el cónyuge putativo (de buena fe) mantenga inalterados sus derechos sucesorios, toda vez que la declaración de nulidad recaiga después de la muerte del otro cónyuge. Y esto porque, como señala MORETTI,

¹³⁵⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil*. VI.2. cit. p. 806.

¹³⁶⁰ *Ibidem*, p. 807.

“considerato che il matrimonio putativo produceva gli effetti del matrimonio valido, se ne deduceva che la morte di uno dei coniugi prima della dichiarazione di nullità del matrimonio consentisse all’altro di poter vantare i propri diritti successori”¹³⁶¹.

En la doctrina española, esta postura ha sido defendida por MASIDE¹³⁶², para quien es necesario que la sentencia que declare la nulidad haya recaído antes del fallecimiento del causante ya que, de lo contrario, entiende este autor que el derecho sucesorio habrá nacido en una situación de buena fe y que, por consiguiente, habrán de mantenerse sus efectos como una consecuencia (más) del llamado “matrimonio putativo” (art. 79 CCE).

Tampoco tendrá derecho a legítima el cónyuge que, al morir el causante, se encontrara separado de éste de hecho o de derecho (art. 834 CCE), salvo reconciliación notificada al juzgado que conoció de la separación o al notario que otorgó la escritura de separación (art. 84 CCE).

En estos casos, aunque subsiste el matrimonio y, en puridad, habrían de subsistir los derechos legitimarios del cónyuge supérstite, en realidad, se ha disuelto la convivencia, que es lo que está a la base original del derecho legitimario. En efecto, lo que se pretendía evitar con la legítima del cónyuge viudo era que el supérstite sufriera cualquier tipo de perjuicio económico como consecuencia de la disolución del matrimonio y, con él, de la convivencia del núcleo familiar. Habiéndose disuelto ya ésta por la separación, y habiéndose acordado, en su momento, las medidas económicas pertinentes para paliar posibles desigualdades económicas derivadas de la misma, no tiene sentido mantener el usufructo viudal.

Esto, sin embargo, no deja de ser una realidad problemática, toda vez que cualquier cónyuge puede imponer una separación de hecho al otro, abandonando el domicilio familiar, y privando, así, de derecho legitimarios

¹³⁶¹ MORETTI, Mimma. “I diritti successorii del coniuge putativo” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 158

¹³⁶² MASIDE MIRANDA, José Enrique. *Legítima del cónyuge supérstite*. cit. p. 222. “La única posibilidad, por tanto, de que el cónyuge viudo tenga derecho a la cuota viudal, caso de nulidad del matrimonio, es que la sentencia fuese dictada después del fallecimiento del otro cónyuge, como se apuntó anteriormente. En efecto, si la sentencia de nulidad es dictada después del fallecimiento de uno de los cónyuges, y si el supérstite es de buena fe, parece lógico estimar que su derecho a la legítima había nacido antes de que fuese dictada la sentencia”.

También de esta opinión, BORRELL Y SOLER, Antonio M. *Derecho civil español. Tomo V*. cit. p. 290.

al cónyuge supérstite, sin necesidad de recurrir a la fastidiosa y problemática figura de la desheredación.

Máxime habiendo perdido en el ordenamiento español, vigente toda relevancia el concepto de culpa (del divorcio o la separación), que sí la tenía en la legislación anterior, ya que el art. 834 CCE, en su anterior versión, señalaba que mantendría el derecho de legítima el cónyuge que estuviera separado del difunto por culpa de éste.

Desaparecida esta concepción de la culpa y del divorcio o la separación “culpables”, no tiene sentido extender sus efectos al ámbito sucesorio, por lo que cabe, como ya se ha indicado, que un cónyuge imponga la separación a otro, privándole de los derechos legitimarios.

LACRUZ/SANCHO sostienen, a este particular, que tal concepción sólo es posible porque así lo establece el art. 834 CCE al introducir la expresión “separado legalmente o *de hecho*”, ya que, con anterioridad, la mera separación de hecho no permitía “fundar en ella con seguridad un efecto tan importante como privar del derecho a legítima al cónyuge sobreviviente”¹³⁶³.

En cualquier caso, en estos supuestos de separación (incluso cuando esta ha sido impuesta por un cónyuge al otro) o divorcio, el cónyuge perderá su condición de legitimario y, por tanto, *ex art.* 655.1 CCE, no podrá accionar en reducción ni solicitar complemento alguno.

No perderá, sin embargo, sus derechos el cónyuge supérstite por la circunstancia de que el matrimonio no se haya inscrito debidamente en el Registro Civil, pues esta inscripción tiene carácter declarativo y no constitutivo¹³⁶⁴ (arts. 61 y 73 CC y 70 LRC).

Diversa es la solución dada por el *Codice civile* de 1942 para los supuestos de legítima viudal en caso de separación o divorcio.

Según la norma sustantiva italiana (art. 548 CCI), el cónyuge separado *senza addebito* conserva los mismos derechos que el cónyuge no separado¹³⁶⁵. El separado *con addebito*, por su parte, gozará de un *assegno vitalizio* si, en el

¹³⁶³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 476.

¹³⁶⁴ En contra, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2*. cit. p. 821, que exige la subsanación del defecto de falta de inscripción para el nacimiento del derecho de legítima viudal.

¹³⁶⁵ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 24.

momento de la apertura de la sucesión, era alimentista del causante en los términos señalados por el art. 156 CCI¹³⁶⁶.

Al cónyuge divorciado, finalmente, el *Codice civile* le reconoce el derecho, si gozaba de la pensión compensatoria, a una prestación de carácter periódico y proporcional al caudal de la herencia, al número de herederos, a su condición económica y a las necesidades reales del supérstite. Prestación ésta que decaerá toda vez que el excónyuge contraiga nuevas nupcias o mejore su estado económico¹³⁶⁷.

2. La posición del cónyuge supérstite en la sucesión del premuerto

El art. 807.3º CCE otorga al cónyuge supérstite la condición de legitimario y, como ya se ha visto, dicha condición no la perderá por la existencia de otros grupos de legitimarios, con los que siempre concurrirá, si bien su legítima será distinta (cualitativa y cuantitativamente) a la de ellos.

Sin embargo, y pese a ello, contrariamente a lo que sostenía la doctrina tradicional¹³⁶⁸, hoy día hay unanimidad¹³⁶⁹ para afirmar que el cónyuge viudo, salvo que haya recibido una institución expresa por parte del causante-testador, no ostentará en la sucesión, por sus solos derechos legitimarios, la condición de heredero¹³⁷⁰. Y esto porque su legítima, al contrario de lo que ocurre con los restantes legitimarios, se va a sustanciar en un usufructo de origen y fundamento legal, que no preexiste en el patrimonio del causante, sino que va a ser creado *ministerio legis* en el momento de la apertura de la

¹³⁶⁶ Sobre la naturaleza jurídica de esta pensión y su relación con el derecho de alimentos, puede verse GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 563.

¹³⁶⁷ CANTELMO, V.E. “I beneficiari della riserva” en RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni*. cit. pp. 508 y ss.

¹³⁶⁸ Por todos, puede verse SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2*. cit. p. 810. “Plenamente convencidos, suscribimos desde luego la opinión que afirma la cualidad legal de heredero en el cónyuge viudo, y que a este título, y no al de legatario, se le otorgan los derechos que el reconoce el Código civil español”. Es ésta la postura seguida por los primeros comentadores del Código civil hasta DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Derecho civil español común. Volumen II*. cit. p. 328.

¹³⁶⁹ Por todos, BORRELL Y SOLER, Antonio M. *Derecho civil español. Tomo V*. cit. p. 291.

¹³⁷⁰ Antes de la reforma de la legítima viudal, tampoco la doctrina italiana concedía al cónyuge usufructuario la condición de heredero (véase NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 16. DOSSETTI, Maria. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 12).

sucesión¹³⁷¹. Dicho con otras palabras: el cónyuge sobreviviente será siempre legitimario, pero no será siempre heredero, ostentando esta condición únicamente cuando haya sido instituido como tal en el testamento¹³⁷².

Así, señala PUIG BRUTAU que:

“El cónyuge viudo tiene protegido por el Código un interés en la herencia del causante que le autoriza y legitima para intervenir en la liquidación del caudal relicto, no puede ponerse en duda; pero, que ello sólo encuentre justificación en la supuesta condición de heredero del viudo por razón de su legítima, es infundado e innecesario. Basta que su derecho sea de participación en los bienes de la herencia para que su intervención esté justificada”¹³⁷³.

Y esto porque el mismo interés tiene un legatario de parte alícuota y también a él se le reconocen toda una serie de facultades de intervención y reclamación, sin necesidad de que sea “elevado” a la condición de heredero.

En efecto, el cónyuge viudo es “un mero sucesor *ex lege* que no participa de la condición del heredero”¹³⁷⁴, pues en ningún caso va a responder, en tanto que cónyuge y (solo) legitimario, de las deudas de la herencia (art. 510 CCE); tampoco su preterición anulará la institución de heredero (art. 814.1 CCE) y, al contrario de lo que ocurre con la legítima de los restantes grupos de legitimarios, la suya será de conmutación muy fácil (arts. 839 y 840 CCE).

3. Problemas más relevantes de la reducción de donaciones en supuestos de legítima viudal en el Derecho español común

Trazadas, siquiera *grosso modo*, las líneas generales de la legítima viudal, procede ahora analizar, de acuerdo con la metodología que se viene siguiendo, los problemas más

¹³⁷¹ Por todos, puede verse BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 425. “El cónyuge viudo -o supérstite- es legitimario pero no es heredero, pues su cuota legitimaria lo es en concepto de usufructuario, lo que en juicio generalizado en la doctrina, supone su consideración como legatario”.

¹³⁷² Se aprecia el nulo o escaso valor que tiene el hecho de que el art. 807 CC lo llame “heredero forzoso”.

¹³⁷³ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. cit. p. 76.

¹³⁷⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 475.

relevantes que presenta en la práctica la reducción de donaciones cuando el perjudicado que la solicita es el cónyuge supérstite. Problemas éstos que derivan todos, como se verá, de la especial naturaleza de la legítima viudal y de su configuración como un usufructo que, además, debe recaer sobre determinados bienes.

Antes de comenzar, conviene recordar que, como ocurre en todos los demás supuestos de reducción, el cónyuge supérstite podrá accionar cuando su legítima sea lesionada, esto es, cuando el causante haya realizado liberalidades *inter vivos* (o, para la reducción de legados, *mortis causa*) que impidan al cónyuge obtener un usufructo lo suficientemente amplio como para satisfacer su derecho.

3.1. La conmutación de la legítima viudal y su incidencia en la reducción de donaciones

Una de las notas más características de la legítima viudal, como ya se ha señalado, es su fácil conmutación¹³⁷⁵, tal y como se desprende del régimen jurídico establecido en los arts. 839 y ss. CCE. El derecho es dado a los herederos voluntarios, legales o forzosos que concurren en la sucesión con el cónyuge viudo.

Esta fácil conmutación va a tener, a nuestro juicio, una gran incidencia en los supuestos de reducción de donaciones, toda vez que la misma puede fundar que, especialmente en estos casos, sea más fácil una restitución *por equivalente económico* lo que, como se dirá, acabaría con gran parte de los problemas derivados de la configuración de la legítima viudal como un derecho real limitado¹³⁷⁶.

El art. 839 CC, en efecto, permite que por el solo acuerdo de los herederos (legitimarios o no), éstos puedan sustituir el usufructo viudal por una renta vitalicia, la asignación del producto de determinados bienes o por la propiedad de un capital efectivo

¹³⁷⁵ Que procede, según informa MASIDE MIRANDA, José Enrique. *Legítima del cónyuge supérstite*. cit. pp. 136-137, del art. 819 del *Codice civile* de 1865. En opinión de este autor, la magnífica acogida que la doctrina italiana dispensó a esta figura, permitió su expansión aceptación por otros países de tradición jurídica similar.

¹³⁷⁶ De esta opinión, BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 450, para quien el producto de la reducción habría de entregarse por equivalente económico en todos aquellos supuestos en los que se hubiera procedido, por los herederos o por el testador (en los supuestos del art. 841 y ss.) a la conmutación de la legítima.

o de bienes concretos. Modalidades éstas que, en realidad, no son más que una lista ejemplificativa, pudiendo admitirse otras formas de conmutar el usufructo viudal.

MASIDE¹³⁷⁷ sostiene que el fundamento objetivo de esta conmutación, especialmente rápida, sencilla y abierta si se la compara con la conmutación de la legítima de descendientes, se encuentra en el deseo que tiene el legislador de acabar lo antes posibles con todos los problemas que pueden derivarse de una situación de división entre el usufructo y la nuda propiedad de determinados bienes, con todo lo que ello conlleva para el tráfico jurídico.

De ahí que pueda defenderse que en los supuestos de legítima viudal sea más fácil que el donatario enerve la acción o cumpla con la obligación derivada de la sentencia entregando una cantidad de dinero, sin tener que soportar que los bienes que recibió del donante sean gravados, por virtud del ejercicio victorioso de la acción, con el usufructo viudal¹³⁷⁸.

Así, en todos los casos en los que los herederos, en ejercicio de su facultad, hayan decidido conmutar la legítima del supérstite, habría de reconocerle al donatario la facultad de enervar la acción entregando el *equivalente económico*, sin que el cónyuge pueda pretender (o exigir) la constitución de un usufructo total o parcial sobre el bien objeto de la donación. De lo contrario, se habría producido una conmutación parcial de la legítima del viudo.

Posibilidad ésta que tiene el donatario, a nuestro juicio, en todos los supuestos en los que, teniendo a su vez la condición de heredero, haya formado parte del acuerdo por el que se pactaba la conmutación de la legítima del supérstite. Del mismo modo, habrá que reconocerle la facultad de entregar el equivalente económico, incluso sin que medie pacto entre los restantes coherederos, cuando el donatario sea un legitimario y la mejora haya sido señalada en cosa cierta por acto lucrativo *inter vivos* (art. 829 CCE).

Esta posibilidad parece la más acorde con la *ratio* de la conmutación, que ya se ha señalado, pues acaba con todos los problemas derivados de una situación de división entre usufructo y nuda propiedad. Nótese que, de lo contrario, la reducción, en principio, habría de llevarse a cabo en usufructo, por lo que el donatario seguiría teniendo la nuda

¹³⁷⁷ MASIDE MIRANDA, José Enrique. *Legítima del cónyuge supérstite*. cit. p. 150.

¹³⁷⁸ Sin olvidar el posible juego del art. 821 CC.

propiedad del bien, quedando este, no obstante, gravado y (también) trabado por el derecho del viudo, que tampoco podría disponer del mismo.

Esta situación generaría un sinfín de problemas en la práctica y sería fuente de una gran litigiosidad, toda vez que donatario y cónyuge no tienen por qué conocerse ni mantener buenas relaciones.

Problemas éstos que se resolverían si se sigue nuestra argumentación, basada en la fácil conmutación de la legítima viudal. Así, habida cuenta de que la *ratio* de la conmutación de la legítima viudal descansa sobre la necesidad de evitar o acabar con los problemas derivados de una situación de usufructo, y si la facultad de conmutar reside en los destinatarios de los bienes hereditarios por voluntad del causante (nótese que el artículo 839 CCE da la facultad a los herederos, no a los legitimarios), no es descabellado señalar, habida cuenta de las similitudes, que la misma *facultas solutionis* puede asistir, en determinados supuestos, al donatario demandado en reducción, concurren o no en él las condiciones de heredero y/o legitimario. Y, yendo aún más allá, aunque los herederos no hayan procedido a la conmutación de la legítima viudal.

En efecto, también aquí surgirían toda una pléyade de problemas derivados de una reducción de la donación cifrada en usufructo, que acabaría provocando una situación de división entre usufructo y nuda propiedad, no querida, en la mayoría de los casos, por ninguna de las partes. Igualmente, nos encontramos aquí con un destinatario voluntario de los bienes (el donatario), que podría realizar una restitución *por equivalente*, a modo de conmutación del usufructo viudal, evitando todos los problemas derivados de la aplicación de aquél.

Siguiendo este esquema, queda salvaguardado el interés principal, que es el del legitimario, que a lo que tiene derecho es a que se respete el valor de su legítima y no a que ésta se cifre en un usufructo. Es más, seguramente, habida cuenta de la realidad social actual (criterio que, *ex art.* 3.1 CCE, debe ser tenido en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas), sea más cómodo para el cónyuge viudo (que es quien ostenta el interés superior que ha de ser protegido) que se le entregue una cantidad de dinero, de la que pueda disponer, a que se le otorgue un usufructo sobre bienes cuya propiedad ostentará un tercero, la mayoría de las ocasiones hostil al usufructuario.

En efecto, una de las particularidades de la legítima viudal, como ya hemos señalado, es su menor consistencia cualitativa, ya que esta se protege muy débilmente en

comparación con la de los restantes legitimarios. El legitimario cónyuge viudo no tiene derecho (siempre y en todo caso) a que su legítima se cifre en un usufructo sobre bienes de la herencia. Esto sólo será así cuando los herederos no pacten o acuerden la conmutación. A lo que tiene derecho el legitimario es a que se le abone el valor total de su legítima, en usufructo o en propiedad, pero nada más.

Habida cuenta de esto, sería posible, como se viene diciendo, reconocer la facultad de conmutación también al donatario, lo que no iría en contra de los intereses del legitimario y sí acabaría con muchos problemas de la práctica.

3.2. Bienes gravados y orden de reducción de donaciones

Cuando concurre con descendientes, la legítima viudal no sólo ha de cifrarse en un usufructo, sino que dicho usufructo ha de recaer sobre los bienes destinados a mejora (art. 834 CCE). Siendo esto así, aparece la duda de si, llegado el caso, habrían de reducirse primero, haciendo gracia del orden contenido en el art. 656 CCE, las donaciones imputadas a mejora (en la parte en que haya resultado a la postre inoficiosas), con independencia de la fecha o del momento en que se realizaron o de si existen donaciones posteriores a las mismas.

GARCÍA PÉREZ¹³⁷⁹ sostiene que esta cuestión puede tener dos soluciones muy distintas: la primera, que el usufructo recaiga únicamente sobre los bienes presentes en el caudal hereditario, con independencia de la porción a la que hayan sido imputados; la segunda, que se entienda que el usufructo ha de recaer sobre los bienes destinados a mejora y, en tal sentido, si no basta para satisfacerlo con los bienes presentes en el caudal, habrán de agredirse las donaciones que se hicieron en concepto de tal.

En función de la primera opción o solución, si en el caudal hubiera bienes bastantes para satisfacer el usufructo, sobre ellos habría de recaer el mismo, con independencia de si se imputaron a mejora o a libre (nunca a legítima, ya que esta ha de ser recibida por los descendientes libres de toda carga y gravamen *ex art.* 813 CCE). Quedarían a salvo, así, las donaciones realizadas en vida por el causante, incluso si fueron hechas en concepto de mejora (art. 825 CCE).

¹³⁷⁹ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. pp. 208 y ss.

Problema de esta primera solución es que se quiebra la *ratio* por la cual el usufructo viudal recae, en estos casos, sobre la mejora: que los destinatarios de la parte de libre la reciban, como su propio nombre indica, libre de también de toda carga o gravamen¹³⁸⁰.

La segunda solución, más rigorista, a nuestro juicio, que la primera, interpreta que el usufructo ha de recaer exclusivamente sobre los bienes destinados a mejora, lo que supone que, si no hay bienes suficientes en el caudal imputados a esta porción de la herencia, habrán de agredirse las donaciones que se hicieron en concepto de tal, de modo que el usufructo del viudo pueda recaer sobre todos los bienes destinados a mejora.

Tiene en su haber esta segunda solución que deja libre la porción de libre (valga la redundancia) para que sus destinatarios no vean complicada la atribución con todos los problemas derivados de una situación de usufructo. Sin embargo, provoca el problema, contrario al art. 820 CCE, de que habrá de accionarse en reducción aun cuando existan bienes en el caudal con los que satisfacer la legítima del viudo.

Esta parece la opción más acorde con la intención con la que el codificador decidió gravar la mejora con el usufructo viudal y que, a decir de ALONSO MARTÍNEZ, fue:

“Que el derecho de viudedad, tal como se organiza en el Código general, reviste principal, ya que no exclusivamente, el carácter de una pensión alimenticia, y la obligación de alimento de los padres es una carga sagrada para los hijos”¹³⁸¹.

En contra, SÁNCHEZ ROMÁN¹³⁸², para quien, en verdad, cuando existen descendientes y el caudal ha de ser dividido en tres grandes bloques (legítima, mejora y libre), el usufructo viudal únicamente puede recaer sobre la mejora. En efecto, el tercio llamado de legítima “estricta” no puede ser sometido a gravamen (art. 813 CCE) y el de libre disposición, por su parte, perdería este carácter si fuese gravado con un usufructo de origen legal. Así las cosas, únicamente puede imponerse el usufructo viudal sobre el tercio de mejora.

¹³⁸⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 166.

¹³⁸¹ ALONSO MARTÍNEZ, Manuel. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. cit. p. 296.

¹³⁸² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2*. cit. p. 841.

GARCÍA PÉREZ,¹³⁸³ en lo que a nuestro tema respecta, opta por hacer una interpretación rigorista del art. 834 CCE y por defender que, en defecto de voluntad expresa del causante, se ataquen preferentemente las donaciones que el causante hizo en concepto de mejora, por orden inverso al de su fecha (aplicación limitada del art. 656 CCE), dejando intactas donaciones posteriores pero que se imputaron a la parte de libre.

En este supuesto es como si hubiera dos órdenes en la reducción de donaciones, dependiendo del legitimario lesionado y de la imputación que se haga de la donación. Así, si los legitimarios son ascendientes o descendientes, se respetará el orden establecido en el art. 656 CCE. Por el contrario, si el legitimario lesionado es el cónyuge viudo y hay alguna donación imputada a mejora, en primer lugar se reducirá ésta, siempre en usufructo.

Sin embargo, a estas dos soluciones, podría añadirse una tercera, consistente en que la legítima viudal, en principio, habrá de recaer sobre los bienes que queden en el caudal hereditario (en efecto, y hasta que su legítima se concrete, a su pago están afectos *todos* los bienes *del caudal hereditario*). Si éstos no fueran suficientes para cubrir su usufructo, habría de procederse a la reducción de legados (primero) y de donaciones (después), siguiendo el orden establecido en el art. 820 CCE y en el art. 656 CCE, sin que el hecho de que la legítima viudal deba recaer sobre los bienes destinados a mejora (art. 834 CCE) sea suficiente para alterar el orden establecido en el art. 656 CCE.

Y esto porque, a nuestro juicio, no existe un derecho del cónyuge a que el usufructo recaiga sobre los bienes integrados en el tercio de mejora. Es ésta una previsión legal, supletoria de la voluntad del causante, que no crea un derecho para el legitimario (a modo de una especie de nueva intangibilidad cualitativa, cifrada en que el usufructo ha de recaer sobre los bienes destinados a mejora¹³⁸⁴), sino que pretende únicamente que la parte de libre disposición sea recibida por sus destinatarios sin ningún tipo de carga o gravamen¹³⁸⁵.

En efecto, el propio testador cumple su deber legitimario atribuyendo al cónyuge, bien el usufructo, bien la propiedad de cualesquiera bienes, por lo que, como decimos, no

¹³⁸³ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 210.

¹³⁸⁴ Señala SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2*. cit. p. 842, que la alusión al tercio de mejora es una “fórmula más cuantitativa que cualitativa, establecida por el arbitrio de la ley, según el criterio numérico de cantidad y proporción”.

¹³⁸⁵ Sin descartar ese carácter alimenticio del usufructo viudal, al que se refería ALONSO MARTÍNEZ, que se configura como deber de los hijos.

puede defenderse que el cónyuge tenga derecho a que el usufructo recaiga sobre los bienes de la mejora, sino únicamente a que los bienes sobre los que recaiga sean bastantes para cubrir su cuota.

Esto nos lleva a sostener¹³⁸⁶ que, en el mejor de los casos, lo que tiene el cónyuge es derecho a que el usufructo se sustancie sobre bienes hereditarios, siempre que éstos no caigan en la cuota de legítima estricta de otro legitimario. En realidad, si bien se mira, a lo único que tiene derecho el legitimario es a que se satisfaga el valor de su usufructo y no a que se graven determinados bienes concretos.

De ahí que pueda defenderse que su legítima habrá de satisfacerse, como la de los restantes legitimarios (*ex arts. 806, 813 y 820 CCE*), primero, con bienes del caudal hereditario; después, con los bienes que fueron objeto de donación (*arts. 636 y 654 y ss. CCE*), pero sin que deba alterarse el orden del *art. 656 CCE*.

Y esto porque si el legitimario no tiene derecho a que se graven bienes concretos (los destinados a mejora, en este caso), sino únicamente a que se cubra el valor de su cuota, no hay razón para alterar el orden de reducción de donaciones establecido en el Código civil. Por consiguiente, habrá de seguirse la misma sistemática que cuando el que acciona es un legitimario distinto del cónyuge viudo, con la particularidad, como ya se ha indicado, de que en este último caso pueda el donatario enervar la acción entregando en propiedad una cantidad de dinero.

XII. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO CIVIL ITALIANO

1. Renuncia

La renuncia es el acto o declaración unilateral por el que el legitimario manifiesta su voluntad, incondicional e irreversible, de no ejercitar, ni ahora ni en el futuro, la acción de reducción de donaciones inoficiosas. Para el caso que nos ocupa, y siempre que se cumplan los requisitos que se expondrán a continuación, poco importa (a efectos

¹³⁸⁶ Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. p. 166.

jurídicos) que dicha renuncia se haga libremente o por mediar algún tipo de contraprestación.

Esta renuncia a la acción no debe ser confundida con la renuncia a la herencia o a la legítima¹³⁸⁷. Y esto porque la renuncia a la acción de reducción supone, como se expresará más adelante, la previa aceptación de la legítima. Es precisamente esta legítima aceptada la que, al ser insuficiente para cubrir o satisfacer el derecho del legitimario, hace nacer el derecho de éste a reducir (en el orden establecido en el art. 820 CCE) las disposiciones gratuitas que el donante hubiese hecho y que excedieren de la parte de libre disposición.

Por el contrario, para quien renuncia a la legítima (renunciando, por ejemplo, al legado o a la institución de heredero por la cual se atribuye ésta) no nace el derecho a reducir dichas disposiciones, por lo que difícilmente podrá renunciar a él¹³⁸⁸.

En efecto, el legitimario que repudia su legítima pierde el derecho (si esta fuera o hubiese sido insuficiente) al complemento de la misma y, por consiguiente, difícilmente podrá ejercitar acción alguna destinada a este fin. En este caso, la renuncia a la legítima no extingue la acción de reducción, sino que impide que ésta llegue, si quiera, a nacer (al menos para el renunciante).

Igualmente, tampoco puede ser confundida la renuncia a la acción, cuyo efecto principal será, como se dirá más adelante, la extinción de la acción, con el no ejercicio de ésta. En efecto, en la medida que se trata de un derecho potestativo del legitimario¹³⁸⁹, éste puede decidir no ejercitarla sin renunciar a ella. Este *mero* no ejercicio no extingue la acción de reducción, que continúa vigente durante todo su plazo de ejercicio como uno de los instrumentos o medios que puede utilizar el legitimario lesionado para completar su legítima¹³⁹⁰.

¹³⁸⁷ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. p. 238.

¹³⁸⁸ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 537.

¹³⁸⁹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y los legados” en MONJE BALMASEDA, Oscar. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 918.

¹³⁹⁰ A este respecto, la STS num. 607/2007, de 15 de junio (RJ\2007\5122), señala que cuando una persona sea, a su vez, legitimario de dos causantes (lo que ocurrirá siempre en caso de legitimario descendiente) y la legítima se haya vulnerado por un mismo acto (una donación conjunta de los causantes, por ejemplo), el no ejercicio de la acción en la herencia de uno de los causantes no impide el ejercicio de la acción (si se dan los requisitos pertinentes) en la herencia del otro causante.

La renuncia a la acción, para ser válida y efectiva, ha de reunir toda una serie de requisitos:

1. Posterior a la muerte del donante. La renuncia válida a la acción de reducción debe realizarse siempre tras la apertura de la sucesión (art. 655.2 CCE, en relación con el art. 816 CCE)¹³⁹¹. En efecto, en la medida en que cualquier renuncia o transacción sobre esta acción va a tener una importante incidencia sobre la legítima (sobre el complemento de legítima, en realidad) que va a recibir el legitimario, hay que entenderla afectada por la prohibición de renuncia o transacción sobre la legítima futura que impone el Código civil (también en el art. 1271.II CCE).

Por consiguiente, solo tras la muerte del causante podrá el legitimario renunciar válidamente a la acción de reducción, entendiéndose nula cualquier renuncia que hubiese realizado con anterioridad. De igual modo, habrá de imputarse a la legítima del legitimario (en los mismos términos expresados en el capítulo 3) lo recibido a cambio de la transacción o renuncia en vida del causante.

Distinto es que, habiendo mediado esta renuncia o transacción, la misma sea confirmada tras la apertura de la sucesión.

En realidad, en la práctica, lo más habitual (y lo más sencillo, también) será la transacción extrajudicial entre legitimario y donatario, por el cuál éste entregará a aquél una cantidad de dinero, renunciando el primero a la acción, evitándose así, ambos, todos los inconvenientes derivado de un procedimiento judicial.

2. Previa aceptación de la legítima. Como se ha señalado *supra*, la acción de reducción y su ejercicio son un derecho potestativo del legitimario lesionado o perjudicado en su legítima. Y difícilmente podrá sufrir tal lesión quien renuncia a la misma, es decir, quien por propia voluntad no llega a adir nada de lo que le corresponde por este título.

Es por esto por lo que se señalaba que la renuncia a la legítima (en realidad, al título por el cuál ésta es deferida al legitimario) impide el nacimiento de la acción de reducción de donaciones inoficiosas en favor del renunciante.

¹³⁹¹ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 326. Para el Derecho italiano, el 2º *comma* del art. 557 *Codice civile* (en relación con el art. 458, que prohíbe todo tipo de pacto sucesorio). A este respecto, puede verse TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione *ex se*” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 561.

Por consiguiente, un requisito o presupuesto de la renuncia válida a la acción será la previa aceptación del título sucesorio (voluntario o legal) a través del cual se atribuye la legítima¹³⁹².

Esta previsión no se aplica, como veíamos en el apartado dedicado a la legitimación activa, al legitimario donatario.

3. Expresa o tácita. Así lo entiende parte de la doctrina italiana¹³⁹³, según la cual, en ausencia de norma específica, no puede exigirse que la renuncia a la acción tenga carácter expreso, pudiendo deducirse la misma de actos concluyentes. Así lo señala expresamente CANTELMO¹³⁹⁴, cuando, con apoyo en el art. 590 CCI dice que la renuncia a la acción puede ser deducida, por ejemplo, de la actuación del legitimario de ejecutar una disposición lesiva.

Este criterio es, no obstante, matizado por la Corte di Cassazione, que señala que no basta la mera ejecución de la disposición lesiva para entender renunciada la acción de reducción, sino que es necesaria que dicha renuncia pueda deducirse de manera inequívoca¹³⁹⁵.

4. Indivisible. No cabe una renuncia parcial al ejercicio de la acción de reducción, tampoco una renuncia condicional o a término.
5. No recepticia. La voluntad del legitimario que renuncia a la acción no necesita, para su validez, ser conocida por nadie. Si fueren varios los legitimarios lesionados en su legítima por la inoficiosidad de las liberalidades realizadas por el causante, la renuncia (como el ejercicio) corresponde individualmente a cada uno de ellos.
6. Libre o ad nutum. La renuncia a la acción de reducción no está sujeta a forma alguna¹³⁹⁶, por lo que puede hacerse de forma verbal o escrita.

¹³⁹² ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. p. 922.

¹³⁹³ A este respecto, puede verse CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. p. 562.

¹³⁹⁴ CANTELMO, V.E. “L’attuazione della tutela” en RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni*. cit. p. 539.

¹³⁹⁵ Cass. Civ. Sez. II, 5 gennaio 2018, num. 168 y el interesantísimo comentario que de la misma hace MASTROBERARDINO, Francesco. “Rimedi alla lesione della quota di legittima tra esecuzione volontaria e rinuncia all’azione di riduzione” en *Famiglia e Diritto*. Num. 8-9. 2018. pp. 760-769.

¹³⁹⁶ TULLIO, Antonio. “L’azione di riduzione. L’imputazione ex se” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 562.

7. Irrevocable. La renuncia a la acción de reducción de donaciones tendrá carácter irrevocable (art. 997 CCE). Una vez expresada su voluntad de renunciar efectivamente al ejercicio de la acción, el legitimario no puede desdecirse.

Lo dicho se refuerza si se tiene en cuenta que también para el Derecho italiano la renuncia a la acción tiene carácter irrevocable¹³⁹⁷. Afirmación ésta no superflua, ni baladí, toda vez que el *Codice civile* (art. 525) permite revocar la previa renuncia a la herencia, siempre que no hayan pasado diez años desde la apertura de la sucesión y no la haya aceptado ninguno de los restantes llamados¹³⁹⁸. Revocación ésta que no se aplica a quien ha renunciado a la acción de reducción.

En tanto que declaración de voluntad, la renuncia a la acción de reducción por inoficiosidad de donaciones podrá ser impugnada si adoleciera de alguno de los vicios que anulan el consentimiento (art. 997 CC, en relación con el art. 1265 CC).

La renuncia válidamente realizada, conforme a los requisitos señalados, va a tener un efecto distinto sobre la acción (abstractamente considerada) según sea realizada por todos o parte de los legitimarios. En efecto, al estar configurada como acción de ejercicio personal, la misma sólo se extinguirá (en abstracto) si es renunciada por todos los legitimarios.

Así, si es un legitimario el que renuncia, o varios, pero no todos, pervive la acción, pero queda cerrada, para los renunciantes, la posibilidad de su ejercicio. Esto es, la acción se extingue *solo* para los renunciantes (consecuencias de su carácter personal), pero no para los restantes, por lo que las donaciones realizadas en vida por el causante seguirán siendo (potencialmente) impugnables.

En el supuesto distinto de que sean todos los legitimarios los que renuncien a la acción (en un mismo acto o de manera independiente y autónoma los unos de los otros), la misma se entenderá extinguida, desaparecida del mundo jurídico, perdiéndose toda posibilidad de que las donaciones sean reducidas¹³⁹⁹.

¹³⁹⁷ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 211.

¹³⁹⁸ Se ajusta esta disposición, sin paralelo en el Derecho español, al Derecho romano, según nos dice D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. p. 324, al sostener que la declaración de repudiar la herencia podía quedar sin efecto por una posterior *cretio*.

¹³⁹⁹ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. p. 562.

2. Plazo para el ejercicio de la acción

La otra causa de extinción de la acción, además de la renuncia, como ocurre con la mayoría de las acciones, es el transcurso del plazo para el ejercicio de la misma. Esta afirmación, sencilla *a priori*, se vuelve problemática toda vez que el Código civil no contiene ninguna previsión expresa en torno al plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones.

La doctrina, por su parte, se halla dividida en cuatro posiciones claramente diferenciadas y, hasta cierto punto, antagónicas. Cada una de ellas aplica a la acción de reducción plazos distintos que, sin embargo, en la actualidad, son muy parecidos, centrándose la polémica, al menos ahora, más en la norma a aplicar que en la extensión del plazo en sí.

1. Plazo del art. 1964.2 CCE. La primera tesis doctrinal opta por aplicar a la acción de reducción de donaciones el plazo de prescripción contenido en el art. 1964.2 CCE, que es el que corresponde a las “acciones personales que no tengan plazo especial” señalado. En virtud de esta norma, el plazo de prescripción será de cinco años.

De esta opinión son, entre otros, ALBALADEJO¹⁴⁰⁰, PUIG PEÑA¹⁴⁰¹ y, más recientemente, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁴⁰². La base argumental de esta tesis la ofrece ROCA SASTRE¹⁴⁰³, para quien la dicción del art. 1964.2 CCE es lo suficientemente clara como para que no quepa la aplicación analógica de ningún otro precepto ya que, a su juicio, no existe en el ordenamiento (para este caso) laguna normativa alguna que permita (o justifique) el juego de la analogía (art. 4.1 CCE).

2. Plazo del art. 1299.I CCE. La segunda solución o corriente doctrinal opta por aplicar a la acción de reducción de donaciones el plazo establecido para la acción rescisoria que, en virtud del artículo citado, es de cuatro años.

¹⁴⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 867.

¹⁴⁰¹ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V*. cit. p. 411.

¹⁴⁰² TORRES GARCÍA, Teodora F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. “La legítima en el Código Civil (I)”. en TORRES GARCÍA, Teodora F. *Tratado de legítimas*. cit. p. 60.

¹⁴⁰³ ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto*. cit. p. 163.

Se basan los autores aquí situados en la proximidad que existe (y que se señalaba en el capítulo 2), por la naturaleza jurídica, configuración y juego de la acción de reducción, entre ésta y la acción rescisoria.

Es ésta la tesis defendida, entre otros, por CASTÁN¹⁴⁰⁴, PUIG BRUTAU¹⁴⁰⁵, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI¹⁴⁰⁶, LLEDO YAGÜE¹⁴⁰⁷, DE LOS MOZOS¹⁴⁰⁸ o ALBIEZ DOHRMANN¹⁴⁰⁹.

3. Plazo del art. 646 CCE. La tercera solución ofrecida por la doctrina¹⁴¹⁰ consiste en aplicar a la acción de reducción de donaciones el plazo de prescripción del art. 646 CCE, que es de cinco años.

La *ratio* o base argumental de esta solución es, en realidad, la misma que la del caso anterior: por la cercanía o similitud entre la acción de reducción con otra acción distinta, que justificaría el recurso a su régimen jurídico para suplir o llenar las posibles carencias o lagunas encontradas en el régimen de la acción de reducción.

Si en el caso anterior se ponía el acento en las semejanzas entre la acción rescisoria y la acción de reducción, ahora se señalan las similitudes entre la acción de reducción y la de revocación por superveniencia o supervivencia de hijos.

Es ésta la postura seguida por LACRUZ/SANCHO¹⁴¹¹, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN¹⁴¹² y O'CALLAGHAN MUÑOZ¹⁴¹³, entre otros.

Éste parece ser, además, el criterio seguido por la jurisprudencia. Así, entre otras, la STS de 12 de julio de 1984 (RJ 1984\3944), Cdo. 3º, cuando señala que “el plazo de ejercicio de la acción ciertamente ejercitada no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del

¹⁴⁰⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo IV.* cit. p. 254.

¹⁴⁰⁵ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II.* cit. p. 96.

¹⁴⁰⁶ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. *Curso de Derecho Hereditario.* cit. p. 207.

¹⁴⁰⁷ LLEDO YAGÜE, Francisco. *Derecho de sucesiones.* cit. p. 177, por su cercanía con la acción rescisoria.

¹⁴⁰⁸ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código civil.* cit. p. 416.

¹⁴⁰⁹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 5001.

¹⁴¹¹ Aquí LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II.* cit. p. 164.

¹⁴¹² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV.* cit. p. 179.

¹⁴¹³ . O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo II.* cit. p. 433.

mismos según los términos del art. 1964, cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652 o acaso mejor el de cuatro años del 1929 y más próximamente aún el de cinco años del 646 que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón por lo que procedería su aplicación analógica”.

Igualmente, la STS de 4 de marzo de 1999 (RJ\1999\1401), que, en su FD 2º, se expresa del siguiente modo: “el plazo de ejercicio de la acción de reducción tiene solución dentro de la regulación legal de las donaciones, atendiendo a la letra del párrafo 2º del art. 654, según la cual “para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este Capítulo...”. Aplicando analógicamente las normas contenidas en el capítulo de revocación de donaciones, llega el Tribunal a la revocación por superveniencia y aplica este plazo de 5 años¹⁴¹⁴.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ¹⁴¹⁵ critica, no obstante, esta aplicación analógica del plazo de ejercicio de la revocación por superveniencia de hijos a la acción de reducción de donaciones inoficiosas. Y esto porque, según ella, no cabe la analogía por no existir identidad de razón (exigida por el art. 4.1 CCE).

En efecto, el plazo del art. 646 CCE se otorga al propio donante, como oportunidad para arrepentirse o corregir la donación realizada en base a las nuevas circunstancias familiares sobrevenidas. Es decir, es un plazo que se concede al propio donante para corregir lo hecho por él mismo, y no porque cause lesión alguna a su patrimonio o a terceros, sino porque éste entienda que necesita una mayor fortaleza patrimonial para hacer frente a la situación creada por la supervivencia o superveniencia del hijo.

Sin embargo, en los supuestos de reducción el plazo no se da al propio donante, sino a los legitimarios de éste, con el fin de que puedan deshacer lo hecho por aquél sobre la base de que lesiona o minora sus derechos legitimarios. Y esta

¹⁴¹⁴ Más recientemente, puede encontrarse este mismo criterio en la llamada jurisprudencia “menor”. Como ejemplo, pueden citarse la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de junio de 2005 (AC2005\1132), FD 3º y la SAP de Málaga de 23 de septiembre de 2013 (JUR\2013\377509), FD 3º.

¹⁴¹⁵ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia. “Legítimas y libertad de disposición del causante”. *Diario La Ley*. nº 8865. 2016. Recurso electrónico (https://diariolaley--laleynext--es.us.debiblio.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE1O0UrEMBD8mstLQdI7Ue4hL7Uvgoho8X2b7LXh4kazm3r9e_esDy4MOzDDzHxVLOuAF3EFQ_U-7qq1pwM1AZuQCXzMhNxEyqeonIENr5Rp_XBDqWgERnZ2d-9bxd6Alwqz97dXnlccIDRWZNLwNKtyiQLpFdk17aG5_z9DEucQLSmg7JlxhBcP1i9_eFo745mwcJqcO9xQhI0c5zmJ4VsfkYofn6BCd0jXVfeAH9eTKKzDnn7Ff8buyqiYaPQphmf9Pcg-AAJKfzN-AGTgDEDGgEAAA==WKE) recuperado el día 17 de marzo de 2020.

lesión sólo será posible conocerla, como se decía en el capítulo 3, una vez realizadas las operaciones de cálculo y determinación de la legítima.

En conclusión, que las condiciones y sujetos del plazo del art. 646 CC distan mucho de la reducción de donaciones, por lo que no parece que ésta sea la norma a la que pueda acudir para determinar el tiempo de ejercicio de la acción de reducción.

4. Plazo de la acción de petición de herencia. La cuarta tesis o corriente doctrinal, minoritaria¹⁴¹⁶, defiende la equiparación entre el plazo de ejercicio de la acción de reducción y el de petición de herencia.

Al contrario que las dos corrientes anteriores, que buscaban semejanzas entre la acción de reducción y otras acciones para aplicar, analógicamente, el plazo de ejercicio de éstas; la corriente doctrinal ahora explicada se basa en una concepción de la legítima como llamamiento autónomo que otorga al legitimario la condición de heredero.

Así las cosas, la legítima, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, sería *cuota hereditatis*, por lo que las acciones dirigidas a obtener su complemento habrían de gozar del mismo plazo de ejercicio que tiene la acción de petición de herencia. Sin embargo, es ésta una postura cargada de polémica: en primer lugar, parte del presupuesto de que la legítima es *pars hereditatis*, lo que, como se señalaba en el capítulo 2, no es ni unánime, ni pacífico; en segundo lugar, equipara todas las acciones, de petición y de complemento, lo que no hace el legislador, que establece para las mismas plazos distintos, toda vez que tienen finalidades diferentes.

En efecto, la finalidad de la *petitio haereditatis* no es otra que obtener que el sucesor universal obtenga la herencia que le corresponde y, por consiguiente, es comprensible que se le otorgue el plazo más amplio posible. Pero este no es el supuesto de la acción de reducción.

Por nuestra parte, hemos de señalar que toda esta polémica en torno al plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones queda, en gran medida, estéril desde la reforma operada en el Código civil por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya Disposición Transitoria 5ª

¹⁴¹⁶ Puede verse en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada*. cit. pp. 233-234.

reduce el plazo de prescripción del art. 1964.2 CCE de 15 a 5 años. Y esto porque entendemos que gran parte de las reticencias que tenía la doctrina para aceptar el plazo contenido en dicho artículo era la duración del mismo, lo que llevaba a determinados autores a buscar, basándose en la proximidad de la acción de reducción con alguna otra, plazos de más corta duración.

En efecto, antes de la reforma, existía una gran diferencia entre aplicar el plazo del art. 1964.2 CCE, que era de 15 años, o aplicar los de los arts. 1299.1 o 646 CCE, que eran, respectivamente, de cuatro y cinco años. Sin embargo, ahora, operada la reforma, todos los plazos se vuelven (casi) idénticos, por lo que, con independencia de la opción que se elija, puede afirmarse que, salvo que se opte por la cuarta tesis doctrinal, la acción de reducción nunca tendrá un plazo de ejercicio superior a los cinco años.

Es por ello que, a nuestro juicio, parece lo más razonable aplicar el plazo del art. 1964.2 CCE, toda vez que, en efecto, la acción de reducción de donaciones inoficiosas es una acción personal que no tiene señalado un plazo especial para su ejercicio, por lo que coincide plenamente con el supuesto de hecho de esta norma (lo que, en nuestra opinión, impide o evita el posible juego de la analogía), haciendo artificial cualquier otra elucubración doctrinal.

Es éste un problema (el del plazo de prescripción de la acción de reducción) que no existe en Derecho italiano, toda vez que *ex art. 2946 CCI*, la doctrina¹⁴¹⁷ le atribuye un plazo de diez años.

La solución dada por la doctrina italiana, no obstante, puede servir para reforzar la conclusión alcanzada por nosotros de que el plazo de ejercicio aplicable a la acción de reducción es el del 1964.2 CCE. En efecto, el art. 2946 CCI puede ser reputado (sin serlo) una norma paralela al art. 1964.2 CCE, toda vez que ambas normas se refieren genéricamente a la extinción de derechos (o prescripción de acciones) que no tengan previsto un plazo especial por norma específica.

Dicho con otras palabras: en ausencia de un plazo específico, la doctrina y la jurisprudencia italiana han aplicado a la acción de reducción el plazo genérico de extinción. Y esto pese a las semejanzas que la acción de reducción pueda tener con otras presentes en el ordenamiento. El mismo procedimiento podría seguirse (habría de seguirse) en el caso del Derecho español, toda vez que en el mismo existe una norma

¹⁴¹⁷ Por todos, NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 117.

genérica que establece la prescripción de las acciones personales que no tienen señalado plazo especial.

Lo dicho nos refuerza en la aplicación del art. 1964.2 CCE que, con toda seguridad, y después de la reforma operada en 2015, será aquél que aplique la jurisprudencia en sus próximos pronunciamientos¹⁴¹⁸.

El término inicial de dicho plazo será, habitualmente, el día de la apertura de la sucesión. No obstante, como señalan ALBALADEJO/DÍAZ, pueden existir supuestos en que el término inicial deba ser otro como, por ejemplo, cuando el legitimario nazca póstumamente¹⁴¹⁹.

Respecto a si se trata de un plazo de caducidad o prescripción, ALBALDEJO¹⁴²⁰ opta por la prescripción, habida cuenta de que de esta naturaleza son los plazos de los derechos patrimoniales (además, señala, cuando el plazo es de caducidad se hace constar expresamente).

De la misma opinión es ALBIEZ DOHRMANN¹⁴²¹, si bien él defiende que la prescripción sólo es válida cuando el plazo sea de corta duración, en caso contrario, habrá de optarse por la caducidad.

La STS de 4 de marzo de 1999 (RJ1999\1401), ya citada, entiende que el plazo es de caducidad. Se basa, como para la determinación del cómputo y extensión del mismo,

¹⁴¹⁸ Pues no se nos oculta que, como se ha indicado, la verdadera razón (de carácter no jurídico) que se oponía a la aplicación de dicho plazo no era otra sino la extensión del mismo (15 años, según la redacción anterior).

¹⁴¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 868.

A este respecto, es interesante señalar la SAP de las Islas Baleares de 2 de diciembre de 2002 (JUR\2003\92233) que establece que, cuando el testamento contenga una *cautela socini* que impida atacar las disposiciones testamentarias, so pena de quedar reducido a legítima estricta, el plazo empezará a contar a la muerte del cónyuge a cuyo favor se haya constituido el usufructo (FD 2º).

Sobre el inicio del plazo y el *dies a quo* cuando la determinación de la filiación tiene lugar con posterioridad a la apertura de la filiación y su posible interacción con la prescripción extintiva y adquisitiva, puede verse ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Igualdad por razón de filiación y derecho de sucesiones” en *Actualidad jurídica iberoamericana*. N° 10. 2019. p. 354 (las reflexiones de este autor se vierten sobre la acción de petición de herencia y de rescisión por lesión de la partición, pero son aplicables, también, a otras acciones de naturaleza sucesoria).

¹⁴²⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 1652.

¹⁴²¹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *El patrimonio sucesorio*. cit. p. 923.

en la semejanza existente entre la reducción de donaciones y la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos del art. 644 CCE. A mayor abundamiento, alega el Alto Tribunal razones de seguridad jurídica al afirmar que “con la reducción se pretende dejar sin efecto desde la muerte del causante, en todo o en parte, una donación que ha devenido inoficiosa, en otros términos, una alteración de una situación jurídica actual, que por motivos de seguridad del tráfico no interesa dejarla en una provisionalidad larga, sino en que aquélla, o la nueva situación, queda consolidada e inatacable. No lo consigue la prescripción, susceptibles de interrupciones ilimitadas temporalmente”.

CAPÍTULO QUINTO

MODOS DE REDUCIRSE DE ALGUNAS DONACIONES CONCRETAS EN EL DERECHO ESPAÑOL COMÚN

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. DONACIONES MODALES O CON CARGA. 1. Concepto, régimen jurídico y naturaleza. 2. Reducción de la donación modal. 3. La valoración de la carga o gravamen. 4. El modo imposible, indeterminado o ilícito. 5. El incumplimiento de la carga o gravamen. III. DONACIONES REMUNERATORIAS. 1. Concepto. 2. Naturaleza y régimen jurídico. 3. La valoración del servicio prestado. 4. La donación hecha a profesional por servicios prestados en el ámbito de su actividad profesional. IV. DONACIÓN POR MÉRITOS. 1. Concepto. 2. Naturaleza y régimen jurídico. Consecuencias para la reducción. V. DONACIÓN CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN. 1. Concepto. La especificidad de la reversión. 2. Efectos de la reversión. Su incidencia sobre la reducción. 2.1. Reversión pactada en favor del donante. 2.2. Reversión pactada en favor de un tercero. VI. DONACIÓN CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER. 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Características propias de la facultad de disponer. 4. La reducción de la donación con reserva de la facultad de disponer. VII. DONACIÓN DE BIENES FUTUROS. 1. La prohibición de donar bienes futuros. 2. La donación de bienes futuros del art. 1341.II CCE. 3. La reducción de la donación de bienes futuros del art. 1341.II CCE. VIII. LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA* EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMÚN. 1. Cuestión previa. 2. Concepto y características. 3. Reducción. IX. LOS REGALOS DE BODA CONSISTENTES EN JOYAS, VESTIDOS O EQUIPO. 1. El concepto de “regalo de boda” a efectos del art. 1044 CCE. 2. La reducción del regalo de boda consistente en joyas, vestidos y equipo. X. LAS LLAMADAS LIBERALIDADES DE USO. 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Régimen jurídico. 4. Reducción. XI. LOS CONTRATOS GRATUITOS. 1. Concepto y deslinde con la donación. 2. Reducción. XII. DETERMINADOS SUPUESTOS ESPECIALES. 1. El *negotium mixtum cum donatione*. 1.1. Concepto. 1.2. Naturaleza y régimen jurídico. 1.3. Reducción. 2. El contrato de vitalicio. 2.1. Concepto. 2.2. Naturaleza y régimen jurídico: deslinde con la donación modal. 2.3. Reducción. 3. El contrato de seguro de vida con beneficiario distinto del tomador. 3.1. Concepto. 3.2. Reducción.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Objeto de reducción serán, o podrán ser, principalmente dentro del Derecho español común, todas las donaciones realizadas en vida por el causante¹⁴²², sean sus beneficiarios familiares o extraños, siempre que no se imputen a la legítima de ningún legitimario¹⁴²³ y que se denuncie (y se declare judicialmente) la inoficiosidad de las mismas, una vez probado que los bienes relictos no bastan para cubrir la legítima¹⁴²⁴ (tal se deduce del art. 636 CC, que prohíbe dar o recibir “por donación”, sin hacer referencia o exclusión de clase alguna¹⁴²⁵).

Es ésta una regla general que, en opinión de ALBALDEJO/DÍAZ¹⁴²⁶, no conoce excepciones (en Derecho italiano, ha de estarse, entre otras consideraciones, a lo previsto en el art. 768 *quater*, 4º comma, CCI), pues, en opinión de estos autores, cuando el Código civil español común determina que un acto concreto no puede ser reducido, no es porque establezca una excepción a la regla general, sino porque no considera donación a dicho acto.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la donación no es un acto/negocio uniforme¹⁴²⁷ y que en el Código civil español común, al igual que ocurre en el Código civil italiano, se contienen diferentes tipos de donaciones¹⁴²⁸ [la donación modal, remuneratoria y por méritos (arts. 619 CCE/770 y 793 CCI); la donación *mortis causa* (arts. 620 CC); la donación con cláusula de reversión (arts. 641 CCE/791 CCI); la donación con reserva de la facultad de disponer (arts. 639 CCE/790 CCI); la donación *propter nuptias* (arts. 1336 y ss. CC/785 CCI)...] y que, por consiguiente, la reducción se efectuará de modo distinto según el tipo o clase de donación sobre la que recaiga. Lo que planteará un serio problema, toda vez que el Código civil español común, por regla

¹⁴²² Posición discrepante, como ya se señalaba en el capítulo 3, mantiene PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V.* cit. p. 401. En el caso del Derecho italiano, el art. 768 *quater*, 4º comma, CCI establece que lo recibido por los contratantes como consecuencia del *patto di famiglia* no estará sujeto a reducción.

¹⁴²³ Pues la donación imputada a legítima no será reductible *ex art.* 636 CCE.

¹⁴²⁴ Art. 820 CCE que exige, además, en aplicación del principio de subsidiariedad explicado en el capítulo anterior, que con carácter previo a la reducción de donaciones se lleve a cabo, cuando existan, la reducción de los legados.

¹⁴²⁵ Y donde *lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

¹⁴²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación.* cit. p. 872.

¹⁴²⁷ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II.* cit. p. 68.

¹⁴²⁸ NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas.* Madrid: Trivium. 1998. p. 18.

general, no establece cómo deba llevarse a cabo la reducción según el tipo de donación de que se trate¹⁴²⁹.

Serán también reductibles los actos asimilados o asimilables a la donación, de los que ya hablamos en el capítulo 2. Especialmente entre éstos ha de atenderse tres:

Primero, a la condonación de deuda¹⁴³⁰, a la que el art. 1187 CCE, en su párrafo segundo, somete expresamente “a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas”, por lo que debe concluirse que también se está aquí ante un acto/negocio reductible, que entrará a formar parte del orden de prelación de donaciones a los efectos del art. 656 CCE. Y esto tanto si es expresa como si es tácita.

Segundo, si existiera alguna diferencia con la condonación¹⁴³¹, a la donación liberatoria, admitida por el Código civil español común (e italiano) cuando habla de “acto de disposición”, pues esta disposición lo mismo puede ser para transmitir un derecho que para extinguir un crédito que el donante tuviera contra un tercero (el donatario, en este caso). Así lo señalan, comentando el art. 769 CCI, CAPOZZI, FERRUCCI y FERRENTINO¹⁴³², cuando dicen que:

“La liberazione gratuita, fatta *animo donandi* e contrattualmente, rientra senza dubbio nella generale previsione dell’art. 769, perché si dispone di un diritto a favore di un determinato soggetto, contemporaneamente liberandolo da un obbligo su di lui gravante”.

Consideraciones éstas que pueden ser aplicadas, *mutatis mutandi*, al art. 618 CCE, toda vez que, si bien esta norma no señala tan paladinamente el carácter contractual de la donación, sí que define la misma, al igual que hace el art. 769 CCI, como un “acto de disposición”.

En efecto, en la donación liberatoria se dan todos los requisitos esenciales de la donación: (i) el ánimo de liberalidad y (ii) el enriquecimiento del donante y el correlativo empobrecimiento del donatario.

¹⁴²⁹ Limitándose todo lo prescrito por él, cuando son varias las donaciones reductibles, al orden cronológico fijado en el art. 656 CCE y a lo señalado en el art. 1044 CCE sobre regalos de boda.

¹⁴³⁰ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 131.

¹⁴³¹ ESPÍN, Diego. *Manual de Derecho civil español. Volumen III.* cit. p. 590, llama “donación liberatoria” a la condonación de deuda, toda vez que consiste en la “extinción de una obligación preexistente”.

¹⁴³² CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II.* cit. p. 1599.

Tercero, a la llamada renuncia traslativa a un derecho previamente adquirido en favor de persona designada por el renunciante, que, al igual que ocurría con la condonación y la donación liberatoria, va a ser un acto/negocio reductible. Y esto porque, como señala MANRESA¹⁴³³, participa de las características esenciales de la donación: ser acto gratuito y suponer un beneficio/enriquecimiento para el beneficiado por la renuncia y un perjuicio/empobrecimiento para el renunciante¹⁴³⁴.

No será reductible, ni asimilable a la donación, por el contrario, la llamada “renuncia abdicativa”, esto es, la conocida como *omissio adquirendi*, aunque dicha renuncia beneficie a otros terceros que puedan aprovecharse de la misma. Y esto porque, en aplicación del concepto de donación que venimos manejando, la misma va a exigir, como se subrayaba en el capítulo 2, no sólo el enriquecimiento del donatario (que se da en este caso), sino el *correlativo* empobrecimiento del donante, que no se da en la renuncia abdicativa, toda vez que, en la medida en que no se llega a adquirir el derecho del que se trata, no puede decirse que haya salido ningún bien del patrimonio del repudiante. Al no existir, como se dice, este empobrecimiento, no se da uno de los requisitos esenciales de la donación y, por consiguiente, tal acto no puede ser asimilado a dicho negocio jurídico, ni puede ser, por tanto, impugnado por inoficioso ni reducido¹⁴³⁵. Tampoco se produce en este caso el “acto de disposición” del que habla el art. 618 CCE/769 CCI.

Tampoco será reductible, para el Derecho español común, la mera promesa de donación pues, por su propia naturaleza, no supone salida de bien alguno del patrimonio

¹⁴³³ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 132.

¹⁴³⁴ Un ejemplo de este tipo de renuncia se encuentra en el art. 1000.2º CC

¹⁴³⁵ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 132. En efecto, el bien o derecho nunca llega a entrar en el patrimonio del repudiante (entendiéndose por tal el que se limita a no adquirir el derecho que se le ofrece, sin señalar beneficiario o destinatario del mismo), por lo que no puede formar parte, en ningún caso, ni como *relictum*, ni como *donatum*, del patrimonio del causante. Y esto porque la inclusión en el *donatum* exige que el bien haya “salido” del patrimonio del *de cuius* a título “gratuito”, lo que no ocurre en este caso. En efecto, en este supuesto lo que ocurre es que el bien no llega a entrar en el patrimonio del causante. Un ejemplo de este tipo de renuncia la encontramos en el art. 1000.3º CC *in fine*.

del donante [STS num. 265/2019, de 10 de mayo (RJ\2019\1910), FJ 5^o¹⁴³⁶] y, por consiguiente, difícilmente podrá ser lesiva para los derechos de los legitimarios¹⁴³⁷.

Discrepa PUIG BRUTAU¹⁴³⁸, para quien la verdadera promesa de donación (distinta del anuncio de donación o de la mera comunicación de la intención de donar más adelante) es una donación efectiva, toda vez que crea o genera para el donante promitente la obligación de entregar el bien o derecho prometido y, correlativamente, un derecho de crédito en favor del donatario promisorio. Así, según este autor, ofrecida la donación (bajo forma de promesa) y aceptada ésta, surge un verdadero negocio obligacional, asimilable a la donación.

PUIG BRUTAU no se pronuncia sobre la posible reducibilidad de esta promesa de donación, pero debe concluirse que, según él mismo señala, en la medida en que existe para el donante promitente la obligación de entrega de la cosa, la misma pasará (siguiendo las reglas generales de la sucesión *mortis causa ex art. 659 CCE*) a los sucesores de éste y podrá ser exigida y reclamada por el donatario promisorio, incluso tras la muerte del promitente.

En este supuesto, quizá la reducción de donaciones adopte, para los legitimarios, si son también herederos del donante promitente y, por consiguientes, obligados a entregar la cosa prometida, la forma procesal de reconvencción, toda vez que, frente a la pretensión del promisorio de que le sea entregado el bien objeto de la donación prometida, los legitimarios sucesores podrán oponer que la donación (aún la prometida) era lesiva de sus

¹⁴³⁶ Llega a afirmar que esta figura se sitúa “al margen de nuestro ordenamiento jurídico”.

Mismo criterio jurisprudencial encontramos en sentencias anteriores. Pueden citarse, por todas, la STS num. 97/1996, de 16 de febrero (RJ\1996\1257), en su FJ 2º, y, sobre todo, la STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ\1995\9396), en su FJ 2º, en el que señala que la promesa de donación, aun cuando pueda ser calificada de precontrato, no obliga a nada: “en este caso tenemos que coincidir con la mayoritaria doctrina y entender que el donante que prometió informalmente donar, está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no ha donado” (óbito).

Más adelante, ya integrando la *ratio decidendi*, dentro del mismo fundamento jurídico, señala: “la promesa bilateral de donar inmuebles, aceptada por el donatario, o es ya en sí mismo una donación perfecta, o no puede determinar en el futuro la obligación de realizar una donación. Así pues, la simple promesa, como obligación de realizar una donación de inmuebles en el futuro, no es admisible en nuestro derecho”. Y un poco más adelante aplica este criterio, también, a la donación de bienes muebles: o es donación de presente o no genera obligación alguna para el donante.

¹⁴³⁷ De esta opinión, VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre donaciones*. cit. p. 289, para quien la promesa de donación derivaría en una donación hecha por obligación, lo que es contrario a la propia esencia de este acto/negocio.

¹⁴³⁸ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. cit. 68.

derechos y que éstos quedarían mermados si la cosa se entregara, total o parcialmente, al donatario promisorio.

En otro caso, esto es, cuando los legitimarios no sean sucesores, habrán de actuar contra el donatario promisorio cuando éste se convierta en donatario efectivo. Es decir, cuando el sucesor del donante promitente le haya entregado el bien objeto de la donación prometida y (ahora) consumada.

En estas consideraciones, nos parece, como expresaremos mejor más adelante, PUIG BRUTAU no deslinda adecuadamente la promesa de donación de la donación obligacional.

Las consideraciones anteriores son aplicables al ordenamiento español común, pues ya vimos en el capítulo 2 que parte de la doctrina italiana¹⁴³⁹ no acepta la promesa de donación, sobre la base que, en este caso, si efectivamente el promitente se obliga a donar, no podría actuar – posteriormente – *nullo iure cogente*, por lo que el acto subsiguiente no podría ser calificado de donación a los efectos del art. 769 CCI.

Semejante problema encontramos, dentro del ordenamiento español común, con la llamada “donación obligacional”, cuya admisión es discutida por la doctrina española, toda vez que el art. 618 CCE define la donación como “acto de disposición” actual y presente (como hacía el art. 1050 del Código civil italiano de 1865), lo que, *prima facie*, parece descartar toda donación que tenga por objeto la asunción de una obligación por parte del donante¹⁴⁴⁰. La cuestión, sin embargo, no es pacífica en la doctrina española y el debate es candente¹⁴⁴¹.

En realidad, esta cuestión está coligada y dependerá en gran medida de la naturaleza que se impute a la donación. Si se la entiende como contrato, difícilmente podrá obstar a la admisión de una donación de carácter obligacional (art. 1089 CCE)¹⁴⁴²; si, por el contrario, se defiende su naturaleza de acto autónomo, separado y distinto del contrato¹⁴⁴³,

¹⁴³⁹ Sobre el particular, AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 778. Nota 3.

¹⁴⁴⁰ Tampoco aceptaba la doctrina italiana la validez de la donación obligatoria bajo la vigencia del art. 1050 CCI de 1865. PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1924.

¹⁴⁴¹ Al respecto, puede verse DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil*. cit. p. 39.

¹⁴⁴² Así, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al art. 618” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 1573.

¹⁴⁴³ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. cit. p. 4715.

habrá más argumentos para proscribir la donación obligacional (como, por ejemplo, la ya citada mención del art. 618 CCE; o la prohibición de donar bienes futuros del art. 635 CCE...).

No ocurre lo mismo, como decíamos en el capítulo 2, en el Derecho italiano, en el que el art. 769 CCI, debido a la naturaleza contractual que imputa a la donación, admite sin mayores problemas la existencia de la donación obligacional (“o assumendo verso la stessa un’obbligazione”).

Y esto porque, en estos casos, señala la doctrina¹⁴⁴⁴, se dan tanto el elemento objetivo como el subjetivo de la donación. En efecto, se produce el enriquecimiento del donatario (con el correlativo empobrecimiento del donante) por la adquisición de un derecho de crédito contra el donante (elemento objetivo) y también en este caso actúa el donante sin ser compelido por obligación alguna de ningún tipo (elemento subjetivo).

No es pacífico si, como señalábamos en el capítulo 2, la donación puede tener por objeto todo tipo de obligación (de dar, hacer o no hacer) o únicamente una obligación de dar¹⁴⁴⁵, pero no hay controversia en torno a su admisibilidad o no.

Solución ésta que, por más atractiva que parezca, no puede ser aplicada *in toto* al ordenamiento español. Y esto porque (i) obsta la dicción literal del art. 618 CCE que, al contrario de su homólogo italiano, se refiere únicamente a disposiciones de presente, sin hacer referencia a la donación obligacional; (ii) no es pacífico doctrinal ni jurisprudencialmente (como se señaló en el capítulo 2) que el Derecho español común configure la donación como contrato, por lo que la admisibilidad de la donación obligacional no podría descansar sobre la naturaleza contractual de la donación; (iii) al no estar prevista expresamente por el Derecho positivo, los problemas de régimen jurídico de la donación obligacional serían variados, abstrusos y, hasta cierto punto, irresolubles con un mínimo de seguridad jurídica (piénsese en cuestiones de capacidad, forma...). Y esto dejando a salvo lo previsto en el art. 826 CCE.

No corresponde a este estudio, sin embargo, por su objeto y naturaleza, decantarse por la admisibilidad o inadmisibilidad de la donación obligacional. Basta aquí indicar, si

¹⁴⁴⁴ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo II. cit. p. 1597.

¹⁴⁴⁵ GARDANI, Lycia. *Delle Donazioni*. cit. pp. 50 y ss.

quiera someramente, cómo incidiría la misma, de darse y admitirse su validez, sobre el fenómeno de la reducción por inoficiosidad.

En primer lugar, ha de señalarse que, si no fue aceptada o no conoció el donante la aceptación del donatario, la donación obligacional habrá de extinguirse (arts. 623 y 629 CC y art. 782, 2º comma, CCI), de modo que los herederos del donante no quedan vinculados, en este supuesto, por la donación obligacional que, toda vez que no fue aceptada, no pasó de mera “oferta de donación” (si se quiere seguir usando el lenguaje contractual). Del mismo modo, si el que murió antes de aceptar o antes de que se conociera la aceptación fue el donatario, no podrán sus herederos reclamar nada al donante¹⁴⁴⁶.

En otro caso, si se aceptó la donación obligacional (y se admite la posibilidad de ésta en Derecho español común), la reducción podría plantearse por vía de oposición, cuando el donatario o sus herederos reclamaran a los sucesores del donante la entrega del bien objeto de la donación. Ahora bien, esta solución sólo es aplicable cuando los sucesores son legitimarios. Mayores problemas se plantean cuando los sucesores no tengan esta condición, pues es opinable que éstos puedan reducir en beneficio de los legitimarios la prestación (de dar) que ha de ser realizada en beneficio del donatario o sus herederos. Y esto porque la acción de reducción es individual y depende del ejercicio del legitimario lesionado.

En este último caso, creemos, los sucesores no legitimarios, vinculados por la obligación asumida por el donante, que se les transmitió *ex art.* 659 CCE, habrán de entregar el bien objeto de la donación. Después, serán los legitimarios los que deban accionar en reducción. Es una solución análoga y coordinada con la que se daba *supra* para la promesa de donación.

Y todo esto teniendo en cuenta que la obligación tenga carácter de dar, pues, de otro modo, es opinable que la misma pueda reducirse, toda vez que habrá de dilucidar, caso por caso, si la conducta a la que se obligó el donante produce un efectivo empobrecimiento de su patrimonio y, por consiguiente, puede poner en peligro (y, de hecho, lo pone) la subsistencia de las legítimas¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁶ Solución (creemos) acertada que propone CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II.* cit. p. 1531.

¹⁴⁴⁷ PELLEGRINI, Lorenzo. *Donazione obbligatoria*. 2019. Recurso electrónico (https://studiolegale-leggiditalia-it.ezproxy.unibo.it/#id=94GI0000005089,highlight=1,_m=document).

Supuesto especial plantean igualmente los casos de accesión. A este respecto, ha de citarse la STS num. 112/1999 de 15 de febrero (RJ\1999\1240). El supuesto fáctico contemplado por esta resolución tiene por objeto la calificación, a efectos de inoficiosidad y reducción, de un supuesto de construcción en suelo ajeno con materiales propios. En sus FFJJ 4º y 5º concluye el Alto Tribunal que tal acto, en la medida en que se trata de un caso de accesión, no puede ser asimilado a la donación, ni tratado como tal a efectos de computación, imputación y reducción.

Antes al contrario, sin disputar su carácter lucrativo, habrá de aplicarse lo dispuesto en el art. 361 CCE, en función del cual el dueño del terreno puede optar entre (i) entregar la indemnización que le permite hacer suya la construcción u (ii) obligar al que la construyó a pagar el precio del terreno. En cualquier caso, el mero hecho de construir en suelo ajeno con materiales propios no puede ser calificado, de suyo, según el Alto Tribunal, como donación, por lo que el legitimario supuestamente afectado por la accesión podrá exigir que el dueño del terreno ejerza su derecho de opción, pero no podrá exigir que el valor de la construcción entre en el cómputo del *donatum* o que, de resultar inoficioso, sea reducido.

Es esta una solución que, como es paladino, es acorde con lo que señalamos en el capítulo 2, pues, toda vez que el ordenamiento positivo contempla un derecho de opción y no una transmisión directa de lo plantado/sembrado, no estamos aquí en presencia de un acto que pueda provocar – por su propia configuración – un empobrecimiento en ninguna de las partes: el que planta/siembrado, tendrá derecho, bien a una indemnización por lo plantado, bien a obtener, pagando el precio correspondiente, el suelo y lo sembrado/construido. Al no producirse la pérdida patrimonial sin contraprestación, el acto no puede ser calificado de acto/negocio donativo, ni sometido a las reglas de reducción, pese a su carácter gratuito, en línea con lo que señalábamos en el capítulo 2.

Serán reductibles, así, como venimos diciendo, todas las donaciones, con independencia del destinatario de las mismas (siempre que no sean imputadas a la legítima), de la clase que sean y, también, del tiempo en que fueron realizadas. Es decir, no existe en el ordenamiento jurídico español común límite temporal alguno a la reducción de donaciones (lo que bien se coordina con la inexistencia de límite temporal a la computación del *donatum ex art. 818 CCE*)¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴⁸ Esto no obsta para que, como señala RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir).

Indicado lo anterior, se pasa ahora a analizar las diferentes clases de donaciones que, además de la pura y simple del art. 618 CCE, se contienen en el Código civil español común, subrayando el modo en que ha de llevarse a cabo la reducción. Estas donaciones que aquí se tratan se separan de la pura y simple por ofrecer algún rasgo característico en su estructura que es determinante para sus efectos y que puede tener incidencia en el momento de producirse la reducción de la misma.

Igualmente, habremos de detenernos sobre supuestos controvertidos, no exactamente calificables como donación, en los que la doctrina discute si cabe o no reducción o en qué proporción ha ésta de llevarse a cabo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la calificación de la donación (importantísima para el tema que nos ocupa pues, como se verá, no será indiferente a la hora de llevarse a cabo la reducción que la donación sea reputada pura, remuneratoria o modal) es competencia o facultad, según el ordenamiento procesal español, de los órganos jurisdiccionales de instancia (salvo que ésta sea absurda, ilógica o alejada de los criterios de la sana crítica¹⁴⁴⁹), por lo que el Tribunal Supremo, en sus múltiples resoluciones, difícilmente se pronunciará sobre este particular por ser cuestión ligada a la interpretación de los contratos [STS num. 766/2005 de 11 de octubre (RJ\2005\7237) FJ 6^o¹⁴⁵⁰].

Finalmente, resta añadir que, como ocurría en el capítulo 3, las páginas que siguen no pretenden ser (y no pueden ser) un tratamiento monográfico de cada tipo de donación. No es objeto de este estudio profundizar en los diferentes problemas que surgen del análisis pormenorizado de cada modalidad de donación que recoge el Código civil español común. Por tanto, la aproximación a los mismos va a tener un marcado carácter instrumental: se analizarán con el único objeto de identificar y resolver, en la medida de lo posible, los problemas que la diferente tipología de la donación puede tener de cara a su eventual reducción.

Tratado de liberalidades. cit. p. 1334, cuanto más lejana sea la donación en el tiempo, más difícil sea probar su existencia, importe e inoficiosidad.

¹⁴⁴⁹ STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ\1990\8698), FJ 2º; y STS de 9 de julio de 1979 (RJ\1979\2934), Cdo. 2º, entre otras.

¹⁴⁵⁰ Entre otras muchas, como, por ejemplo, la STS num. 1288/2007, de 29 de noviembre (RJ\2007\8454), FJ 2º; y la STS de 29 de mayo de 1991 (RJ\1991\3943), cuyo FJ 1º señala: “la interpretación de los contratos es facultad privativa del tribunal *a quo* y su resultado ha de ser respetado en casación, a menos que se revele ilógico o contrario a las normas de hermenéutica contractual”.

Es decir, que cuando se analiza el concepto, la naturaleza o el régimen jurídico aplicable a la donación modal, remuneratoria o *mortis causa* (por señalar algunas), no se pretende, en ningún caso, dibujar un cuadro doctrinal general de las mismas, sino únicamente poner a la luz los problemas que cada una de ellas puede acarrear frente a una eventual reducción.

Y resta añadir, finalmente, que, debido al objeto de estudio, las consideraciones que se hacen *infra* se refieren exclusivamente al Derecho español común, cuyo régimen jurídico es el analizado con detalle. Como se señalaba en la Introducción, en ocasiones habrá llamadas al Derecho italiano, pero será en lo que puedan tener de provechosas para resolver problemas del Derecho español común. No se trata, por consiguiente, de un estudio comparativo al uso sobre las clases de donaciones – lo que excedería el objeto de esta investigación – ni una presentación sistemática, ni siquiera somera, de los tipos de donaciones en el ordenamiento italiano.

II. DONACIONES MODALES O CON CARGA

1. Concepto, régimen jurídico y naturaleza

La donación modal o con carga se define en el art. 619 CCE, que completa y complementa el art. 618 CC (dedicado a la donación “pura y simple”), cuando dice que “es también donación [...] aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”.

Se caracterizan este tipo de donaciones, y se diferencian (también) de la donación pura y simple, por la presencia en ellas de una carga, gravamen o modo, real o personal (pues el término “gravamen” usado por el art. 619 CCE ha de ser interpretado en sentido amplio¹⁴⁵¹).

¹⁴⁵¹ TORRALBA SORIANO, Orenco-Vicente. *El modo en el Derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo. 1967. p. 252. La STS num. 725/2011, de 21 de octubre (RJ\2012\427), respecto al modo, señala (*obiter*): “El modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente [sentencia de 23 de noviembre de 2004 (RJ\2004\7386)] o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación [sentencias de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1994 (RJ\1994\9780)] o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante [sentencia 6 de abril 1999 (RJ\1999\2656)]”.

Clave a efectos de una eventual reducción de la donación modal será que, en cualquier caso, adopte la forma que adopte, y consista en la conducta que consista, el gravamen (verdadero y no el mero consejo o exhortación) siempre va a suponer una minoración del valor real de la donación, lo que va a tener consecuencias no sólo sobre su régimen jurídico, sino también sobre su naturaleza y su (eventual) reducción. Y esto porque, como señalan MANRESA¹⁴⁵² y PUIG BRUTAU¹⁴⁵³, lo absorbido por la carga o gravamen no puede entenderse o calificarse como *mera* liberalidad.

Ahora bien, siendo esto cierto, es decir, que la donación modal o con carga no puede ser reputada toda ella como donación, también lo es que, *ex art.* 619 CCE (“Es también donación...”), la presencia del gravamen no priva al acto/negocio de su carácter general de donación¹⁴⁵⁴.

Por la naturaleza y el objeto de este estudio, que atiende sobre todo a la reducción por inoficiosidad, no vamos a detenernos en los múltiples problemas derivados de esta donación¹⁴⁵⁵. Baste aquí señalar, a modo de aclaración metodológica y terminológica (como ya hemos indicado), que en las páginas que siguen, bajo la denominación “donación modal o con carga” nos referiremos a aquella donación caracterizada por la presencia en ella de un gravamen, modo o carga que minorra el valor de lo recibido por el donatario, con el límite del valor de lo donado.

Del mismo modo, y sabiendo que la cuestión no es pacífica y hay importante doctrina en contra, vamos a entender que, aun con nomenclaturas distintas, los arts. 619 y 622 CCE (y los concordantes con ellos, como el 626 CCE), se refieren al mismo tipo de donación, o que, al menos, ambos son aplicables a la donación modal o con carga, tal y como aquí la hemos definido.

Dentro de la doctrina italiana, puede verse PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 2010, que define el *modus* como: “peso imposto al donatario per volontà del donante consistente o nell’erogazione di una parte o di tutto il vantaggio patrimoniale ricevuto per un determinato scopo o nel compimento di un’azione o di un’omissione a favore del donante stesso o di un terzo”.

¹⁴⁵² MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 138.

¹⁴⁵³ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. cit. p. 113.

¹⁴⁵⁴ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2005. p. 15 señala que “uno de los problemas que desde antiguo ha ocupado a la doctrina y a la jurisprudencia es la determinación del grado de onerosidad que admite la donación, negocio jurídico gratuito por excelencia, sin que por ello se desnaturalice su esencia”. En el mismo sentido, RESCIGNO, Pietro. *Manuale di Diritto Privato*. cit. p. 616.

¹⁴⁵⁵ En este sentido, puede verse: NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. pp. 44 y ss. ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. pp. 135 y ss.

La donación modal o con carga se caracterizará, así, según lo dicho, y para lo que a nuestro tema respecta, por la presencia de un gravamen, que va a comportar, primero, que el enriquecimiento del donatario no se produzca en la misma medida en que se produce el empobrecimiento del donante¹⁴⁵⁶; y, segundo, la concurrencia, en un mismo acto/negocio, de una parte onerosa y una parte gratuita, que va a incidir en su regulación, naturaleza y desarrollo¹⁴⁵⁷.

Estamos, por consiguiente, según la doctrina más actual¹⁴⁵⁸, en presencia de un acto mixto, llamado así porque reúne elementos de dos tipos contractuales: los gratuitos y los onerosos¹⁴⁵⁹.

En función de lo dicho, la donación modal o con carga, en el Derecho español común, sería un negocio sometido a un doble régimen jurídico: hasta la concurrencia del gravamen, le sería de aplicación las reglas generales de los contratos (*ex art. 622 CCE*); más allá de la concurrencia del gravamen, se aplicaría el régimen jurídico de la donación (pues, en todo lo que no es absorbido por el gravamen, estamos netamente ante un acto de liberalidad)¹⁴⁶⁰.

Tal se desprende del sistema diseñado por el propio Código civil español común, que aplica a la donación modal o con carga un régimen mixto¹⁴⁶¹ (en consonancia con la naturaleza mixta del acto), que se observa: en la existencia de una acción específica para la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas (*art. 647 CCE*)¹⁴⁶², en la aplicación a la donación modal de las reglas de capacidad (*art. 626 CCE*) y forma de la donación (especialmente, *art. 633 CCE*¹⁴⁶³), en la sujeción de la donación modal a la

¹⁴⁵⁶ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 136. AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 851.

¹⁴⁵⁷ NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 19.

¹⁴⁵⁸ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. pp. 157 y ss.

¹⁴⁵⁹ TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente. *El modo en el Derecho civil*. cit. p. 253.

¹⁴⁶⁰ NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 20.

¹⁴⁶¹ En contra, TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 314.

¹⁴⁶² Si fuese de aplicación *in toto* el régimen de los contratos, no sería necesaria la mentada revocación, bastando la aplicación del *art. 1124 CCE*. La no aplicación de la condición resolutoria implícita se explica, entre otros argumentos, precisamente por el carácter mixto de la donación modal y, también, por no configurarse el cumplimiento de la carga como verdadera contraprestación.

¹⁴⁶³ Que obliga a que consten en la escritura pública de donación el valor de las cargas impuestas. Si bien, matiza NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 43, esto sólo sería necesario para lo que ella llama donación modal o donación con carga, pero no para la donación que ella califica como con causa onerosa que, como verdadero contrato oneroso, está vinculado al principio espiritualista o de libertad de forma (*art. 1278 CCE*).

reducción de donaciones (art. 636 CCE), así como a las reglas de computación (art. 818 CCE) y, finalmente, en lo dispuesto sobre saneamiento en el art. 638 CCE, *in fine*.

No estamos, por consiguiente, a pesar de lo dicho en el art. 622 CCE, ante una remisión completa de la regulación de la donación modal al régimen de los contratos. Antes al contrario, lo que hace el artículo citado es establecer un sistema supletorio al que acudir en caso de laguna normativa en el régimen de la donación.

2. Reducción de la donación modal

A efectos del tema que nos ocupa, que es su eventual reducción y el modo en que ésta habrá de llevarse a cabo, será importante, primero, que la donación modal pueda ser calificada de donación, pues, de otro modo, no le podrá ser aplicada la previsión contenida en los arts. 636 y 654-656 CCE y, por consiguiente, no podrá ser reducida, ni siquiera parcialmente; y segundo, establecer de qué modo va a interferir o incidir el gravamen en la eventual reducción de la donación modal.

A efectos de la primera cuestión, se acoge aquí, con la mayoría de la doctrina actual, la teoría ya expuesta del acto mixto, en función de la cual la donación modal podrá ser calificada, toda ella, como donación a efectos del art. 636 CCE, con independencia de que sobre la misma recaiga un doble régimen jurídico, que afectará, como ya se ha señalado, a diferentes aspectos, pero no a su potencial capacidad para ser reducida¹⁴⁶⁴.

Así, la primera conclusión (relacionada con nuestro objeto de estudio) a la que puede llegarse, es que la donación modal o con carga, en tanto que es donación (art. 619 CCE), podrá ser reducida si excede del límite señalado por el art. 636 CCE. Dicho con otras palabras: el elemento de onerosidad que supone la presencia del gravamen no priva al acto/negocio de su carácter de donación, lo que va a permitir que pueda ser impugnada por los legitimarios si afecta, minora o reduce su derecho, una vez calculado y determinado éste tras la apertura de la sucesión.

Ahora bien, respecto de la segunda cuestión, debe señalarse que la concurrencia del gravamen, si bien no va a afectar a la calificación jurídica general del acto, sí que va a tener una importante incidencia sobre la forma de reducirse la donación modal. Y esto

¹⁴⁶⁴ Así, NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 25, si bien circunscribiendo la reducción a la parte no absorbida por el gravamen.

porque la carga o gravamen (su valor, más bien) es la que va a establecer la línea divisoria entre el acto oneroso y el acto gratuito y, por consiguiente, es la que va a determinar la proporción en que la donación modal podrá ser reducida.

En efecto, la carga o gravamen presente va a reducir el valor de la donación, proporcionando la medida de su importancia, pues, como ya hemos señalado, según se deduce de la teoría del acto mixto, hasta donde alcance el valor del gravamen, se está ante un acto oneroso, constituyendo “liberalidad” solamente la parte que no quede absorbida por el mismo¹⁴⁶⁵.

Dicho en otros términos: sólo podrá ser reputada liberalidad y, por consiguiente, susceptible de reducción, la parte de la donación que no quede absorbida por el gravamen¹⁴⁶⁶. Es decir, que la donación modal, al igual que la pura y simple, puede ser reducida, si bien únicamente por el exceso, esto es, el valor (*emolumentum*) que no quede absorbido por la carga o gravamen. Y esto porque, como ya se ha indicado, sólo se considera liberalidad lo no absorbido (art. 622 CCE).

Recapitulando, para el tema que nos ocupa, puede decirse que la donación modal o con carga (i) podrá ser reducida como cualquier otra donación si se reputa inoficiosa y ya se han reducido, de existir, los legados y demás mandas del testador; y (ii) sólo podrá ser reducida, por regla general y salvando algún supuesto, parcialmente, pues hay una parte de la misma, la absorbida por el gravamen, que va a quedar fuera del ámbito de aplicación de la acción de reducción¹⁴⁶⁷.

Ahora bien, esta particularidad, es decir, el hecho de que el gravamen determine la medida en que la donación modal será reducible, despliega, a su vez, un sinnúmero de problemas, pues toda peculiaridad que presente el modo tendrá, a su vez, una repercusión directa sobre la cuota reducible. Siendo imposible abarcar la totalidad de los problemas que pueden surgir y que pueden tener incidencia sobre la reducción de la donación modal, se señalan a continuación los más usuales o comunes.

¹⁴⁶⁵ De ahí que, como señala AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 854 y repetiremos más adelante, no pueda ser la carga superior al valor de lo donado, en cuyo caso no habría donación.

¹⁴⁶⁶ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 173.

¹⁴⁶⁷ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 435.

3. La valoración de la carga o gravamen

Como se ha indicado, el valor del gravamen será el que establezca la porción de la donación modal que será susceptible de reducción.

A este respecto, cuando el gravamen sea una carga real o personal, apreciable en dinero o fácilmente cuantificable¹⁴⁶⁸, únicamente habrá de deducirse, al total de la donación, el valor de la carga, reputándose el resultado la parte de la donación que puede ser reducida total o parcialmente para satisfacer el derecho del legitimario.

Ahora bien, el gravamen, en la medida en que consistirá, las más de las veces, en una obligación de hacer, puede, por su parte, adoptar múltiples modalidades, no todas ellas susceptibles de valoración económica.

LACRUZ/SANCHO/LUNA¹⁴⁶⁹ ponen como ejemplo de esto que se dice (es decir, como ejemplo de carga o gravamen difícilmente susceptible de valoración económica) aquella donación en la que se impone al donatario la carga de llevar corbata negra los próximos 5 años.

Ciertamente, estamos aquí ante una verdadera donación onerosa del art. 619 CCE, toda vez que impone sobre el donatario una conducta que éste habrá de observar si quiere conservar la donación, so pena de que la misma le sea revocada por incumplimiento de cargas (art. 647 CCE).

Por tanto, no podrá reducirse esta donación como pura y simple, pues no fue así como la recibió el donatario. A su vez, la determinación de la parte gratuita y, por consiguiente, reductible, únicamente podrá venir dada por el “valor” del gravamen impuesto. Se cae, así, en una especie de encrucijada insoluble: no se puede reducir la donación hasta determinar el valor del gravamen; no se puede determinar el valor del gravamen porque el mismo no es susceptible de valoración económica. Para salir de la misma, puede proponerse la solución de considerar que la propia dinámica de la reducción, que se impone a todas las donaciones, exige que el gravamen que recaiga sobre donatario sea susceptible de valoración económica. Así, a efectos de reducción, para calificar la donación como modal, habrá de utilizarse el término gravamen en sentido estricto,

¹⁴⁶⁸ Como en los supuestos del art. 633 CCE, que establece como requisito de la donación que se fije “el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario”.

¹⁴⁶⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 161.

entendiéndose por tal únicamente las cargas (reales o personales) apreciables en dinero¹⁴⁷⁰.

De otro modo, esto es, para que pueda ser reputado gravamen una carga no cuantificable (como la de llevar corbata negra), ha de expresarse el valor que se da a la misma en el acto/negocio de la donación (tal y como establece el art. 633.I CCE, *in fine*, para la donación de inmuebles).

Si nada de esto ocurre, esto es, si el gravamen impuesto no es susceptible de valoración económica y su valor no ha sido determinado por donante y donatario en el acto de la donación, la donación modal habrá de ser reducida como una donación pura y simple.

Esta es la solución señalada, desde el Derecho italiano, por TRINGALI, para quien:

“[O]ggetto del modo può essere solo un comportamento valutabile economicamente, e se privo di tale caratteristica non lo può essere neppure con l’apposizione di una clausola penale per il caso di inadempimento al medesimo”¹⁴⁷¹.

En base a esta solución planteada, la donación únicamente podría ser reputada modal (a efectos de reducción) y, por consiguiente, reducida como tal en dos supuestos: que la carga o gravamen impuesto fuese susceptible de valoración económica; que la carga hubiese sido valorada económicamente por donante y donatario.

En este último caso, ciertamente, podrá discutirse la valoración que se da y la misma podrá ser impugnada por el legitimario. En los restantes casos, la donación, aun sin perder su carácter de modal a otros efectos, sería reducida como si de una donación pura y simple del art. 618 CCE se tratara¹⁴⁷².

Así, la donación modal únicamente será reducida parcialmente cuando el gravamen o *modus* impuesto por el donante al donatario sea valorable económicamente¹⁴⁷³. De otro

¹⁴⁷⁰ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 138.

¹⁴⁷¹ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni.* cit. p. 313.

¹⁴⁷² FERRI, Luigi. *Legittimari.* cit. p. 173.

¹⁴⁷³ En contra de esta concepción patrimonial del *modus*, TORRALBA SORIANO, Orenco-Vicente. *El modo en el Derecho civil.* cit. p. 255. Si bien ha de señalarse que este autor se está refiriendo a la calificación de la donación modal y no a su reducción. En efecto, para la calificación de la donación como modal, no afectará que el modo tenga o no contenido patrimonial; sin embargo, a la hora de proceder a su reducción, salvo que se quiera caer en un sinfín de irresolubles problemas prácticos, será necesario, para proceder a la reducción parcial, que el mismo sí tenga carácter y contenido patrimonial.

modo, la donación habrá de reducirse como si de una donación pura y simple se tratara. Y esto porque, en efecto, cuando el gravamen no es susceptible de valoración económica, se pone en grave riesgo el derecho del legitimario (que puede ser burlado, a instancias del donante, imponiendo al donatario cualquier tipo de comportamiento, aunque éste no suponga una efectiva minoración de lo recibido en concepto de donación¹⁴⁷⁴). Y esto porque, recordemos, si se acepta que toda donación modal, con independencia del gravamen, siempre ha de ser reducida parcialmente, bastará cualquier *modus* (por simplón que sea) para proteger parte de la donación de la futura impugnación por inoficiosidad.

La donación modal no se reduce parcialmente simplemente por ser modal, sino que lo hace porque, para evitar enriquecimientos injustos, la medida de la reducción ha de venir dada por el efectivo enriquecimiento producido en el patrimonio del donatario.

Es decir, si se acepta que el gravamen minora el valor del donado, entonces lo que el donatario recibe como liberalidad es sólo lo que no queda absorbido por el mismo. Por consiguiente, lo que podrá agredir el legitimario lesionado es únicamente esta parte no absorbida por el gravamen. De otro modo, el legitimario recibiría un enriquecimiento injusto, pues podría agredir por inoficiosa la parte absorbida por el gravamen, que, recuérdese, el donatario no recibió a título de liberalidad.

Para aplicar este esquema, sin embargo, es necesario que el gravamen *minore efectivamente el enriquecimiento percibido por el donatario*. Pues, de otro modo, no podrá hablarse con propiedad de “parte absorbida por el gravamen” ya que, si el gravamen no es susceptible de valoración económica y, por consiguiente, no supone una efectiva minoración de lo recibido por el donatario, todo lo recibido por éste habrá sido a título de liberalidad, debiendo poder ser reducido (si procede) en su totalidad¹⁴⁷⁵.

Ahora bien, cuando el gravamen no supone una minoración de lo recibido por el donatario, esto es, cuando el enriquecimiento de éste es correlativo y proporcional (pese a la presencia de un *modus* determinado) al empobrecimiento del donante, ha de aplicarse el mismo principio ya citado: que la medida de la reducción ha de venir dada por la medida del enriquecimiento efectivamente recibido por el donatario.

¹⁴⁷⁴ FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 173.

¹⁴⁷⁵ PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 2011, que recoge la opinión común en la doctrina italiana – que es común a la española – de que el modo no constituye una contraprestación sino una “mera limitazione del beneficio, mediante riduzione del valor attribuito al destinatario della liberalità”.

Así, si el donatario recibió diez y el modo no minoraba en nada estos diez, pese a la presencia del modo, el enriquecimiento del donatario podrá cifrarse en diez. Y a diez podrá llegar la reducción si fuera menester.

4. El modo imposible, indeterminado o ilícito

El modo puesto a la donación tendrá siempre carácter accidental (no es elemento esencial ni natural de la donación) y accesorio y en ningún caso va a alterar la naturaleza jurídica del negocio donación¹⁴⁷⁶. ANDERSON¹⁴⁷⁷, junto con la doctrina mayoritaria¹⁴⁷⁸, deriva esta solución de la aplicación por analogía del art. 767 CCE. Y señala, a mayor abundamiento, que “el modo no es una condición y, por tanto, ni suspende ni resuelve automáticamente la atribución a la que se adhiere, sino que simplemente faculta al disponente para que revoque en caso de que no se cumpla la estipulación modal”.

Lo dicho indica que la nulidad del modo no determinará, por regla general, la nulidad de la donación (en sana aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*). Bastará con que la carga (el modo) se tenga por no puesta¹⁴⁷⁹ y, a efectos de reducción, que la donación se reduzca como pura y simple. En efecto, si el donatario no tuvo que cumplir el modo (fuera éste cual fuese), no sufrió minoración alguna en la disposición que recibió del donante, por lo que es lógico que, del mismo modo, toda la atribución esté sujeta a la posible reducción por inoficiosidad (por aplicación del principio enunciado *supra*).

Y la misma conclusión cabe alcanzar cuando la nulidad del modo se produce por no ajustarse a los requisitos de forma del art. 633 CCE. Esta norma señala, cuando se trate de donación de inmuebles, que las cargas impuestas al donatario han de expresarse en la escritura pública de donación, pues también a las cargas alcanzará la doctrina fijada por la STS num. 1394/2007, de 11 de enero (RJ\2007\1502)¹⁴⁸⁰. En efecto, para que éstas sean válidas, no bastará con que consten en documento privado, o en escritura pública de

¹⁴⁷⁶ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 234.

¹⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 237.

¹⁴⁷⁸ Pueden verse *infra* los argumentos y autores citados para el caso de la donación que remunera servicios inexistentes o que nunca se prestaron.

¹⁴⁷⁹ Así, GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*. Tomo tercero. cit. p. 102.

¹⁴⁸⁰ Comentada ampliamente en el capítulo anterior.

compraventa que simula una donación, sino que será necesaria su expresión en escritura pública de donación¹⁴⁸¹.

No obstante lo dicho, debe citarse la STS 111/2013, de 6 de marzo (RJ\2013\2585), que declara la validez del modo, aunque el mismo no esté recogido en documento que cumpla con los requisitos de forma establecidos por el art. 633 CCE para la donación de inmuebles. Los hechos probados tenidos en cuenta por el Alto Tribunal para resolver en este sentido son los siguientes:

A, sin herederos forzosos, instituye heredero único y universal a B¹⁴⁸², imponiéndole la carga de destinar los bienes heredados a la construcción de un templo religioso. No obstante la institución testamentaria, A se compromete, en documento privado, a donar *inter vivos* a B parte de sus bienes (inmuebles). En dicho documento se expresa que los bienes han de ser destinados a la ya mencionada construcción de un templo religioso. A, finalmente, dona a B, en escritura pública y con carácter *inter vivos*, los bienes señalados. La donación se califica en la escritura como “pura y simple”, no obstante, respecto a la petición de excepciones fiscales, se señala que los bienes se destinarán a la construcción de un templo religioso.

Muerto A, sin embargo, B decide vender los bienes y no se lleva a cabo la construcción de dicho templo. Los parientes de A, entonces, deciden actuar contra B, solicitando (i) la revocación y nulidad del testamento por incumplimiento de cargas; y (ii) la revocación de la donación realizada *inter vivos* por incumplimiento de cargas. B se opone sobre la base de que (i) la donación *inter vivos* fue calificada como pura y simple, sin recoger las cargas impuestas al donatario, lo que es exigencia del art. 633 CCE para la donación de inmuebles; (ii) los accionantes, toda vez que no son ni el donante ni sus herederos (que es el propio B), carecen de legitimación activa; y (iii) el donante/testador no señaló el tiempo en que debía construirse el templo, por lo que el modo aún puede llevarse a cabo.

En lo que a nuestro tema respecta (la validez de la carga impuesta en documento distinto del público), el Tribunal comienza haciendo referencia a la doctrina

¹⁴⁸¹ En este sentido, GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II.* cit. p. 292, comentando el art. 946 PCC 1851. Señala este autor que la *ratio* de la forma es proteger y garantizar los derechos de terceros, por lo que se obliga al donante a expresar las cargas y su valor en la escritura de donación.

¹⁴⁸² Para la comprensión completa del caso, quizá, sea necesario señalar que “B” era el Arzobispado de una importante archidiócesis española.

jurisprudencial, ya consolidada en la STS num. 1394/2007, de 11 de enero (RJ\2007\1502), de que el art. 633 CCE exige, para la validez de la donación de inmuebles (sea ésta del tipo que sea), que la misma conste en escritura pública de donación y esto, en principio, se extiende también a las cargas impuestas en la misma, como señala el propio artículo citado.

Sin embargo, el Tribunal matiza este criterio rigorista siguiendo la senda marcada por la STS num. 828/2012, de 16 de enero de 2013 (RJ\2013\2407)¹⁴⁸³ y señala, en su FJ 2º, que:

“Los actores lejos de reconducir los hechos y la causa de pedir al estricto marco de la validez modal en la escritura pública de donación otorgada, imbricaron la *causa donandi*, y con ella, su determinación modal, en el *iter* de hechos que configuraron la sucesión testamentaria del donante. En efecto, desde esta perspectiva no cabe duda alguna acerca del papel central que juega la institución modal contemplada en la disposición testamentaria del donante, de 13 septiembre de 1993, en la medida que causaliza o da sentido tanto al contrato o compromiso privado de donación de 28 septiembre 1993, como a la propia escritura pública de donación de 22 octubre 1993, todo ello en el marco de ejecución de la voluntad querida y ordenada por el testador (artículo 675 del Código Civil). Voluntad que fue quebrantada por el Arzobispado de Valencia, pues la venta de la parcela donada supuso un incumplimiento esencial y definitivo de la carga modal que integraba la *causa donandi*, ya que se donó para que el templo fuese levantado en un lugar concreto y no en otro distinto ajeno a la voluntad del donante”.

Y añade que, habida cuenta de esto, aunque la escritura pública de donación la califique expresamente (y literalmente) como “pura y simple”, el intérprete tiene la obligación de buscar la voluntad real del donante¹⁴⁸⁴, que en este caso era que los bienes se destinaran a la construcción del ya mencionado templo (FJ 2º).

¹⁴⁸³ La delimitación o doctrina jurisprudencial expuesta en el sentido "de que dicha interpretación puede resultar no determinante en aquellos supuestos en donde la *causa donandi*, como causa digna de tutela, venga integrada en otros hechos esenciales que diferencien la causa de pedir hacia otros ámbitos de aplicación del Derecho, particularmente del Derecho de sucesiones".

¹⁴⁸⁴ Máxime en este supuesto en el que se declara, en la propia donación, si bien a efectos fiscales, que los bienes serán destinados a un fin previamente establecido por las partes.

Por consiguiente, y con la salvedad expresada en casos de defecto de forma, en supuestos de nulidad del modo, éste habrá de tenerse por no puesto, pero permanecerá la donación, que habrá de ser tratada, a efectos de reducción, como donación pura y simple, pudiendo ser reducida por la totalidad de su valor y no sólo por lo que exceda del gravamen impuesto.

Es esta la solución que se contiene, también, en el Código civil italiano de 1942 que, al contrario de lo que hace el Código civil español vigente, regula la cuestión del modo ilícito o imposible en el art. 794 CCI.

Ahora bien, hace esta norma una matización que hemos de considerar también para el caso español: en el supuesto de que el modo haya sido el motivo determinante por el cuál se llevó a cabo la donación, la nulidad del mismo determinará la nulidad de la donación¹⁴⁸⁵, que, en tanto que nula, habrá de impugnarse con la acción correspondiente a la nulidad y no a la reducción, pues, al no ser una disposición válida, no pudo provocar lesión a la legítima, como decíamos en el capítulo 2.

5. El incumplimiento de la carga o gravamen

Un especial problema plantea el incumplimiento de la carga o gravamen impuesta al donatario y del modo de proceder en estos casos¹⁴⁸⁶. Y esto porque, como señala NIETO ALONSO, “la obligación de cumplimiento de la carga por el donatario no está suficientemente regulada en el Código civil [español común]”¹⁴⁸⁷.

Esta imprecisión del derecho positivo ha hecho a la doctrina española dividirse en dos posturas acerca de cómo ha de procederse en caso de que el donatario no cumpla con la carga o gravamen que pesa sobre la donación.

1. En caso de incumplimiento el donante tendría un derecho de opción.
Los autores¹⁴⁸⁸ aquí incardinados, entienden que, al ser el donatario deudor de una verdadera obligación jurídica¹⁴⁸⁹, de no cumplir ésta,

¹⁴⁸⁵ Sobre el particular, puede verse PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. pp. 2018-2019.

¹⁴⁸⁶ Teniendo en cuenta que, para ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 232, no cabe aplicar a este caso la conmutación modal del art. 798 CC, por el carácter *inter vivos* de la donación.

¹⁴⁸⁷ NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 33.

¹⁴⁸⁸ Por todos, *Ibidem*, p. 141.

¹⁴⁸⁹ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 226, haciendo la crítica de esta tesis doctrinal, sostiene que éste es el presupuesto del que parten estos autores: configurar el modo como una verdadera y

podría o bien revocarse la donación o bien exigirse el cumplimiento específico de la obligación¹⁴⁹⁰ [en este sentido, la STS num. 537/2009, de 3 de julio (RJ\2009\5491)¹⁴⁹¹].

En apoyo de esta tesis podrían traerse los arts. 626 CCE (que establece la aceptación por los representantes de la donación modal cuando el donatario no tenga capacidad para contratar, *rectius*, para obligarse) y 642 CCE (que se refiere expresamente a la obligación de pagar deudas).

Ha de destacarse la STS num. 296/1999, de 6 de abril (RJ\1999\2656), que dice literalmente: “la revocación no es la única facultad que confiere el incumplimiento de las donaciones modales. También, el incumplimiento genera la posibilidad de exigir simplemente el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios, según se desprende de la aplicabilidad del artículo 1101 del Código Civil, en relación con los artículos 621 y 622 del reseñado cuerpo legal” (FJ 5º).

A mayor abundamiento, señala: “ejercitada la acción de revocación por incumplimiento si ésta se desestima porque se entiende que no hay incumplimiento, ya no es posible acudir a la otra vía. Pero si ejercitada aquélla, la sentencia deja imprejuizada la cuestión del cumplimiento, es perfectamente posible acudir a la acción de cumplimiento, si aquella otra ha prescrito” (FJ 5º)¹⁴⁹².

propia obligación jurídica. Así es para la totalidad de la doctrina italiana (por todos, puede verse TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 314 y PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 343).

¹⁴⁹⁰ A favor de esta tesis, el argumento histórico. Puede verse la Ley 6, Título 4 de la Partida V. Véase, SANPONTS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón y FERRER Y SUBIRANA, José (ed.). *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X, con la glosa del Lic. Gregorio López. Tomo III*. cit. p. 42).

¹⁴⁹¹ FJ 2º, *obiter*.

¹⁴⁹² Resuelve así el Tribunal la cuestión planteada como objeto del proceso. En el caso de autos, A y B habían donado a C, su hijo, una serie de bienes inmuebles imponiéndole la carga de vivir con los donantes. Ante el incumplimiento del modo por parte del donatario, A y B habían solicitado la revocación de la donación, que fue desestimada por haber prescrito la acción establecida al efecto. Con posterioridad, habían solicitado el cumplimiento del modo, lo que también fue desestimado por apreciar el Tribunal de instancia la excepción de cosa juzgada.

El Tribunal Supremo admite el recurso interpuesto y resuelven como ha quedado descrito en el texto: cuando el pleito que decide sobre la revocación no se pronuncia, por estimar excepciones de índole procesal, sobre la existencia o no de incumplimiento, queda abierta la vía para solicitar, en nuevo pleito, el cumplimiento forzoso de la obligación contenida en el modo.

Esta es la solución dada por el Código civil italiano de 1942 que, además, permite que el cumplimiento del *modus* pueda ser exigido, además de por el donante, por cualquier persona interesada, incluso en vida del donante (art. 793, comma 3). Amplia legitimación activa que la doctrina, con buen criterio, se apresura a limitar, sosteniendo que esta legitimación del tercero interesado sólo será posible cuando el *modus* haya sido puesto en beneficio de terceros no determinados¹⁴⁹³.

Al contrario de lo preceptuado en el Código civil español común, el Derecho italiano no contempla una revocación por incumplimiento de cargas propiamente dicha, sino que se limita a dar la posibilidad a las partes, en ejercicio de su autonomía privada, de introducir una cláusula en la que se prevea la resolución de la donación por incumplimiento del donatario.

Resolución que, por consiguiente, no cabrá en todo caso que se produzca el incumplimiento, sino únicamente cuando la misma haya sido expresamente prevista por donante y donatario¹⁴⁹⁴.

2. En caso de incumplimiento, el donante sólo podría revocar la donación. De otro lado, se sitúan los autores que defienden que el modo no puede ser exigido, pues el Código no contiene acción alguna para ello, siendo la única opción del donante la revocación de la donación realizada (art. 647 CCE).

En este sentido, ANDERSON¹⁴⁹⁵ señala que la revocación por incumplimiento es la única vía que reconoce al donante el derecho positivo, que, además, por otro lado, no resuelve los problemas derivados de permitir, junto a la revocación, la exigencia del cumplimiento del modo.

¹⁴⁹³ A este respecto, puede verse TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 329. Para la doctrina española, en este sentido, TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente. *El modo en el Derecho civil*. cit. p. 295.

¹⁴⁹⁴ PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 2016.

¹⁴⁹⁵ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 230.

En cualquier caso, ha de tenerse presente lo señalado por la STS num. 725/2011, de 21 de octubre (RJ\2012\427), en función de la cual, para revocar la donación, no basta con la mera declaración (notarial) del donante, sino que es necesario declaración judicial¹⁴⁹⁶. Dicho con otras palabras: lo que el art. 647 CCE concede al donante no es el derecho a revocar *inaudita parte e ipso iure* la donación cuando entienda que ha habido incumplimiento del modo. Lo que el Código civil español común le concede es acción para impetrar a los Tribunales la revocación del negocio (irrevocable en sí, por ser donación) por incumplimiento del donatario (que ha de ser probado en sede judicial)¹⁴⁹⁷.

Así las cosas, aparece la duda de cómo proceder en casos de incumplimiento cuando éste tiene lugar tras la muerte del causante o cuando el *de cuius* no usó la acción de revocación. Es decir, si los legitimarios podrán, en este caso, reducir la donación como pura y simple (habida cuenta del incumplimiento del modo) o si podrán exigir la revocación.

Sostiene CASTÁN¹⁴⁹⁸ que la acción de revocación por incumplimiento de cargas es esencialmente transmisible, salvo en aquellos casos en los que quede acreditado que el donante, pudiendo ejercitarla, decidió no hacerlo. Misma opinión sostiene NIETO ALONSO¹⁴⁹⁹, para quien la acción, en tanto que tiene contenido patrimonial, sigue la regla general de la transmisibilidad *mortis causa* (art. 659 CCE), salvo en aquellos casos en los que el donante, pudiendo haber revocado la donación por conocer el incumplimiento del donatario, decidió no hacerlo.

En contra, ANDERSON¹⁵⁰⁰, para quien, por regla general, la acción de revocación por incumplimiento de cargas no se transmite a los herederos. Se basa esta autora en la aplicación analógica del art. 653 CCE y deduce la *eadem ratio* de que ambas revocaciones (por ingratitud y por incumplimiento) descansan en la percepción personal del donante, único que puede valorar la verdadera incidencia de la ingratitud o del incumplimiento sobre la donación. No obstante lo dicho, sí se transmitirá la acción de revocación por incumplimiento cuando el donante no pudo usar de ella en vida¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁶ PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 2016.

¹⁴⁹⁷ FJ 3º.

¹⁴⁹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo IV*. cit. p. 249.

¹⁴⁹⁹ NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 126.

¹⁵⁰⁰ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. pp. 390-391.

¹⁵⁰¹ En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis Mª. “La revocación de la donación modal” en *Anuario de Derecho Civil. Vol. 36. N° 1*. 1983. p. 89. Misma solución, dentro del Derecho histórico

En este mismo sentido, la STS num. 665/2011, de 3 de octubre (RJ\2011\7398), recogiendo la jurisprudencia posterior (remontándose hasta 1928¹⁵⁰²), señala que la acción de revocación de la donación por incumplimiento de cargas únicamente se transmitirá a los herederos del donante si éste no pudo ejercerla en vida¹⁵⁰³. De otro modo, es decir, si el donante, pudiendo revocar la donación por haber conocido el incumplimiento, no lo hizo, tampoco podrán revocar la donación sus sucesores (FJ 3º)¹⁵⁰⁴.

Nótese que, se opte por la solución doctrinal que se opte, el resultado práctico será el mismo: los sucesores del donante únicamente podrán usar la acción si éste no pudo usarla en vida. Y todo ello sin perjuicio de que los sucesores del donante puedan continuar el ejercicio de la acción iniciada por éste.

Lo dicho sólo es válido para el sucesor, no para el legitimario, que no queda vinculado por los actos del causante, pero que, en tanto que tal, solo podrá ejercitar la acción de reducción, no la de revocación, que no le asiste en tanto que legitimario, sino solo si es sucesor del causante y solo en los términos ya aludidos.

Así las cosas, sobre revocación, reducción e incumplimiento de cargas en el Derecho español común, hemos de concluir del siguiente modo: si se produjera un incumplimiento de cargas, se abrirían, consideradas en abstracto, tres opciones:

1. Que el donante, pudiendo hacerlo, ejerza con éxito la acción de revocación (art. 647 CCE). En este primer caso, al haber vuelto los bienes al patrimonio del donante antes de su óbito, no podría ejercitarse la acción de reducción de donaciones. En efecto, la donación perdió su vigencia y quedó revocada en vida del donante, por lo que ni computará (art. 818 CCE), ni se imputará (art. 819 CCE), ni (si fue hecha en favor de un legitimario y sin dispensa) habrá de ser traída a colación (art. 1035 CCE), ni, por su puesto, podrá ser reducida (art. 636 CCE).
2. Que el donante, pudiendo hacerlo, no ejerza en vida la acción de revocación de donaciones por incumplimiento de cargas. En este caso,

castellano, en la Ley 1 del Título XII del Libro III del Fuero Real, *in fine*, según la edición de PÉREZ MARTÍN, Antonio (ed.). *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*. cit. p. 93.

¹⁵⁰² STS de 3 de diciembre de 1928, citada por la Sala en la resolución.

¹⁵⁰³ Por haberse producido el incumplimiento, por ejemplo, tras la muerte del donante.

¹⁵⁰⁴ También así la STS num. 900/2007, de 20 de julio (RJ\2007\4696), FJ 4º.

y se adopte el principio que se adopte, tampoco podrán revocar la donación sus sucesores (art. 653 CCE, por analogía). Sí podrán, entonces, los legitimarios, proceder a la reducción de la misma, que se llevará a cabo, si se acredita el incumplimiento total de la carga, como si de una donación pura y simple se tratara. Y esto porque, como ya hemos indicado, en base al principio de que la medida de la reducción ha de venir dada por la medida del enriquecimiento del donatario, si el gravamen impuesto no se tradujo en una efectiva minoración de lo recibido por el donatario, no habrá parte absorbida por el gravamen y toda la donación podrá ser reducida.

3. Que el donante no ejerciera la acción de revocación por no poder hacerlo. En estos casos, la acción pasa a los herederos (no a los legitimarios, salvo que sean herederos) del donante, que son los legitimados activamente para su ejercicio. Si los legitimarios fuesen herederos, habrían de ejercitar esta acción antes que la acción de reducción, pues no tiene sentido reducir una donación que puede ser revocada. A mayor abundamiento, para revocar la donación les bastaría con acreditar el incumplimiento, sin necesidad de que el montante de la donación haya lesionado legítima alguna. Si no triunfara la acción de revocación, podrían intentar la reducción, pues no son acciones excluyentes (incluso la reducción podría constituir pedimento subsidiario, de no estimarse la acción de revocación).

En otro caso, esto es, si los legitimarios no fueren herederos (o si no todos los legitimarios fuesen herederos), podrán intentar directamente la acción de reducción, toda vez que no pueden exigir a los herederos del donante que ejerzan la acción. Y esto porque el art. 647 CCE no establece una ineficacia *ipso iure* de la donación por el incumplimiento del donatario. Antes al contrario, lo que hace es crear un derecho potestativo para el donante¹⁵⁰⁵ (o, en este caso, sus sucesores): el de estimar si el incumplimiento de la carga es lo suficientemente grave como para que toda la disposición realizada deba quedar sin efecto.

¹⁵⁰⁵ En este sentido, GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II.* cit. p. 309.

Con otras palabras: si el donante revocó la donación, los legitimarios nada podrán hacer contra el donatario, que perdió esta condición en vida del donante; si no revocó, pero pudo hacerlo, los legitimarios (sean o no sucesores) podrán accionar directamente en reducción y, si el incumplimiento fue total, la donación podrá reducirse como si fuese pura y simple; finalmente, si el donante no revocó por no poder hacerlo, los legitimarios que, a su vez, sean sucesores, habrán de revocar la donación antes de intentar su reducción; los legitimarios que no sean sucesores, podrán accionar directamente en reducción.

III. DONACIONES REMUNERATORIAS

1. Concepto

La definición legal de la donación remuneratoria se contiene, en el ordenamiento español común, al igual que la de la modal o la de la donación por méritos, en el art. 619 CCE, en función del cual es también donación la que el donante hace al donatario por los servicios prestados, siempre que éstos no constituyan deuda exigible¹⁵⁰⁶.

La donación remuneratoria se caracteriza y diferencia de la pura y simple por la presencia en ella de una actividad realizada *ex ante* por el donatario¹⁵⁰⁷ y que, aunque no forma parte *stricto sensu* del negocio jurídico, sí va a entrar a formar parte de la causa de éste, sirviendo de móvil o motivación (si quiera, a nivel psicológico, aunque no sólo) a la realización del mismo¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁶ De otro modo, no estaríamos en la órbita de la donación, sino en la del pago.

¹⁵⁰⁷ Así, BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 717: “La considerazione del servizio costituisce il motivo determinante della donazione remuneratoria, è un *prius psicologico*, che induce alla remunerazione. Quindi deve essere anteriore”. En contra, CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo II. cit. p. 1604 y TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 278.

¹⁵⁰⁸ Así lo señala, *obiter*, la STS num. 1144/2004, de 25 de noviembre (RJ\2004\7251) cuando dice que “No estamos ante supuesto de donación ordinaria, cuya finalidad es la mera liberalidad, como tampoco se trata de donación remuneratoria (artículo 619), que tiene su *causa* (artículo 1274) *en el beneficio o servicio que se remunera, y obedece a una actitud del donante de querer recompensar algo que su conciencia así se lo dicta, sin estar obligado a hacerlo* (Sentencia de 23-10-1995 [RJ 1995, 7737]), por lo que es importante que los servicios recompensados no sean constitutivos de efectivas deudas exigibles al donante, presentándose esta clase de donaciones como actos dispositivos, no gratuitos, pero sí de mera liberalidad” (subrayado propio).

Así lo señala ALBALADEJO cuando dice que:

“El fin de remunerar añade algo al simple fin de enriquecer liberalmente al donatario, fin éste que (aparte de los motivos que impulsen a realizar el acto) es el único propio de la donación ordinaria. El fin de remunerar supone que, mediante el enriquecimiento liberal, se persigue algo ulterior, recompensar al donatario por lo que éste proporcionó al donante sin contrapartida”¹⁵⁰⁹.

El fin remuneratorio, que supone el elemento característico de esta clase de donación no es otro, según se desprende del texto de ALBALADEJO, que el de agradecer lo que la conducta del donante tiene de acto no debido, en el sentido más estrictamente jurídico del término.

Siguiendo la letra del art. 619 CCE, además del fin/causa/motivo remuneratorio, será requisito de esencia de la donación remuneratoria que los servicios prestados por el donante no constituyan deuda exigible¹⁵¹⁰.

Por consiguiente, no será remuneratoria: uno, la donación que retribuya servicios cuyo pago pueda ser exigido legalmente¹⁵¹¹ (art. 619 CCE, *a contrario*); y dos, la que se haga en atención a servicios inexistentes o que nunca se prestaron¹⁵¹² (pues en este caso estaríamos en la órbita de la causa falsa)¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al art. 619” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 1577.

¹⁵¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 135. También LACRUZ. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones.* cit. p. 158. “No será donación lo entregado en correspondencia a unos servicios que podría cobrar quien los prestó y de los que quedó deudor el beneficiario”. CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II.* cit. p. 1602.

¹⁵¹¹ Discrepa ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al art. 619” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 1577, para quien sí habrá donación remuneratoria si el profesional renunció previa o posteriormente a sus honorarios.

¹⁵¹² BIONDI, Biondo. *Le donazioni.* cit. p. 711, que añade: “[i]l servizio deve effettivamente esistere non tanto al fine della possibile annullabilità per errore del motivo, ma soprattutto per la esistenza stessa della donazione remuneratoria”. Además de existir, el servicio debe ser, según este autor, lícito, pues “[n]on si può ammettere infatti che la legge consideri come remuneratoria la donazione fatta per remunerare una attività riprovata dalla legge” (p. 718).

¹⁵¹³ Entre otras, STS num. 1295/2002, de 30 de diciembre (RJ\2002\10757), FJ 4º.

En este segundo caso, aparece la duda de si la inexistencia de los servicios prestados vicia de nulidad a la donación o si, por el contrario, “sólo” supondrá su calificación como pura y simple.

De esta última opinión es MANRESA¹⁵¹⁴, para quien, aunque el fin remuneratorio, que es el móvil psicológico, se inserte en y pase a formar parte de la causa jurídica de la donación remuneratoria, la ausencia de este no bastará, sin embargo, por sí, para producir la nulidad de la donación. Y esto porque, más allá del fin remuneratorio, la donación, como tal negocio jurídico, sigue teniendo otra causa más amplia y general, cual es la gratuita, cifrada en el empobrecimiento del donante y en el correlativo enriquecimiento del donatario, que se mantiene intacta en el caso de que los servicios no hayan sido prestados. Se estará entonces ante un supuesto de donación pura y simple, toda vez que, eliminados los servicios inexistentes, lo que queda es un acto de disposición del donante, en favor del donatario, a título de liberalidad (art. 618 CCE).

Este es el parecer, también, de un sector de la doctrina italiana, que sostiene lo siguiente:

“Se il motivo non sussiste, la donazione non potrà qualificarsi remuneratoria e non saranno pertanto applicabili ad essa le particolari regole dettate per la figura”¹⁵¹⁵.

Según entienden estos autores, la donación que carezca de motivo que justifique su finalidad remuneratoria¹⁵¹⁶ no podrá calificarse de este modo, debiendo ser reputada, a todos los efectos (también a los de reducción), como donación pura y simple.

Sorprende esta interpretación, toda vez que, como veremos, el art. 770 CCI, que contempla la donación remuneratoria, no hace, en su comma 1, ninguna alusión a servicio alguno. No obstante, como agudamente señala BIONDI¹⁵¹⁷, la idea de remuneración va – por la tradición histórica – indisolublemente unida a la de servicio, lo que se aprecia en el art. 797 CCI, comma 3.

¹⁵¹⁴ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 137.

¹⁵¹⁵ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II.* cit. p. 1603.

¹⁵¹⁶ Téngase en cuenta que, según el art. 770 CCI la donación remuneratoria engloba, también, a la donación por méritos. Del mismo modo, excluye del concepto de donación a las liberalidades de uso y al regalo hecho al profesional con motivo de los servicios prestados.

¹⁵¹⁷ BIONDI, Biondo. *Le donazioni.* cit. p. 711.

El art. 787 CCI permite, además, impugnar este tipo de negocio por error sobre el motivo remuneratorio, siempre que – señala TRINGALI¹⁵¹⁸ – este motivo constituya el único motivo por el cual el donante ha hecho la donación (en línea con lo preceptuado sobre modo ilícito o imposible en el art. 794 CCI).

A efectos de reducción, que es lo que toca al tema objeto de estudio, la inexistencia de los servicios prestados supondría (si se acepta la aplicación a este tipo de donación de la teoría del acto mixto, lo que no es pacífico en la doctrina) que la donación pueda ser reducida por entero.

Más completa es la postura de GORDILLO CAÑAS¹⁵¹⁹ quien sostiene que, efectivamente, la expresión de una causa-motivo falsa, aunque sea mentida o simulada, será, en principio, irrelevante, salvo que la misma fuera determinante para la realización del negocio jurídico en cuestión.

Por tanto, habrá que ver si dicha causa influyó o no en una malformación de la voluntad dispositiva del donante. Así, si él mismo fue el que expresó (para hacer pasar por remuneratoria una donación pura, por ejemplo) que hacía la donación en base a unos servicios que sabía que nunca se prestaron, esta causa habría de tenerse por no puesta, siendo la donación pura y simple, como señalaba MANRESA.

Ahora bien, si el donante realizó la disposición en base a unos servicios que expresó y que creía que se habían realizado, entonces, acreditado que sin la prestación de los mismos no habría realizado la disposición, la donación habría de reputarse nula de pleno derecho (aplicación analógica del art. 767.II CCE)¹⁵²⁰.

En cualquier caso, se adopte la vía argumental que se adopte, la expresión de esta causa (motivo causalizado) falsa, así como la inexistencia de los servicios prestados, determinará que la donación, a la hora de proceder a su reducción, sea reputada como pura y simple, pudiendo ser reducida por su totalidad. Y esto, siempre que se acepte aquí

¹⁵¹⁸ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 276.

¹⁵¹⁹ GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Comentario al art. 767 CC* [en línea]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/231875> [consulta: 20 de octubre de 2018]. Es cierto que se trata del comentario a un artículo situado fuera del régimen jurídico de las donaciones, sin embargo, nos parece que cabe aquí aplicar plenamente la reflexión que hace el citado autor.

¹⁵²⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al art. 619” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 1576. Encuentra aquí otra diferencia con la donación “por méritos”, que no sería nula si los méritos no existen, pues el mérito sirve de móvil, no de causa de la donación.

la aplicación del principio de que la medida de la reducción debe venir dada por el efectivo enriquecimiento recibido por el donatario.

2. Naturaleza y régimen jurídico

La primera cuestión que debe abordarse, al respecto de la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria, es si la misma goza de autonomía y sustantividad propia o si, por el contrario, debe reputarse unida a la donación por méritos¹⁵²¹.

Esta última es la opción elegida por el *Codice civile* de 1942, cuyo art. 770 señala:

“È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione.

Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi”¹⁵²².

Es pacífico afirmar que dicha norma, que tiene – en opinión de BIONDI¹⁵²³ – un valor meramente declarativo o enunciativo, realiza una triple función: (i) unifica bajo la denominación de “donación remuneratoria” a la realizada “per riconoscenza del donatario”, “in considerazione dei meriti” y “per speciale remunerazione”; (ii) las somete al régimen jurídico de las donaciones¹⁵²⁴; y (iii) separa del concepto de donación (y, por consiguiente, de su régimen jurídico, también en lo referente a la reducción) a las liberalidades de uso.

En efecto, existen similitudes o semejanzas entre la donación remuneratoria y la donación por méritos que, al menos *prima facie*, recomendarían su tratamiento conjunto. Quizá la más importante y significativa es que ambas traen causa de algo que: (i) es anterior a la donación; (ii) atiende o mira al donatario (ya sea su mérito personal o el servicio desplegado por él); (iii) es ajeno al negocio jurídico e, incluso, al mundo jurídico en sí; y (iv) que, pese a esta ajenidad, acaba incidiendo e integrándose en el negocio jurídico donación.

¹⁵²¹ Tal es la opinión de LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 154 y ss. Y también de TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente. *El modo en el Derecho civil*. cit. p. 256.

¹⁵²² Son paladinas las semejanzas existentes entre la redacción del 1º *comma* del artículo transcrito y la del art. 619 CCE.

¹⁵²³ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 711.

¹⁵²⁴ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 275. “lo scopo remunerativo non muta la causa del negozio”.

Ahora bien, pese a esto, que es cierto y no se niega, existen no pocos argumentos en favor de la autonomía de la donación remuneratoria respecto de la donación por méritos.

1. En atención a la acción desplegada por el donatario. La donación remuneratoria, como se viene diciendo, “premia” o “remunera”, como su propio nombre indica, una acción (un hacer) realizada y desplegada por el donatario. Esto es, trae causa, en última instancia, de lo que el donatario “hace”.

En la donación por méritos, sin embargo, no se requiere por parte del donatario actuación alguna. El donante no realiza esta donación en base a lo que el donatario hace, sino en base a lo que el donatario “es”.

Dicho con otras palabras: en la donación remuneratoria existe un servicio, un hacer de autoría del donatario que es requisito esencial de la misma (art. 619 CCE) y puede no existir en la donación por méritos, que atiende únicamente a cualidades propias y personales del donatario, sin necesidad de que las mismas se plasmen en alguna conducta concreta¹⁵²⁵.

2. En atención al beneficio recibido por el donante. La donación remuneratoria se caracteriza por la presencia de servicios prestados *al donante* y que han redundado en *su* beneficio. Cabría, es cierto, que el servicio se hubiera prestado a instancias del donante y en beneficio de un tercero. Sin embargo, también en este supuesto el donante sería un beneficiario indirecto del servicio prestado.

En la donación por méritos, sin embargo, se atiende únicamente a la persona del donatario y, por consiguiente, no se requiere que los méritos en relación con los cuales se hace la donación se hayan concretado en una conducta determinada, ni que, de haberse concretado, la misma haya redundado en beneficio del donante. Sobre esto habrá de volverse en el epígrafe siguiente, al tratar de la

¹⁵²⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al art. 619” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 1576.

especificidad de la donación por méritos en el Derecho español común.

Lo dicho, sumado a la dicción literal del art. 619 CCE, permite concluir que donación remuneratoria y donación por méritos constituyen dos donaciones distintas y autónomas, susceptibles de ser tratadas y estudiadas de forma diferente¹⁵²⁶.

Habida cuenta de la autonomía y sustantividad de la que goza la donación por méritos, el siguiente paso será adentrarse en su naturaleza jurídica que, lejos de ser una cuestión meramente teórica, tendrá, como en el caso de la donación modal, una repercusión directa sobre la práctica de su (eventual) reducción. A este respecto, existen diferentes posiciones doctrinales:

1. Reputar la donación remuneratoria como donación pura y simple. Parten los autores aquí incluidos¹⁵²⁷ de dos argumentos distintos, pero concurrentes:

- a. El primero¹⁵²⁸, atiende a la naturaleza de los servicios prestados, que no tienen la consideración de carga/gravamen y que, por consiguiente, no minoran el valor de lo donado. En efecto, los servicios se prestaron antes de realizarse la donación, quedando en el pasado. El donatario recibe, así, una donación pura y simple.

Como, además, los servicios prestados por este no constituyen deuda exigible (jurídicamente hablando), tampoco puede considerarse la donación como una verdadera contraprestación por parte del donante que, lo que da, como en el caso de la donación pura y simple, lo da *gratis et amore*.

Además, en toda donación, también en la pura y simple, hay un elemento, hecho, cualidad o suceso que motiva la donación, sin que pueda decirse que llega a gravar o minorar el valor de la misma.

¹⁵²⁶ En este mismo sentido, pero con otros argumentos, ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 193.

¹⁵²⁷ Entre los más destacados, GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II*. cit. p. 288.

¹⁵²⁸ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 197.

Así, la donación remuneratoria sería, a efectos de naturaleza jurídica, una donación pura y simple.

- b. El segundo argumento¹⁵²⁹ atiende al fin/motivo remuneratorio, que es el elemento diferencial de esta clase de donación. En efecto, esta donación se configura como una expresión del agradecimiento que el donante siente hacia el donatario y que no es divisible, por lo que difícilmente podrá hablarse de valor absorbido por el servicio, o de parte onerosa y parte gratuita.

El agradecimiento no es separable del servicio que se remunera, ni fraccionable. La donación pretende agradecer todo el servicio y, por consiguiente, consecuencia lógica sería que toda esta donación quedaría absorbida por el gravamen, siendo una donación con causa onerosa.

Sin embargo, la intención de las partes está muy lejos de este particular.

Así, el fin remuneratorio, el agradecimiento, puede decirse que es el móvil psicológico de la donación, pero que en nada incide sobre el valor de la misma, pudiendo reputarse como pura y simple.

En este sentido, también, aunque matizando muchísimo los pronunciamientos, se expresa ANDERSON¹⁵³⁰, para quien existen dos tipos de donación remuneratoria: uno, la del art. 619 CC, que sería equiparable a la donación pura y simple, pues, como se ha indicado, toda donación (que no se califique de pródiga o arbitraria) parte de la consideración que el donante tiene hacia el donatario; y dos, la del art. 622 CCE¹⁵³¹,

¹⁵²⁹ Recogido por ANDERSON, Miriam. “Comentario al artículo 618” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.* cit. p. 98.

¹⁵³⁰ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas.* cit. pp. 161 y 162.

¹⁵³¹ Para esta autora, los arts. 619 y 622 CCE no están conectados entre sí y hacen referencia (o pueden hacer referencia) a donaciones distintas, aunque llamadas por el mismo nombre (ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas.* cit. p. 156).

que se circunscribe al pago de deudas no exigibles (por, ejemplo, por estar prescritas), conectándose esta norma con el pago de lo indebido (art. 1901 CCE).

2. Hacer depender la naturaleza de la donación de la naturaleza del servicio. En atención a esta segunda tesis, la naturaleza de la donación dependerá de la naturaleza del servicio que se remunera.

Así, la donación que remunera servicios cuantificables en dinero sería reputada donación remuneratoria y participaría de la naturaleza jurídica del acto mixto. Por el contrario, la donación que remunere servicios no cuantificables en dinero sería reputada como donación pura y simple.

Éste es el criterio seguido por GONZÁLEZ DE LA ALEJA y RODRÍGUEZ DOMÍNGEZ¹⁵³², aunque no lo mencionen expresamente. Para estos autores, la donación remuneratoria únicamente puede referirse a servicios evaluables en dinero (de otro modo, sería donación pura y simple) y, además, debe ser muy superior al costo de los servicios, pues, de otro modo, se estaría en la órbita del pago.

Semejante, aunque con un criterio contrario, es la tesis de ASCOLI¹⁵³³, según el cual la donación únicamente podrá calificarse de remuneratoria cuando el servicio realizado en beneficio del donante no pueda cuantificarse en dinero o cuando el montante de la donación supere el servicio realizado.

3. Aplicar a la donación remuneratoria la teoría del acto mixto. Entiende esta postura doctrinal que la donación remuneratoria, como la modal, es un acto en parte oneroso y en parte gratuito, regulado por un doble régimen jurídico: el de los contratos para la parte que podríamos

¹⁵³² INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, José Ramón y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Rafael. *Derecho matrimonial y donación*. cit. p. 252. “Es muy importante que al ser donación debe superar al servicio, para ello es necesario que el servicio sea estimable en dinero. [...] Si lo donado fuera equivalente al valor del servicio prestado no podría considerarse donación, sino simplemente una dación en pago y por tanto estaríamos ante un contrato oneroso”.

¹⁵³³ ASCOLI. *Trattato delle donazioni secondo il Diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libreria. 1935. p. 108.

denominar “remuneratoria” y el de las donaciones para todo lo que exceda del valor de los servicios prestados (art. 622 CCE)¹⁵³⁴.

Por consiguiente, únicamente le serían de aplicación las normas reguladoras de la donación en lo que en las mismas haya de liberalidad y gratuidad, es decir, en lo que no quede absorbido por el valor de los servicios realizados por el donatario¹⁵³⁵.

Éste es el criterio seguido, entre otras, por la STS num. 613/2005, de 29 de julio (RJ\2005\6562), cuando señala: “el artículo 622 del Código civil sólo considera verdadera donación «la parte que excede del gravamen impuesto», frase de difícil comprensión que solo puede entenderse en sentido figurado, como que es verdadera donación la parte de atribución que excede del valor del servicio prestado, y por ello sólo en esa parte cabe aplicar a una «donación remuneratoria» el régimen de colación, reunión ficticia, reducción, o la presunción de fraude, que preceptos como los artículos 1297.1o y 643.2o CC refieren a las donaciones, o acaso el sistema de revocación (lo que es discutido), etc” (FJ 2º).

Como se advierte, en realidad, a esta disputa doctrinal subyace una cuestión común, que los distintos autores tratan de responder, cual es la de si a la donación remuneratoria le puede ser de aplicación el principio, ya enunciado en sede de donación modal, de que la medida de la reducción ha de venir dada, para evitar resultados injustos, por el efectivo enriquecimiento recibido por el donatario.

Cuestión ésta que, como ya se ha señalado, no es meramente teórica y tendrá efectos prácticos sobre el modo de proceder a la reducción de este tipo de donaciones. En efecto, si se atiende a la tesis del acto totalmente gratuito, que, reformulada en base al principio citado, sostiene que los servicios, en tanto que pasados, no comportan una efectiva minoración de lo recibido por el donatario, las donaciones remuneratorias podrían reducirse en su integridad; si, por el contrario, se entiende que la misma es un acto en

¹⁵³⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 156, para quien la donación remuneratoria no es “en todo” gratuita, por lo que ha de regirse “solo en parte” por las disposiciones establecidas para la donación.

¹⁵³⁵ Por lo que, cuando el valor de los servicios y el de la donación sean equivalentes, no podrá reducirse la donación.

parte oneroso y en parte gratuito (por lo que se produce una minoración de lo efectivamente recibido por el donatario), únicamente podrá reducirse en lo que tengan de exceso.

Lo mismo ocurre en Derecho italiano, donde rige el mismo principio y donde será también muy importante, a efectos prácticos, que la donación pueda ser calificada como remuneratoria. Y esto porque el Código civil de 1942 establece un régimen especial para este tipo de donaciones: así, el art. 437 CCI exige al donatario de la obligación de alimentar al donante, el art. 797 n. 3, por su parte, obliga al donante al saneamiento por evicción y, finalmente, el art. 805 excluye la revocación de la donación remuneratoria.

Siguiendo el principio enunciado, acogemos la tesis de que la donación remuneratoria (verdadera¹⁵³⁶) sólo podrá ser reducida parcialmente si los servicios prestados comportaron una efectiva minoración de lo recibido por el donatario. Posición doctrinal ésta que no está exenta de problemas prácticos, como se verá a continuación.

3. La valoración del servicio prestado

Si, como se ha concluido, la (verdadera) donación remuneratoria, como la modal, sólo es reducible por el exceso, esto es, por lo que no quede absorbido por el valor de los servicios prestados (que producen una efectiva minoración de lo recibido por el donatario), de capital importancia será resolver la cuestión acerca de la valoración de dichos servicios.

Problema éste especialmente difícil, toda vez que en la mayoría de los casos nos encontramos con conductas realizadas por el donatario que no son de fácil cuantificación económica, bien porque no constituyen materia de profesión, arte u oficio; bien porque el beneficio ocasionado no es proporcional al pequeño esfuerzo que han costado¹⁵³⁷. Para resolver este problema, pueden ensayarse las siguientes soluciones:

¹⁵³⁶ Hacemos esta apreciación porque estamos ante una figura jurídica que es, como se dice coloquialmente, un campo abonado para la realización de actos en fraude de los legitimarios. Así, es fácil proteger determinadas atribuciones patrimoniales, lesionando los derechos de los legitimarios, sobre la base de que no tienen carácter gratuito sino oneroso, pues se dirigen a retribuir o agradecer determinados servicios que el donatario realizó en tal o cual momento.

Sin embargo, en estos casos no procedería, en puridad, la acción de reducción, sino la de nulidad por actos realizados en fraude de legitimarios.

¹⁵³⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 158.

1. Valorar conforme a la naturaleza del servicio. Una primera solución sería examinar la naturaleza del servicio. Si éste es cuantificable económicamente, podría tomarse su valor en el mercado, aplicando el modo de reducirse el acto mixto y procediendo a la reducción de la donación por el exceso¹⁵³⁸.

Ahora bien, cuando el servicio no sea fácilmente mensurable, la donación remuneratoria, sin perder este carácter y esta naturaleza, habría de ser reducida como una donación pura y simple, al no poder determinarse qué parte queda absorbida por el gravamen y cuál no¹⁵³⁹.

Esta solución parte de la aplicación precisa y (casi) expresa del principio de que la medida de la reducción ha de venir dada por el efectivo enriquecimiento percibido por el donatario.

2. Valorar en todo caso con independencia de la naturaleza del servicio. Esta segunda solución parte del siguiente presupuesto: la donación remuneratoria, con independencia de la naturaleza del servicio que remunera, será siempre un acto mixto, en parte gratuito y en parte oneroso; y esta doble naturaleza no podrá obviarse, alterarse o dejarse de lado, en el momento de proceder (si es que ha de procederse) a su reducción.

Los servicios prestados, por consiguiente, habrán de ser valorados en todo caso, incluso cuando su valoración sea especialmente problemática.

Parece que no hay problemas para aceptar que, en caso de que el servicio prestado sea valorable económicamente, se tome como referencia el precio medio del mismo en el mercado.

Es a la hora de valorar aquellos servicios de difícil cuantificación cuando la doctrina se divide. DE CASTRO¹⁵⁴⁰ sostiene, en este caso

¹⁵³⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al art. 619” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 1577.

¹⁵³⁹ *Ibíd.*, p. 1578.

¹⁵⁴⁰ DE CASTRO. *El negocio jurídico.* cit. p. 270.

que el valor del servicio debe estar en relación con el valor del bien jurídico al que ha servido o que ha protegido.

A esto habría que añadir, siguiendo a ANDERSON¹⁵⁴¹, que el servicio puede ser valorado, en el acto de la donación, por donante y donatario, siguiendo criterios objetivos, pero con un amplio margen de flexibilidad. La autora citada deduce esta posibilidad de la facultad que tienen comprador y vendedor de fijar el precio del producto. De ahí que donante y donatario deban “poder fijar hasta dónde llega la remuneración y dónde empieza la pura liberalidad”.

Sin embargo, ANDERSON parece olvidar que, mientras que la compraventa (salvo cuando sea fraudulenta o cuando constituya un subtipo de *negotium mixtum cum donatione*) no afectará a los derechos del legitimario, la donación remuneratoria sí que puede acabar perjudicando dichos derechos. Bastará con que donante y donatario pacten un valor elevado de los servicios para que la mayor parte de la donación quede protegida frente a los ataques del legitimario. Las oportunidades de fraude son paladinas.

En realidad, todas las posturas citadas parten de dos principios básico que aceptan sin discusión: (i) que la medida de la reducción viene dada por la medida del efectivo enriquecimiento del donatario; y (ii) que, aunque los servicios se hayan prestado en el pasado (salvedad hecha de lo que indica la doctrina italiana ya citada), los mismos van a comportar una minoración de lo recibido como objeto de la donación.

Aceptado esto, varían las diferentes tesis doctrinales sobre el modo en que habrán de valorarse los servicios (si con respecto a su valor de mercado, o en relación con un valor consensual dado por las partes, o en función del valor del bien jurídico protegido o beneficiario del servicio) o sobre los tipos de servicios que habrán de valorarse (si sólo los que sean cuantificables en dinero o todos los servicios prestados). En cualquier caso, estas valoraciones, en realidad, no dejan de ser una consecuencia de la aplicación del principio aceptado: que la reducción nunca puede ir más allá del efectivo enriquecimiento del donatario. Y, *a contrario*, que no podrá pretender el donatario la reducción parcial cuando los servicios (o la carga o el gravamen) no le hayan comportado una efectiva minoración de lo recibido en concepto de donación.

¹⁵⁴¹ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 206.

Es por ello que, cuando los servicios sean valorables objetivamente o hayan sido valorados por las partes¹⁵⁴², la donación únicamente podrá ser reducida en lo que tenga de excesivo; de otro modo, podrá reducirse como donación pura y simple, pues lo importante aquí – creemos, como ya hemos indicado al hablar de la donación modal – no es ni el carácter de la donación (modal, por méritos, remuneratoria...), ni la naturaleza de los servicios, ni el empobrecimiento sufrido por el donante, sino que *la medida de la reducción ha de venir dada por la medida del efectivo enriquecimiento recibido por el donatario*.

Puede oponerse a lo dicho – con razón – que, siendo esto así, la donación remuneratoria habría de reducirse en todos los casos como una donación pura y simple. En efecto, si los servicios quedaron en el pasado (lo que parece ser regla general para el Derecho español), lo que se recibe a título de donación lo recibe el donatario en su totalidad, sin que quede minorado su enriquecimiento por el servicio prestado *ex ante*, pues, en realidad, el perjuicio patrimonial que el servicio le haya causado ya ha quedado en el pasado, recibiendo la donación libre y en su totalidad.

Así, si la medida de la reducción ha de ser el efectivo enriquecimiento del donatario, no puede negarse que, en este caso, el donatario se enriquece en la totalidad del valor del bien objeto de la donación, por lo que la reducción habría de alcanzar a toda la donación.

Siendo válida (o, al menos, coherente con el principio enunciado) esta oposición, sostenemos que – al menos, a efectos de reducción – es indiferente que la minoración del efectivo enriquecimiento recibido por el donatario se produzca antes o después de la donación. Y esto porque lo importante es que la medida de la reducción venga dada por el efectivo enriquecimiento y no, como se viene diciendo, si este enriquecimiento se vio minorado – obviamente, por algún hecho/evento/acción relacionado con el negocio – antes o después de realizarse la donación.

Así, si el servicio comportó para el donatario un efectivo empobrecimiento (debió realizar algún gasto, como, por ejemplo, mantener durante un tiempo en su casa al donante), puede entenderse que el mismo, en la medida en que está relacionado con la donación remuneratoria¹⁵⁴³, comporta una efectiva y real minoración de lo recibido en concepto de donación, por lo que la reducción no podrá alcanzar a la totalidad de la

¹⁵⁴² Proporcionalmente, sin adjudicar valoraciones excesivas a servicios ridículos o que no comportan gasto económico.

¹⁵⁴³ Que, como ha indicado la doctrina, no tiene otro fin que agradecer precisamente este servicio prestado.

misma, sino sólo a lo que no quede absorbido por el valor dado al servicio, que será la medida del verdadero enriquecimiento producido en el patrimonio del donatario. La clave será siempre – a nuestro juicio – atender, más allá que a todas las cosas que rodean a la donación (calificación, naturaleza servicio/carga, empobrecimiento donante), al efectivo enriquecimiento producido en el patrimonio del donatario, pues éste será el que dará la medida de la reducción.

4. La donación hecha a profesional por el servicio prestado en ámbito de su actividad profesional

Especial importancia tendrá también la reducción de donaciones que retribuyan servicios prestados por profesional que, por cualquier razón, se negó a aceptar pago por sus servicios. En estos supuestos, teniendo en cuenta que la donación remuneratoria únicamente retribuye servicios prestados que no constituyan deuda exigible, no estaríamos dentro de la órbita de aplicación de esta figura jurídica, sino que nos encontraríamos en la órbita de las liberalidades de uso, del pago o del fraude¹⁵⁴⁴.

Posición distinta mantienen GONZÁLEZ DE LA ALEJA y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ¹⁵⁴⁵, para quienes la donación únicamente puede ser calificada de remuneratoria (i) cuando el donatario tenga título hábil para reclamar por los servicios prestados y (ii) cuando el montante de la donación sea muy superior al valor de los servicios (pues, de lo contrario, señalan, estaríamos en sede de pago y de negocio oneroso).

Huelga decir, no obstante, que esta posición es contraria a la letra expresa del art. 619 CCE, que, como ya hemos indicado, exige que los servicios que se remuneran no constituyan deuda exigible. En otras palabras: se han de remunerar servicios que, por su propia naturaleza, ni puedan ser exigidos como contraprestación, ni, una vez prestados, generen obligación de pago por parte del beneficiario de los mismos.

¹⁵⁴⁴ ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 198. “Los servicios prestados no deben constituir deudas exigibles, lo que es lógico puesto que, de ser así, no habría donación, sino pago”.

¹⁵⁴⁵ INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, José Ramón y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Rafael. *Derecho matrimonial y donación*. cit. p. 252.

Tomemos como ejemplo el del abogado que dirige un asunto sin cobrar honorarios. Una vez terminado el asunto, lo habitual es que el favorecido por los mismos entregue al letrado algún detalle.

Dicho detalle puede tener un valor inferior o proporcional a los servicios prestados, lo que será regla general, en cuyo caso estaremos en sede de liberalidad de uso (pues lo socialmente aconsejable es que se gratifique, si quiera simbólicamente, a quien realiza alguna acción a nuestro favor). Ésta es, también, la solución adoptada por el art. 770 CCI, 2º comma, que separa de la donación remuneratoria a la liberalidad realizada en beneficio del profesional por los servicios realizados¹⁵⁴⁶. Del mismo modo, las acerca a la órbita de las liberalidades de uso¹⁵⁴⁷.

También podría reputarse pago y no liberalidad. Así, quien entrega una cosa de valor inferior o igual al de los servicios prestados, está, en realidad, pagando los servicios del profesional, sólo que lo hace en especie y no en dinero (si lo hiciera en dinero, podría reputarse como un pago rebajado o “de amigo”, como suele decirse coloquialmente).

En efecto, no podría concebirse la entrega de la cosa al profesional como donación pura y simple, pues no nos encontramos en el supuesto de hecho del art. 618 CCE (aquí la entrega no trae causa de la mera liberalidad, sino de los servicios efectivamente prestados por el profesional); tampoco estaríamos en sede de liberalidades de uso, pues aquí la regla social que impone regalar al que actúa en favor de uno es difusa y no está tan extendida como las que imponen otros tipos de liberalidades (como los regalos de boda, por ejemplo, en contra, ya lo hemos indicado, el art. 770, 2º comma, CCI); menos aún podría concebirse como donación remuneratoria (pues los servicios prestados sí constituyen deuda exigible).

En consecuencia, únicamente puede calificarse la entrega como pago en especie. Se objetará que es ésta una interpretación artificial, pues el que entrega no tiene conciencia de estar pagando (sino agradeciendo) los servicios prestados, ni el que recibe quiere

¹⁵⁴⁶ El mismo criterio sigue GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II*. cit. p. 297, comentando el art. 952 del Proyecto de 1851.

¹⁵⁴⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al art. 619” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 1572, para quien, con clara influencia del Derecho italiano, el regalo que se entrega al profesional que hace gracia de sus honorarios es liberalidad de uso y no donación remuneratoria.

contraprestación alguna por dichos servicios (se ha ofrecido a realizarlos de forma gratuita), sin embargo, esta interpretación permite dotar de una justa causa a la transmisión que se produce entre *tradens* y *accipiens*. En este supuesto, lo entregado no sería computable ni reductible.

IV. DONACIÓN POR MÉRITOS

1. Concepto

La donación por mérito se recoge, en el ordenamiento civil español común, diferenciada de la modal y de la remuneratoria, en el art. 619 CCE, que la define como aquélla que hace el donante en atención a los méritos del donatario.

Ya se ha argumentado *supra* que, pese a las innegables semejanzas que tiene con la donación remuneratoria, la donación por méritos goza de autonomía y sustantividad propia. Y esto porque, aunque comparte con la remuneratoria que ambas traen causa de algo que ocurrió en el pasado¹⁵⁴⁸, sin embargo, la donación remuneratoria mira a lo que el donatario hace, mientras que la donación por méritos atiende a lo que el donatario es.

Dicho con otras palabras: en el caso de la donación por méritos, el motivo causalizado del acto/negocio no será una conducta desplegada por el donatario, sino el conjunto de cualidades o aptitudes (y de actitudes) que en él se den.

Respecto al elemento característico y diferenciador de esta donación, no hay una posición común en la doctrina. Así, ALBIEZ DOHRMANN¹⁵⁴⁹ sostiene que, al igual que ocurría con la donación remuneratoria, también en la base de la donación por méritos se encuentra la gratitud del donante, que se siente agradecido por un determinado comportamiento del donatario (posición esta que, como hemos indicado, se rechaza, pues creemos que la donación por méritos no tiene necesariamente que corresponder a una conducta desplegada por el donatario).

¹⁵⁴⁸ Lo que, a su vez, las diferencias de la donación modal, que establece “reglas” para el futuro (así, ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 195).

¹⁵⁴⁹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. cit. p. 4727.

Opinión distinta sostienen LACRUZ/SANCHO/LUNA¹⁵⁵⁰, para quienes estas donaciones son especialmente problemáticas. Y esto porque o bien atienden únicamente al mérito del donatario, o bien se basan en alguna conducta desplegada por éste. En el primer caso, se estaría en la órbita de la donación pura y simple, pues, en efecto, si la causa (psicológica) de la donación es el mero afecto del donante hacia el donatario, lo mismo puede decirse de cualquier tipo de donación del art. 618 CCE, pues es evidente que el que dona, siempre dona movido por algún impulso psicológico de naturaleza afectiva, sin que pueda sostenerse que el mismo minora la donación o altera su naturaleza jurídica. En el segundo caso, esto es, cuando el donante realiza la donación en base a alguna conducta desplegada por el donatario, sea ésta en favor del donante, de un tercero o de la sociedad, se está dentro del ámbito de la donación remuneratoria. Por consiguiente, la donación por méritos sólo podría ser una donación pura y simple o un subtipo de la donación remuneratoria, en función de si el donatario ha desplegado o no algún tipo de conducta.

A nuestro juicio, sin embargo, el fundamento de la donación por méritos no sería ni el agradecimiento, ni el desinterés, sino la admiración que el donante siente hacia determinadas conductas, valores o logros del donatario¹⁵⁵¹. En efecto, al contrario de lo que ocurre en las restantes clases de donaciones, aquí el mérito no tiene necesariamente que revertir en beneficio del donante, de un tercero o de la sociedad¹⁵⁵². Es posible, incluso, que el mérito o logro en atención al cual se hace la donación únicamente haya redundado en beneficio del propio donatario. Es por esto por lo que ha de sostenerse que la donación por méritos descansa sobre la admiración que el donatario ha despertado en el donante. Admiración que no se convierte en agradecimiento cuando el donatario ha

¹⁵⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 158.

¹⁵⁵¹ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 122: “el hombre tiende espontáneamente a admirar las virtudes, el talento, el valor y la nobleza de sentimientos”. TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 278.

¹⁵⁵² En este sentido, CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II*. cit. p. 1604. “Debe però trattarsi di meriti che non hanno arrecato diretto vantaggio al donante, altrimenti si ricadrebbe nell’ipotesi della donazione per riconoscenza o per speciale remunerazione”. Es cierto que estas consideraciones se realizan en atención al art. 770 CCI, que, como se ha indicado, incluye bajo el concepto de donación remuneratoria tres tipos de donaciones, no siempre bien deslindadas. Sin embargo, creemos que nada obsta a la aplicación de estas consideraciones al art. 619 CCE y a la donación por méritos. En efecto, la norma no exige que los méritos hayan redundado en beneficio del donante.

realizado, efectivamente, una conducta determinada en favor del donante o de la sociedad¹⁵⁵³.

2. Naturaleza y régimen jurídico. Consecuencias para la reducción

Establecida la diferencia y sustantividad propia de la donación por méritos, procede ahora señalar si a la misma le será de aplicación la teoría del acto mixto. Es decir, nos preguntamos si basta que la donación se haya hecho en atención a unos méritos concretos para que se entienda que existe en ella un elemento oneroso que minorra la liberalidad y que justifica, para el tema que nos ocupa, que al menos una parte de la donación se sustraiga de la reducción (y de la computación, imputación y colación).

Una primera respuesta sería sostener que no. Así, sin afectar a su calificación o a su naturaleza jurídica, hay autores¹⁵⁵⁴ que sostienen que, a efectos prácticos, la donación por méritos no puede ser separada de la pura y simple, pues el que dona algo a alguien siempre lo hace por estima o en atención a la persona del donatario¹⁵⁵⁵.

En opinión de estos autores, la presencia del mérito, si bien justifica la calificación de la donación como “por méritos”, no va más allá y no es suficiente para sustraer la donación del régimen jurídico del art. 618 CCE y aplicarle el del art. 622 CCE.

Así, esta donación, aunque distinta de la pura y simple, se regiría en todo por las mismas normas de ésta, también en lo tocante a la reducción.

Una segunda respuesta, distinta de la anterior, sería sostener que la presencia del mérito basta para que se entienda que concurre en el negocio jurídico donación un cierto elemento de onerosidad que justifica la aplicación del régimen jurídico del negocio mixto, en función del cual se entenderá que solo es liberalidad una parte del mismo.

Las consecuencias de aplicar uno u otro criterio o uno u otro régimen jurídico van a tener, como ya se ha apuntado en los epígrafes anteriores, una incidencia directa sobre la reducción.

¹⁵⁵³ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 134.

¹⁵⁵⁴ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tomo 2.* cit. p. 83.

¹⁵⁵⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II.* cit. p. 288 señala que, de lo contrario, esto es, si la donación se hiciese sin atender a cualidad alguna del donatario, estaría más cerca de la prodigalidad que de la liberalidad.

Así, si se entiende que la donación carece de elemento oneroso, toda ella será reductible, como si fuese una donación pura y simple. Y, en realidad, ésta parece la opción más prudente y más acorde al principio de que la medida de la reducción debe venir dada por el efectivo enriquecimiento percibido por el donatario.

En efecto, la difusa cuestión del mérito introduce en la donación una serie de elementos inciertos que van a afectar, directa o indirectamente, al derecho del legitimario. Así, de aceptarse la presencia en la donación por méritos del elemento oneroso, habríamos de hacer frente a las siguientes consecuencias problemáticas:

- El mérito, sea éste cual fuese, minoraría el valor de lo donado, sustrayendo parte de la donación (al menos) del régimen de protección del legitimario contra los actos *inter vivos* del causante. En efecto, si se reputara que lo dado *en función* del mérito tiene naturaleza onerosa, la misma quedaría automáticamente fuera del juego de la computación, de la imputación y, también, de la reducción.
- El mérito es de difícil prueba y cuantificación, máxime cuando no tiene que concretarse en una conducta determinada. Esto supone que la donación se vería minorada por un elemento excesivamente difuso, casi incapaz de concretarse, sustraído de todo tipo de control objetivo, que abriría la puerta a todo tipo de arbitrariedades.
- El mérito, así entendido, incidiría, como la carga o gravamen y los servicios prestados, indirectamente, sobre la legítima, afectando a su cálculo, determinación y percepción. En efecto, lo que se reputara entregado en base al mérito, no sería computable, tampoco imputable, ni mucho menos reductible. Sería análogo a un negocio cualquiera de naturaleza onerosa y quedaría fuera del ámbito de actuación que tiene el legitimario para defender su legítima.
- El mérito, por consiguiente, aparece como una puerta abierta a todo tipo de fraudes. Bastaría que el donante señalara que la donación se hace en atención a tal o cual mérito para que ya quedase sustraída cierta parte de la donación de la actuación del legitimario. En este caso, no sería necesario ni fingir el mérito pues, al no concretar nada el Código, bastaría cualquiera, desde ser muy inteligente, hasta poseer

buena forma física. Sería muy fácil para el donante, de este modo, salvaguardar las donaciones hechas por él, la menos parcialmente.

Cuestiones éstas que, por razones de seguridad jurídica y de protección del legitimario, aconsejarían no apreciar el elemento del mérito como suficiente para entender que concurre en la donación por mérito un elemento oneroso. A la misma conclusión se llega en aplicación del principio de que la medida de la reducción ha de venir dada por el efectivo enriquecimiento percibido por el donatario. Y, además, nada de lo dicho es contrario a la letra del Código civil español común vigente ni requiere un ejercicio interpretativo especialmente complejo.

El art. 619 CCE completa y complementa el art. 618 CCE calificando como donaciones a diferentes actos/negocios que traen causa de algo distinto a la mera liberalidad del bienhechor. Y distingue y define dos subgrupos: por un lado, las donaciones en que se impone al donatario algún tipo de obligación o deber; por otro, aquéllas en que se atiende a cualidades o actuaciones de la persona del donatario.

Es notorio, y ya se ha justificado, que tanto en la donación modal como en la remuneratoria hay una conducta del donatario (voluntaria u obligada, anterior o posterior a la donación) que, en tanto que evaluable, puede incidir sobre el negocio jurídico y minorar el valor de lo donado (lo que será clave para el tema que nos ocupa). La conducta a la que, en estos casos, viene obligado el donatario (donación modal) o los servicios prestados por éste (remuneratoria) reducen (cuando lo hacen) el emolumento proporcionado por la donación y, como ya se ha dicho en varias ocasiones, esto ha de ser tenido en cuenta a la hora de proceder a su reducción. De otro modo, esto es, si se permitiera que el legitimario redujera pura y simplemente la donación minorada por el gravamen o los servicios prestados, se produciría un enriquecimiento injusto de éste.

Sin embargo, esto no es tan evidente para la donación por méritos, máxime cuando el mérito no tiene siquiera que haberse externalizado bajo la forma de una conducta concreta.

La donación por méritos es, así, distinta de la pura y simple, no porque en ella haya un elemento de onerosidad (que sí se da en las otras), sino porque añade algo más a la “mera” liberalidad del bienhechor.

Por tanto, el mérito, cuya presencia justifica la distinción con la donación pura y simple, no basta para entender que en la misma concurra un elemento de onerosidad, lo que no permite el recurso al art. 622 CCE, ni siquiera parcialmente.

Al no poderse aplicar, ni por el art. 622 CCE, ni por analogía, la normativa de los contratos ni siquiera a parte de la donación, habrá de concluirse que la misma podrá ser reducida totalmente.

Como ya se ha indicado, esta es la solución que, siendo acorde con la letra del Código civil, mejor protege y sirve al interés del legitimario.

Y a la misma conclusión se llega en aplicación del principio – ya citado – de que la medida de la reducción ha de venir dada por el efectivo enriquecimiento recibido por el donatario. Principio que, aunque no expresado por el Derecho positivo, es – creemos – el que subyace a todas las soluciones planteadas tanto por éste, como por la doctrina que lo interpreta.

En efecto, el mérito, en tanto que cualidad personal, no supone una efectiva minoración de lo recibido por el donatario. Siendo así, difícilmente podrá obstarse a una reducción total de la donación recibida, pues para ello habría que probar que no hubo correlación y proporción entre el empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario, es decir, que el donatario no se enriqueció en la misma medida en que se empobreció el donante y que, por consiguiente, sólo puede sufrir la reducción en la medida de su enriquecimiento.

V. DONACIÓN CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN

1. Concepto. La especificidad de la reversión

La donación con cláusula de reversión se contiene en el art. 641 CCE, que, por su interés y complejidad, merece ser transcrito íntegramente:

“Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas

sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula; pero no producirá la nulidad de la donación”.

Como puede apreciarse, el art. 641 CCE no define legalmente qué es una donación con cláusula de reversión (como, de otra parte, sí hacen los arts. 618 o 619 CCE con otros tipos de donaciones), sino que, primero, establece las clases o modalidades que existen o se admiten de la misma y, segundo, señala los requisitos que han de reunir cada una de ellas.

De su dicción, no obstante, puede colegirse que la reversión, como agregado de la donación, se cifrará en un pacto o cláusula negocial insertado en el acto/negocio principal¹⁵⁵⁶. El art. 641 CCE señala que puede pactarse en cualquier tipo o clase de donación, sea de mueble o de inmueble, sin requisitos específicos o adicionales a los formales, cuando la reversión se pacte a favor del donante¹⁵⁵⁷; y cumpliendo los requisitos establecidos para las sustituciones testamentarias (arts. 774 a 789 CCE) en los supuestos en que la reversión se pacte en favor de un tercero, distinto del donante¹⁵⁵⁸.

La reversión, así pactada, hará nacer para el donatario la obligación de realizar una nueva y segunda entrega¹⁵⁵⁹ de la cosa donada, de tal modo que ésta retorne al patrimonio

¹⁵⁵⁶ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 325, señala que la reversión pactada puede afectar a todos o a sólo una parte de los bienes.

¹⁵⁵⁷ La STS de 14 de mayo de 1987 (RJ\1987\3442) recuerda, en su FJ 2º, que la cláusula de reversión debe respetar, en todo caso, los requisitos de forma establecidos para la donación de que se trate (arts. 632 y 633 CCE). Así, sostiene que: “Es de sobra sabido que en la donación de bienes inmuebles el requisito formal de su otorgamiento en escritura pública se convierte en un elemento esencial del contrato por imperativo del artículo 633 del Código Civil, requisito formal que abarca todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión que, como una cláusula más del contrato, está sometido a sus mismas exigencias solemnes [...]. Por lo que ni son admisibles en el ámbito de la donación de bienes inmuebles los pactos de reversión verbales o en documento privado previos o simultáneos a la donación, ni los posteriores al contrato lucrativo convenidos en dicha forma privada”.

¹⁵⁵⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 641” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 1626.

¹⁵⁵⁹ Así la define MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 226.

del donante o pase al patrimonio de una tercera persona, distinta del donante y del donatario y, por consiguiente, extraña (ajena) al acto/negocio original de la donación¹⁵⁶⁰.

El *Codice civile*, por su parte, recoge la donación con cláusula de reversión en el art. 791, cuando dice:

“Il donante può stipulare la riversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti.

Nel caso in cui la donazione è fatta con generica indicazione della riversibilità, questa riguarda la premorienza, non solo del donatario, ma anche dei suoi discendenti.

Non si fa luogo a riversibilità che a beneficio del solo donante. Il patto a favore di altri si considera non apposto”.

Las diferencias de régimen jurídico con el art. 641 CCE son paladinas: (i) el *Codice italiano* limita el pacto de reversión a la persona del donante¹⁵⁶¹, sin que éste pueda extenderlo a terceras personas¹⁵⁶² (3º comma); (ii) reduce también el evento reversional a dos supuestos de hecho concretos: la muerte del donante o la muerte del donante y de su descendencia¹⁵⁶³. La libertad de donante y donatario para configurar el título queda, así, más limitada en el Derecho italiano que en el Derecho español.

Respecto a la naturaleza jurídica, la doctrina italiana encuadra esta donación entre aquellas sometidas a término resolutorio¹⁵⁶⁴, de modo que si se produce el evento

¹⁵⁶⁰ NART, Ignacio. “Donación y reversión a personas futuras” en *Anuario de Derecho Civil. Vol. 5. Num. 2. 1952. p. 600* señala que, si bien la palabra reversión (que implica “vuelta”, “retorno”) está bien utilizada en el primer caso, no ocurre lo mismo en el segundo, en el que, más que a una reversión, asistimos, como bien señala el Código, a una sustitución de la persona del donatario.

¹⁵⁶¹ Debiendo considerarse como no puesto el pacto que establezca la reversión en favor de un tercero (PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici. cit. p. 2007.*

¹⁵⁶² TRINGALI, Fabio. *Le donazioni. cit. p. 265.* PALAZZO, Antonio. *Le donazioni. cit. p. 20.*

¹⁵⁶³ Sobre el debate abierto en torno a la interpretación de este concepto y si en el mismo deben entenderse integrados los descendientes adoptivos, puede verse PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici. cit. p. 2007.*

¹⁵⁶⁴ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni. cit. p. 846.* En este sentido, entre otras, para España, la STS de 11 de marzo de 1988 (RJ\1988\1960), FJ 1º, cuyo fin principal es deslindar la donación con cláusula de reversión de la donación modal.

reversional, los bienes volverán al patrimonio del donante y la donación se reputará como nunca otorgada¹⁵⁶⁵.

Esta particularidad explica que, para el ordenamiento italiano, la reversión tenga, al contrario de lo que ocurre en Derecho español, efectos *ex tunc*¹⁵⁶⁶, de modo que habrán de resolverse todas las enajenaciones realizadas por el donatario, así como los pesos o hipotecas impuestos sobre los bienes (pues, cumplido el evento reversional, será como si la donación nunca se hubiese otorgado). Así se deduce de la dicción literal del art. 792, comma 1, CCI, que salva de esta retroactividad el derecho de hipoteca puesto en garantía de la dote u otros pactos matrimoniales, siempre que se cumplan determinados requisitos que establece la propia norma.

A este respecto es importante señalar que el art. 792, 2º comma del CCI señala que las partes pueden disponer que la reversión no afecte a los derechos legitimarios del cónyuge supérstite del donatario.

Nada de esto ocurre en el ordenamiento español, para el que la reversión es, a la vez, mucho más amplia y mucho más estrecha.

Importante, finalmente, será, en Derecho español, diferenciar la donación con cláusula de reversión del art. 641 CCE, de la donación *sub modo*, toda vez que en ambos casos, pero no por los mismos motivos ni de la misma forma, puede producirse una salida de los bienes donado del patrimonio del donatario.

Esta diferenciación será especialmente difícil en un supuesto concreto: cuando la cláusula reversional establezca que la reversión en favor del donante (o de terceros) ha de producirse si los bienes no se destinan al fin para el que fueron donados. Surge aquí la duda de si se está ante un supuesto de reversión o de incumplimiento de cargas.

La jurisprudencia, a este respecto, se centra, para la calificación del negocio en un sentido o en otro, en la interpretación literal de la cláusula en que se contengan las consecuencias del incumplimiento o cambio del fin o destino al que debía aplicarse el

¹⁵⁶⁵ Así se expresan, entre otros, RESCIGNO, Pietro. *Manuale di Diritto Privato*. cit. p. 615.

¹⁵⁶⁶ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 333. Retroactividad esta que es modulada por la aplicación, a este supuesto, de los arts. 1153 CCI (para los bienes muebles), 1159 CCI (para los inmuebles) y 1361 CCI (para los actos de administración realizados por el donatario).

Y esto sin perjuicio – explica TRINGALI – de que las partes puedan pactar una reversión meramente obligacional y con efectos *ex nunc*.

bien objeto de la donación (art. 1281.1 CCE). Lo dicho se ilustra con la comparación de dos sentencias:

Primero, la STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8698). En el caso de autos, un particular había donado un inmueble al Ayuntamiento con la orden expresa de que fuese destinado a colegio. En la donación incluía cláusula según la cual, de no destinarse el inmueble a tal fin o de cambiar su destino a lo largo del tiempo, tanto él como sus herederos podrían recuperar los bienes.

El Alto Tribunal, ante la acción planteada por el biznieto del donante, sostiene, en el FJ 2º de la sentencia citada, que, en este caso, la cláusula introducida por el donante¹⁵⁶⁷ no establece reversión alguna, ni en favor del propio donante, ni en favor de terceros, sino que se limita a recordar que, en caso de incumplimiento de la carga impuesta, la donación podrá ser revocada tanto por el donante como por sus herederos (por consiguiente, donación *sub modo*).

Segundo, con un supuesto parecido, pero un razonamiento distinto, la STS de 13 de julio de 1989 (RJ\1989\5607), ya citada. Aquí, al igual que ocurría en el caso anterior, el donante (una Corporación Local, en este caso) había dispuesto de un inmueble (un solar) en favor del donatario con el fin de que sobre el mismo se edificara (con unas condiciones concretas y dentro de unos plazos determinados) una casa sindical. Y se introducía una cláusula, en función de la cuál: “Por incumplimiento de las condiciones impuestas al cesionario en los apartados que anteceden, el solar objeto de la cesión revertirá automáticamente de pleno derecho al patrimonio de la Entidad cedente con todas sus pertenencias y anexiones”.

A diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, el Tribunal, respetando la interpretación de la instancia, en aplicación del art. 1281.1 CCE, entiende que se está aquí ante una verdadera donación con cláusula de reversión, toda vez que se establece que, de no aplicarse el inmueble al fin para el que fue donado, el mismo habrá de volver, de forma automática, al patrimonio del donante.

No se dice, como en la primera sentencia, que el donante podrá recuperar los bienes en caso de incumplimiento; sino que éstos volverán automáticamente a su patrimonio.

¹⁵⁶⁷ «Si por cualquier circunstancia, el Estado, la provincia o el municipio, pretendieran destinar el edificio a que se refiere la donación a otro objeto, distinto de aquel para el que expresamente se ha construido, el señor donante, este o sus herederos se reservan el derecho de adquirirlo en pleno dominio como dueño del mismo, considerándose entonces nula y de ningún efecto esta donación».

Aquí cifra el Alto Tribunal la diferencia entre la donación modal y la donación con cláusula de reversión¹⁵⁶⁸.

2. Efectos de la reversión. Su incidencia sobre la reducción

La incidencia que la presencia en la donación de una cláusula de reversión va a tener para la reducción de donaciones va a depender, en gran medida, de si ésta se pactó en favor del propio donante o de un tercero, pues, si bien en los dos casos nos encontramos con una segunda atribución, no en los dos va a tener el mismo funcionamiento.

2.1. Reversión pactada en favor del donante

En los casos en lo que la reversión se pacte en favor del donante, habrá de distinguirse, a efectos de reducción, según esta reversión se lleve a cabo en vida del donante o después de su muerte.

1. La reversión tiene lugar en vida del donante. El evento reversional (sea condición o término) tiene lugar en vida del donante¹⁵⁶⁹ y éste ejecuta la reversión pactada. En este caso, el bien objeto de la donación original volverá al patrimonio del causante, por lo que, a efectos de reducción, será como si nunca hubiese salido de él.

Dicho con otras palabras: cuando el donante ha solicitado él mismo (porque podía) la reversión de la donación, los bienes objeto de la misma volverán a su patrimonio y, a su muerte, salvo que el causante haya realizado nuevo acto de disposición sobre los mismos, formarán parte de su activo hereditario (art. 659 CCE). La donación, en tanto que no supuso, finalmente, salida (perpetua) alguna de bienes del patrimonio del causante, no pudo en ningún caso resultar inoficiosa (art. 636 CCE) y, por consiguiente, no cabrá en este supuesto la acción de reducción.

¹⁵⁶⁸ En este sentido, también TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 267. “Il patto di reversibilità opera *ipso iure*”.

¹⁵⁶⁹ Por ejemplo, cuando se pacta que la reversión tenga lugar siempre que el donatario muera antes que el donante.

2. La reversión tiene lugar tras la muerte del donante. Si el evento reversional tiene lugar después de la muerte del donante y estamos en algunos de los supuestos en que la facultad de solicitar la reversión/entrega del bien pasa a los sucesores de éste, caben dos opciones¹⁵⁷⁰:

- a. *Que los legitimarios sean sucesores del donante/causante.* Será el caso más habitual en la práctica, bien porque se abra la sucesión intestada, bien porque el causante haya testado en favor de sus parientes legitimarios¹⁵⁷¹. Si se entiende que a ellos se transmite la facultad de solicitar la reversión/entrega del bien (en supuestos concretos), será ésta la que deban ejercitar los legitimarios (en tanto que sucesores del donante/causante) y no la reducción de donaciones.

Esto nos parece más acorde al instituto de la reversión y se coordina bien con lo que se señalaba en sede de donación modal para la reversión por incumplimiento de cargas, pues no tiene sentido reducir una donación que, por su propia configuración y naturaleza, ha de volver al patrimonio del causante e integrarse dentro del activo relicto.

Además, es ésta la vía que más garantía da al legitimario-sucesor ya que éste podrá solicitar la reversión en todo caso en que tenga lugar el evento reversional (si fue antes de la muerte del donante o si, siendo término reversional, éste llegó después de la muerte del *de cuius*) y sin necesidad de haber llevado a cabo operación particional alguna¹⁵⁷²; la reducción de donaciones, sin embargo, sólo podrá solicitarla el

¹⁵⁷⁰ Sobre el particular, puede verse ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 641” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 1626, que señala que, en caso de reversión pactada a término o de condición cumplida en vida del donante, pasa a los sucesores de este la facultad de solicitar la reversión. En el mismo sentido, SIRVENT GARCÍA, Jorge. *La donación con cláusula de reversión.* Valencia: Tirant lo Blanch. 2000. p. 100.

¹⁵⁷¹ Por regla general, sus descendientes y su cónyuge (art. 807 CCE).

¹⁵⁷² Pues la reversión no descansa sobre la lesión que la donación pueda causar al haber hereditario, sino sobre la llegada del término o el cumplimiento de la condición reversional.

legitimario una vez realizadas las operaciones de determinación y cálculo de la legítima, si la donación en sí fuese lesiva y menoscabara su derecho.

- b. *Que los legitimarios no sean sucesores del donante/causante.* Este supuesto es más problemático, aunque difícil de acontecer en la práctica¹⁵⁷³.

En este caso, el bien irá a los sucesores no legitimarios (junto con los sucesores-legitimarios) en base a un derecho preexistente en el patrimonio del causante. Son ellos, en tanto que continuadores de la personalidad del donante/causante, los que deben ejercitar la facultad en que la reversión consiste. Si la donación fuese lesiva para la legítima, cabe preguntarse, sin embargo, qué acción sería la que habría de ejercer el legitimario, toda vez que el bien objeto de la donación no está ya en poder del donatario, sino de los sucesores del donante.

Se acentúa el problema si entendemos, como hace la jurisprudencia, que la reversión opera *ipso iure* y que los bienes, aunque continúen en posesión del donatario, volvieron al caudal relicto desde que aconteció el evento reversional y que, desde ahí, fueron a parar al patrimonio de los sucesores (universales o particulares) del donante, integrando el llamamiento sucesorio a ellos deferido.

En este caso, por ejemplo, no cabría acción de reducción de donaciones. El bien estaría integrado en el patrimonio del donante, por lo que habrá de ejercitarse la acción de complemento de legítima que proceda, pero no la de reducción de donaciones.

¹⁵⁷³ Es el caso en que el testador haya señalado como sucesores testamentarios a personas distintas de los legitimarios y, o bien haya satisfecho en vida a éstos; o bien los haya preterido o desheredado. Este caso, extremo, será difícil que se dé en la práctica. Lo normal será, como ya se ha señalado, que los sucesores testamentarios coincidan con los legitimarios o que, todo lo más, algún legitimario (aisladamente) no sea instituido como sucesor en el testamento.

Mejor explicado. Si, en efecto, se entiende que la donación perdió su efecto y vigencia en el momento en que aconteció el evento reversional y que, por consiguiente, no hay donación que reducir. En este caso, si dicha donación fue la única que realizó el causante, la acción de reducción de donaciones decaerá por falta de objeto. Quedará abierta la vía, como se ha indicado, de la acción de complemento de legítima (art. 815 CCE) o de reducción de legados (arts. 817 y 820 CCE), siempre que se den los restantes requisitos de las mismas¹⁵⁷⁴. En cuyo caso el cómputo de la legítima debe realizarse computando el valor del bien objeto de la donación como integrante del *relictum* y no del *donatum*, por lo que quedará afecto al pago de las deudas hereditarias (art. 818 CCE).

2.2. Reversión pactada en favor de un tercero

En el caso de que la reversión se pacte en favor de un tercero, lo que se producirá, cuando llegue el término o se cumpla la condición reversional, será una segunda atribución lucrativa en favor de otra persona, distinta del primer donatario que, como tal atribución, será susceptible de ser reducida.

1. La reversión tiene lugar antes de la muerte del donante. Cuando el evento reversional acontece antes de la muerte del donante, esta segunda atribución que el primer donatario realiza en favor del reversionario puede ser calificada, también, de donación y, por consiguiente, podrá ser reducida, siendo el sujeto pasivo de dicha reducción el reversionario, destinatario final del bien. Ahora bien, para determinar el modo de proceder a su reducción, habrá de distinguirse si la reversión tenía carácter total o parcial.
 - a. *Reversión parcial.* Si la cláusula de reversión tenía carácter parcial, se entenderá que lo que recibe el donatario es una donación gravada (análoga, salvando las distancias, a la

¹⁵⁷⁴ Que son, por otra parte, las que deben ejercitarse con carácter previo al ejercicio de la acción de reducción (art. 820 CC).

donación modal con *modus* impuesto en beneficio de un tercero). Estaremos, por consiguiente, ante dos donaciones distintas:

- i. La primera, que tiene por destinatario al primer donatario, será una donación con carga, cifrándose ésta en la obligación de entregar la cosa al tercero. El valor de la carga vendrá dado, en este caso, por el valor de lo que el primer donatario entregue al reversionario al acontecer el evento reversional. Es decir, se entenderá que el primer donatario recibe *inter vivos* a título lucrativo el valor de los bienes no sujetos a reversión, sumados los frutos que ha percibido de la cosa sujeta a reversión mientras estuvo en su poder. Esto, y no otra cosa, es lo que recibe del donante.

En efecto, todo es más sencillo en este supuesto pues, como todo tiene lugar en vida del donante, a su muerte es más fácil determinar quién fue el primer donatario, quién el reversionario y cuál ha sido el valor efectivo de la atribución que han recibido uno y otro.

- ii. La segunda, tiene por destinatario al reversionario y su valor vendrá constituido por lo que efectivamente reciba de aquél.
- b. *Reversión total*. También en este caso nos encontramos con dos donaciones distintas, hechas por el mismo donante en base a un único negocio jurídico.
 - i. La primera, como en el caso anterior, es la que tiene por destinatario al primer donatario, que es el que interviene en el acto/negocio jurídico. En este caso en el que la reversión afecta a la totalidad de la donación, el primer donatario puede ser equiparado

a un propietario temporal de los bienes (sobre todo, si no se le reconoce poder de disposición sobre los mismos). El valor de su donación vendrá dada por el valor del aprovechamiento que perciba de la donación, pues esto es, en realidad, lo que le donó el donante.

- ii. La segunda, tiene por destinatario al tercero y su valor vendrá dado por el total del valor de los bienes que reciba (y como los reciba) del primer donatario.

En estos casos en que la reversión tiene lugar antes de la muerte del donante se está, en todo caso, ante dos donaciones distintas. En efecto, la segunda entrega en que la reversión consiste, va a suponer una nueva donación, susceptible de ser reducida por inoficiosa si lesiona la legítima de los legitimarios.

Aplicando aquí el principio de que la medida de la reducción ha de venir dada por el enriquecimiento efectivo del donatario, ha de señalarse que cada destinatario de la cosa habrá de sufrir la reducción en proporción al efectivo enriquecimiento que reciba.

Ha de señalarse, a efectos del art. 656 CCE, que caben dos opciones: la primera, entender que, en la medida en que la cláusula de reversión se integra en el negocio donación, se trata de donaciones simultáneas que han de ser reducidas a prorrata (y, como se ha indicado, en proporción al enriquecimiento recibido por cada uno de los donatarios); y la segunda, sostener que la segunda donación únicamente se produce o verifica en el momento en que tiene lugar el evento reversional, siendo éste el que determina la fecha de la segunda entrega del bien. Aplicada esta segunda solución, la donación realizada al primer donatario (el obligado a soportar la reversión), tendría siempre carácter anterior con respecto a la del segundo destinatario, por lo que la de aquél no podría

reducirse hasta reducir totalmente el valor de lo recibido por éste.

Nos parece, no obstante, que pese a la importancia que tiene el evento reversional, en realidad, la fecha de la donación (incluso la realizada en favor del segundo destinatario) ha de ser la de celebración del negocio principal (la donación con cláusula de reversión), que es del que traen causa todas las relaciones subsiguientes, por lo que ambas donaciones habrán de reducirse a prorrata y proporcionalmente.

2. La reversión tiene lugar tras la muerte del donante/causante. En este segundo supuesto la cuestión de la segunda entrega se vuelve más problemática.

Por el momento y motivo por el que se realiza esta segunda entrega – tras la muerte del donante – puede surgir la duda de si dicha entrega, a efectos de reducción, se equiparará a una donación o a un legado.

Argumentos en favor de su tratamiento como legado está el hecho de que se entienda que se trata de una entrega que tiene una cierta naturaleza *mortis causa*, de ahí que se someta a las mismas reglas que las sustituciones testamentarias. Ya hemos señalado que hay autores incluso que hablan claramente en este caso de donación *mortis causa*.

Ahora bien, nosotros hemos defendido que, más allá de otros debates abiertos o que puedan abrirse, y solo a los efectos del tema de esta investigación, la segunda entrega en que consiste la reversión parte del negocio principal donación, que tiene carácter *inter vivos*. De este negocio trae causa y a él debe referirse (a salvo que el Código civil común, para evitar posibles fraudes, la sujete a las mismas reglas de la sustitución fideicomisaria). Es por ello que consideramos que esta segunda entrega participa de la naturaleza de la donación y, por consiguiente, habría de reducirse conforme a las reglas señaladas *supra* para la reversión producida en vida del donante.

VI. DONACIÓN CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER

1. Concepto

La donación con reserva de la facultad de disponer se recoge, dentro del ordenamiento español común, en el art. 639 CCE cuando dice que el donante puede reservarse la facultad de disponer de alguno o algunos de los bienes donados o de una cantidad con cargo a ellos, siempre que esta facultad la ejercite en vida, pues no podrá ser transmitida a sus sucesores.

Características propias de la reserva de la facultad de disponer son: (i) tiene como destinatario exclusivo al donante; (ii) es personalísima e intransmisibile tanto *inter vivos* como *mortis causa*; (iii) se refiere a una facultad (la de disposición) y no a bienes concretos; (iv) su objeto es doble: puede referirse a los bienes donados o a una cantidad con relación a ellos, (v) no ha de abarcar, en principio, la totalidad de los bienes donados¹⁵⁷⁵.

Desde el punto de vista comparativo, ha de citarse, también, el art. 790 del CCI, cuando señala que

“Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, tale facoltà non può essere esercitata dagli eredi”.

Y que, como se observa, reitera las características ya mencionadas.

2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la donación con reserva de la facultad de disponer no es una cuestión pacífica dentro de la doctrina.

En España, por ejemplo, un grupo de autores, más que catalogarla como un tipo de donación concreta y distinta de las anteriores, entienden que lo que el art. 639 CCE hace es permitir o decretar la validez de la cláusula mediante la cual donante y donatario

¹⁵⁷⁵ Aunque en este punto, como se dirá inmediatamente, la doctrina no es pacífica.

reconocen y aceptan que, pese a ser los bienes propiedad del segundo, tenga el primero, temporalmente, poder de disposición sobre alguno/s de los mismos¹⁵⁷⁶.

Estamos, por tanto, no ante una verdadera reserva, que conculcaría el principio clásico *donner et retenir ne vaut*, sino ante una facultad contractual nueva, que nace por pacto entre donante y donatario, y que reconoce para el primero un poder de disposición sobre los bienes distinto de aquél que tenía antes de realizar la donación.

También dentro de la doctrina española, cohonestando la validez de la donación con reserva de la facultad de disponer y el principio clásico, arraigado en casi todos los Derechos civiles herederos del *Code*, de que *donner et retenir ne vaut*, se encuentra BARRAL VIÑALS¹⁵⁷⁷. La tesis principal de esta autora es que la facultad de disposición no constituye la esencia del derecho de propiedad, sino que es una más de las facultades que integran el dominio¹⁵⁷⁸. Desde esa perspectiva, nada obsta para que pueda transmitirse válida y efectivamente la propiedad de un bien concreto, reservándose el anterior propietario la facultad de disponer del mismo. VIÑALS resta importancia a si la cláusula mediante la cual se reconoce que el donante tenga facultad de disposición sobre un bien ajeno constituye una reserva o una facultad nacida *ex contrato*. Es más importante, a su juicio, remarcar que puede haber válida y efectiva transmisión de la propiedad sin que, a su vez, se transmita o se reconozca al nuevo propietario facultad de disposición sobre los bienes adquiridos.

La doctrina italiana, por su parte, analiza la naturaleza jurídica de la donación con reserva de la facultad de disponer con relación a si dicha facultad recae sobre bienes concretos o sobre una cantidad determinada¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 639” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 1621.

¹⁵⁷⁷ BARRAL VIÑALS, Immaculada. *La reserva de la facultad de disponer en la donación*. Barcelona: Bosch. 1996. p. 139.

¹⁵⁷⁸ Ya PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 318 señala que es ésta una de las teorías clásicas usadas para justificar dogmáticamente la existencia de la donación con reserva de la facultad de disponer.

¹⁵⁷⁹ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 263.

Así, cuando la reserva de la facultad de disponer recae sobre bienes concretos, la donación se incardinará entre aquéllas sometidas a condición resolutoria meramente potestativa (excepcionalmente válida)¹⁵⁸⁰.

Por el contrario, cuando la “reserva” recaiga sobre una cantidad determinada, la donación se configurará como de tipo modal, consistiendo el *modus* en la obligación, por parte del donatario, de entregar una cantidad de dinero al tercero a requerimiento del donante (cantidad que – como señala TRINGALI¹⁵⁸¹ – siempre tendrá como límite máximo el total del valor de los bienes objeto de la donación, en consonancia con lo establecido en el art. 793, comma 2, CCI).

Es pacífico afirmar que la donación con reserva de la facultad de disponer es verdadera y válida donación, por lo que transmitirá la propiedad de la cosa o cosas donadas¹⁵⁸², pues, de hecho, este es el efecto típico de la donación en el Derecho español común¹⁵⁸³. Y esto explica, también, a mayor abundamiento, que, si no se utiliza la facultad de disponer por parte del donante, los bienes queden en poder del donatario y sean transmitidos, siguiendo los cauces usuales, a sus sucesores (arts. 658 y 659 CCE), sin que sobre ellos puedan alegar derecho alguno los sucesores y legitimarios del donante, salvo que la donación haya resultado perjudicial para la legítima (arts. 636 y 654 y ss. CCE).

3. Características propias de la facultad de disponer

El art. 639 CC establece una serie de requisitos que ha de reunir y de límites que ha de respetar, para ser válida y producir efectos, la reserva de la facultad de disponer de determinados bienes.

1. Carácter personalísimo. La facultad de disponer reconocida al donante en el acto/negocio donación es de carácter personalísimo¹⁵⁸⁴,

¹⁵⁸⁰ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias y comentarios. Tomo II*. cit. p. 302 apunta la cercanía entre la donación con reserva de la facultad de disponer y la donación sometida a condición resolutoria, aunque no lo desarrolla.

¹⁵⁸¹ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 264.

¹⁵⁸² Por todos, BARRAL VIÑALS, Immaculada. *La reserva de la facultad de disponer en la donación*. cit. p. 135.

¹⁵⁸³ Art. 618 CCE, que califica la donación como “acto de disposición”, siendo aún controvertida y discutida la validez, en el ordenamiento español común, de la donación obligacional.

¹⁵⁸⁴ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 264, por lo que, en su opinión, no puede ser extendida por pacto entre las partes a los herederos del donante.

es decir, que se extingue por la muerte del donante, no pudiendo, en ningún caso, ser transmitida *mortis causa* a sus herederos (art. 659 CCE en relación con el art. 639 CCE, *in fine*)¹⁵⁸⁵. MANRESA¹⁵⁸⁶, a este respecto, señala que en la medida en que esta facultad se reconoce únicamente a la persona del donante, si éste no la ejercita durante su vida, se extinguirá, no pudiendo entenderse reconocida también a sus sucesores.

En la medida en que es personalísima e inherente a la persona del donante, tampoco podrá éste transmitirla *inter vivos*, por acto oneroso o gratuito.

2. Sujeto activo determinado. El art. 639 CCE únicamente permite, pues así lo dice expresamente, que la facultad de disponer se reconozca en favor de sólo el donante. No puede, por consiguiente, reconocerse esta facultad a un tercero, ni a los sucesores del donante, ni a ningún otro sujeto distinto de éste. Y tampoco puede, como ya hemos indicado, ser objeto de transmisión gratuita u onerosa.
3. Momento de su adopción. La cláusula que permite al donante disponer de alguno/s de los bienes donados debe adoptarse en el momento de realizarse la donación y con los mismos requisitos formales que se exijan para ésta (arts. 632 y 633 CCE).

Es precisamente gracias a la aceptación del donatario, que conoce la existencia y extensión de la reserva, por lo que puede admitirse ésta¹⁵⁸⁷, como uno de los pactos que pueden alcanzar los sujetos intervinientes en el negocio en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CCE).

En contra, un sector de la doctrina sostiene que cabría pactarla en instrumento o escrito posterior entre donante y donatario. Pues lo importante es que la reserva sea aceptada por el donatario y no, necesariamente, que se pacte en el momento de realizarse la donación.

¹⁵⁸⁵ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 18.

¹⁵⁸⁶ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 223.

¹⁵⁸⁷ De lo contrario, se estaría vulnerando el principio de irrevocabilidad (salvo causa justa y tasada) de las donaciones.

Y esto, como señala BARRAL VIÑALS, porque el donante “no puede provocar unilateralmente tal efecto [el de la reserva de la facultad de disposición]”¹⁵⁸⁸.

4. Límites. El art. 639 CCE va a poner un especial cuidado en señalar los límites a que estará sujeta esta nueva facultad. Dichos límites serán de dos tipos:

a. *Límite material*. Sobre la base del derecho positivo, un importante sector de la doctrina señala que la facultad de disponer únicamente puede tener un alcance parcial y, por consiguiente, *a contrario*, no total¹⁵⁸⁹. Esto es, que puede afectar a alguno o algunos de los bienes donados, o a cierta cantidad con respecto de ellos, pero que en ningún caso podrá referirse a la totalidad de los bienes o del valor de lo donado (en este sentido, STS num. 261/1993, de 22 de marzo (RJ\1993\2029), FJ 2º).

Crítica esta solución BARRAL VIÑALS¹⁵⁹⁰, para quien los defensores de la reserva parcial parten del principio de que *donner et retenir ne vaut*, que lleva a considerar nula (o ineficaz) la donación en la que existe reserva de la facultad de disponer sobre todos los bienes. Tal postura, sin embargo, obvia que el ordenamiento español da libertad a donante y donatario para configurar libremente el título de la donación, lo que lleva que, pese a la dicción del artículo (fruto, en su opinión, del arrastre histórico), la reserva pueda ser total, si así lo pactan entre ellos.

No se corresponde con la naturaleza y objeto de este estudio decantarse por cualquiera de las dos posturas. Ambas, desde la perspectiva de la reducción, son aceptables y únicamente incidirán en lo relativo a la inoficiosidad, como se indicará, en

¹⁵⁸⁸ BARRAL VIÑALS, Immaculada. *La reserva de la facultad de disponer en la donación*. cit. p. 171.

¹⁵⁸⁹ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo II. cit. p. 1579. A favor de la reserva total, PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 19.

¹⁵⁹⁰ BARRAL VIÑALS, Immaculada. *La reserva de la facultad de disponer en la donación*. cit. p. 187.

la extensión que podrá alcanzar la reducción. No obstante, sí puede añadirse – en nuestra opinión – que los defensores de la reserva total obvian la letra del art. 639 CCE, que circunscribe la reserva expresamente a “algunos de los bienes donados”. Y, por consiguiente, salvo que se pruebe que fue un error del legislador, ha de admitirse que el propio Código parece excluir la reserva total. Quizá por una aplicación estricta del principio de que no es válido donar y retener, que le lleva a interpretar la donación con reserva total como un negocio fraudulento. En cualquier caso, la letra del Código civil español vigente es clara y, creemos, a falta de un mejor criterio interpretativo, debe seguirse el literal (art. 3.1 CCE).

No obstante lo dicho, no se los escapa que esta solución produce una infinidad de problemas prácticos. Por ejemplo, de admitirse – como hemos hecho – que no cabe la reserva total, la reserva de la facultad de disponer únicamente podría pactarse cuando la donación tuviera por objeto más de un bien o un único bien que fuese de fácil división, lo que no es requisito impuesto por la norma. Por consiguiente, si se admite que cabe la reserva de la facultad de disponer en donaciones que tengan por objeto un único bien indivisible (o que no admita cómoda división), entonces, ha de admitirse – sin mayores problemas – la validez de la reserva total.

La cuestión, por tanto, continúa abierta, aunque, como ya se ha indicado, cuando el Tribunal Supremo ha tenido que conocer de la cuestión, se ha decantado por la reserva parcial.

- b. *Límite temporal.* La facultad de disponer reconocida en contrato, por su carácter personalísimo, siempre estará limitada en el tiempo. Así, donante y donatario pueden darle una duración determinada¹⁵⁹¹ o no. En cualquier caso, la facultad siempre tendrá como límite máximo la vida del

¹⁵⁹¹ Por ejemplo: “se reconoce al donante facultad para disponer de determinados bienes durante los cinco años siguientes a aquél en que se formalice la donación”.

donante¹⁵⁹². Esto no obsta, sin embargo, para que éste pueda disponer de los bienes, si no se prohíbe expresamente en la cláusula contractual, por acto o disposición *mortis causa*. Teniendo en cuenta que, en este caso, lo que puede hacer el donante es disponer de los bienes y no de la facultad de disposición a él reconocida. Esto es, que puede ordenar que los bienes A y B vayan a parar a X, pero no puede hacer a X destinatario de su facultad de disponer sobre los bienes A y B.

4. La reducción de la donación con reserva de la facultad de disponer

La reducción de este tipo de donaciones, en base al principio de que la medida de la reducción ha de venir dada por la medida del efectivo enriquecimiento del donatario, va a diferir según el donante haya hecho o no uso de la facultad de disposición a él reconocida.

1. Si el donante no hizo uso de su facultad de disposición. Si el donante no hizo uso de su facultad de disposición, este tipo de donación será reducida como una donación pura y simple. Y esto porque la inoficiosidad, como ya se ha indicado en múltiples ocasiones, únicamente va a poder determinarse y apreciarse tras la apertura de la sucesión, es decir, una vez se haya producido la muerte del causante. Evento éste que, además, señala el fin o extinción de la facultad de disponer sobre alguno/s de los bienes donados o de alguna cantidad con respecto a ellos (art. 639 CCE). La donación con reserva de la facultad de disponer que no se ha usado (y que, por la muerte del causante, no puede ya usarse), deviene donación pura y simple tras la apertura de la sucesión, al menos a efectos de reducción. Y esto porque, si no se usó la facultad de disponer, el donatario no ha sufrido (ni puede ya sufrir) minoración alguna en el enriquecimiento a él producido como resultado de la donación original. Por consiguiente,

¹⁵⁹² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 639” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I.* cit. p. 1623.

podrán seguirse en este caso las reglas ordinarias de la computación, imputación y reducción de donaciones¹⁵⁹³.

2. Si el donante usó de la facultad de disponer. La facultad de disponer del donante será siempre (siguiendo el criterio jurisprudencial) parcial, por lo que siempre quedará un remanente en poder del donatario que será, a su vez, la medida de su enriquecimiento.

Y este remanente, que supone un verdadero incremento patrimonial gratuito para el donatario, será susceptible de reducción. A estos efectos, sin embargo, únicamente debe reputarse donación la cantidad o valor sobre la que no se haya producido una efectiva disposición por parte del donante. Y esto porque ésta es la cantidad o valor que puede ser afectada por la inoficiosidad (art. 636 CCE), en base al principio de que la medida de la reducción vendrá dada por la medida del enriquecimiento efectivamente percibido por el donatario.

Si el donante, además, dispuso de los bienes inicialmente donados a título lucrativo, estaremos ante otra verdadera donación que, para su reducción, habrá de seguir las reglas establecidas para el tipo de donación de que se trate.

Dicho con otras palabras: la donación con reserva de la facultad en la que se ha usado parcialmente la reserva será reducida como una donación pura y simple únicamente en la parte no afectada por la disposición posterior del donante.

La disposición posterior llevada a cabo por el donante puede ser, a su vez, una nueva donación, susceptible, también, de ser reducida según las reglas establecidas para el tipo de donación de que se trate.

Esta nueva disposición, además, en la medida en que tiene lugar siempre *después* de la donación original en la que se reconoció la facultad de disponer, habrá de reducirse en todo caso antes que dicha donación original (art. 656 CCE).

¹⁵⁹³ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias y comentarios. Tomo II.* cit. p. 302. Señala que, si no se usó de la facultad de disponer de la cosa o cantidad por parte del donante, el bien objeto de la donación seguirá las reglas ordinarias de la sucesión *mortis causa*.

VII. DONACIÓN DE BIENES FUTUROS

1. La prohibición de donar bienes futuros

La donación de bienes futuros está, en principio, prohibida en el ordenamiento jurídico español por el art. 635 CCE¹⁵⁹⁴. Del mismo modo, aunque con otras palabras, se expresa el art. 624 CCE, en función del cuál sólo puede realizar la donación quien tenga la legitimidad para disponer efectivamente de los bienes en el momento de realizarse la donación¹⁵⁹⁵. La donación de bienes futuros será, por consiguiente, para el ordenamiento jurídico español común, nula de pleno derecho.

Misma disposición se contiene en el art. 771 CCI, 1º comma, que salva de la prohibición a los frutos aún no separados de la cosa madre. Entiende la doctrina¹⁵⁹⁶ italiana, por regla general, que queda también en este ordenamiento prohibida la donación de bienes futuros.

Posición discrepante mantiene BIONDI¹⁵⁹⁷, que recupera la historia de la prohibición, que nace – indirectamente¹⁵⁹⁸ – en la legislación postclásica, cuando la donación adquiere carácter autónomo. Dicha prohibición toma fuerza en el derecho consuetudinario francés, vinculada a la donación de bienes presentes y futuros.

A este respecto, la STS de 12 de noviembre de 1964 (RJ\1964\5080) señala que si la donación contuviera la disposición de bienes presentes y futuros (en el caso de la

¹⁵⁹⁴ “La donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación”. Antecedentes de esta norma son los arts. 953.II PPC de 1851.

¹⁵⁹⁵ Y nadie tiene capacidad efectiva *de presente* para disponer de un bien futuro.

Discrepa ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 624” en BERCOVITZ, Rodrigo; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 1590, para quien la exigencia de capacidad “para disponer” no se refiere a capacidad actual para disponer de unos bienes determinados (lo que cerraría el paso, por ejemplo, a la donación de bienes futuros), sino capacidad para disponer de la clase de bienes a la que pertenezcan los donados.

¹⁵⁹⁶ Por todos, PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. 1991. p. 90.

¹⁵⁹⁷ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. pp. 335 y ss.

¹⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 336 señala que Constantino exige como forma de la donación la *traditio advocata vicinitate* del bien objeto de la misma, lo que, de algún modo, impedía que se pudieran donar bienes futuros, de los que no se tiene la disposición actual.

sentencia, ajenos), la nulidad únicamente afectaría a éstos últimos (nulidad parcial) y no a la totalidad de la donación (Cdo.- 12º)¹⁵⁹⁹.

Por bienes futuros ha de entenderse, en el ordenamiento jurídico español común, todos aquéllos de los que el donante no pueda disponer efectivamente al tiempo de realizarse la donación, comprendiéndose englobados bajo esta etiqueta¹⁶⁰⁰: los verdaderamente futuros (que no existen en el momento de realizarse la donación), los ajenos (que pertenecen a persona distinta del donante), los propios con prohibición de disponer absoluta y los propios con prohibición de disponer a título gratuito¹⁶⁰¹.

Ratio de esta prohibición es, según la doctrina mayoritaria, que nadie puede disponer en el momento de la donación de tal cantidad o tipo de bienes que quede privado de lo necesario para vivir¹⁶⁰². En este sentido, se relacionaría con el límite establecido en el art. 634 CCE y, ambos, complementariamente, tendrían la función de preservar la persona del donante, de modo que nunca pudiera minorar su patrimonio (presente o futuro) en tal medida que no pudiera vivir decorosamente, convirtiéndose en una carga para los demás.

Aquí se sitúa, también, parte de la doctrina italiana¹⁶⁰³, que entiende la prohibición de donar bienes futuros como un límite a la generosidad del donante, de modo que éste no pueda, por enriquecer a un tercero, empobrecerse tanto que quede en estado de necesidad presente o futuro¹⁶⁰⁴.

Otro sector de la doctrina, sin embargo, entiende que la verdadera *ratio* de la norma que prohíbe donar bienes futuros es proteger la (futura) sucesión del donante y evitar que se produzca un supuesto (solapado) de negociación con la herencia futura¹⁶⁰⁵. Así, los arts. 634 y 635 CCE, además de proteger la persona del donante, estarían también salvaguardando su herencia futura, de tal modo que éste no pudiera desprenderse de tantos

¹⁵⁹⁹ En este sentido, también, PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 86, bajo la vigencia del principio *utile per inutile non vitiatur*.

¹⁶⁰⁰ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II*. cit. p. 299.

¹⁶⁰¹ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 89. “Beni futuri sono tanto quelli che oggettivamente non esistono ancora ma di cui si prevede l’esistenza futura, ad esempio un credito non ancora costituito, o il diritto i autore di un’opera che non esiste, quanto quelli soggettivamente futuri, nel senso che non esistono attualmente nel patrimonio del donante, ma soltanto *in rerum natura*”. Más adelante (p. 96), incluye en la prohibición también los bienes ajenos, toda vez que el art. 769 CCI define la donación como acto de disposición de un derecho propio (“di un *suo diritto*”).

¹⁶⁰² MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. cit. p. 203.

¹⁶⁰³ PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 87.

¹⁶⁰⁴ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 230.

¹⁶⁰⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II*. cit. p. 298.

bienes que no quedara nada que repartir a su muerte. En realidad, es cierto que la donación de bienes futuros guarda cierta relación con el llamado pacto sucesorio (prohibido por el art. 1271.II CCE).

Esta segunda apreciación, sin embargo, aunque correcta, carece de virtualidad práctica, toda vez que la legítima quedaría protegida frente a las donaciones excesivas por los arts. 818, 819, 820 y 636 CCE. En efecto, por amplia que fuera la donación realizada, los legitimarios del donante siempre podrían agredir los bienes donados a fin de satisfacer su derecho legitimario (pero sólo su derecho legitimario), por lo que la excesiva generosidad *inter vivos* del causante nunca podría minorar los derechos legales reconocidos a sus legitimarios.

2. La donación de bienes futuros del art. 1341.II CCE

No obstante la prohibición del art. 635 CCE, el art. 1341.II CCE¹⁶⁰⁶ parece permitir, siempre que se reúnan determinados requisitos, la donación de bienes futuros¹⁶⁰⁷. Dice así la norma citada:

“Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada”.

Precisamente por su excepcionalidad, el Código sujeta este tipo de donaciones a fuertes y especiales requisitos¹⁶⁰⁸: que se trate de donaciones hechas por razón de matrimonio, que tengan lugar entre los futuros esposos¹⁶⁰⁹, que se otorguen antes de la celebración del matrimonio, que se formalicen en capitulaciones matrimoniales y, finalmente, que se hagan para el caso de muerte y sujetas a los límites de la sucesión testada.

La especialidad de esta norma, así como lo enigmático de su redacción, ha hecho surgir una fuerte controversia doctrinal. Se discute su carácter *inter vivos* o *mortis*

¹⁶⁰⁶ Norma paralela en el art. 1245 PCC 1851.

¹⁶⁰⁷ SIRVENT GARCÍA, Jorge. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*. Valencia: Tirant lo blanch. 2003. p. 49, habla de verdadera excepción a la prohibición del art. 635 CC.

¹⁶⁰⁸ Señalados por FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*. Granada: Comares. 2006. pp. 197 y ss.

¹⁶⁰⁹ En esto se diferenciarán de las contempladas en el art. 1044 CCE, que requieren que el donante sea el causante y el donatario, en principio, alguno de sus hijos.

*causa*¹⁶¹⁰, así como si tienen la condición de revocables o irrevocables; se las asimila, también, al pacto sucesorio, sosteniendo que esta norma es una excepción, además de la prohibición del art. 635 CCE, de la contenida en el art. 1271.II CCE¹⁶¹¹.

En cualquier caso, lo cierto es que la misma podrá ser reducida. El propio art. 1341.II sujeta esta disposición a los límites de la sucesión testada (art. 636 CCE, si se la reputa donación entre vivos o art. 817 CCE, en relación con el art. 620 CCE, si se la reputa donación por causa de muerte).

Sí tendrá incidencia la naturaleza jurídica que se otorgue a esta donación, sin embargo, para resolver alguno de los problemas potenciales que pueden surgir de cara a su reducción (que abordamos a continuación).

3. La reducción de la donación de bienes futuros del art. 1341.II CCE

Las donaciones a que se refiere el art. 1341.II CCE, en tanto que verdaderas donaciones, están sujetas, también, al límite de la inoficiosidad marcado por el art. 636 CCE¹⁶¹². Sin embargo, por su especial naturaleza y configuración, las mismas generan un problema práctico de gran importancia y que va a tener incidencia en el ejercicio (y sobre todo) en la realización de la reducción. Este problema no es otro que el de la fecha o momento en que debe entenderse realizada la donación, que va a afectar, a su vez, a la valoración y al juego o aplicación del art. 656 CCE.

En efecto, esta donación, como ya se ha indicado, se formaliza en capitulaciones matrimoniales, que han de ser otorgadas “antes del matrimonio”, pues antes del matrimonio han de realizarse estas donaciones. Sin embargo, dichas capitulaciones, aunque contengan la donación, únicamente empezarán a regir desde el momento de celebración del matrimonio (art. 1334 CCE). Si a esto sumamos que los efectos de la donación se retrasan hasta el momento de la muerte del donante, aparece la duda de si la fecha de la donación, a efectos de valoración y de aplicación del art. 656 CCE (e incluso del art. 820 CCE) será la fecha de otorgamiento de las capitulaciones, la de la celebración del matrimonio o la de la apertura de la sucesión.

¹⁶¹⁰ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil VI.2*. cit. p. 808.

¹⁶¹¹ SIRVENT GARCÍA, Jorge. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*. cit. p. 44.

¹⁶¹² CASTÁN VÁZQUEZ, José María. “Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español” en *Anuario de Derecho Civil. Vol. 17. N° 2*. 1964. p. 371, las contempla como una forma de pacto sucesorio y las incluye entre las excepciones a la prohibición de negociar con la herencia futura.

GARCÍA PÉREZ¹⁶¹³ entiende que la fecha de esta donación, a efectos de valoración y del art. 656 CCE, debe referirse al momento de la celebración del matrimonio.

Así se deduce del art. 1334 CCE, en función del cual las capitulaciones matrimoniales únicamente adquieren fuerza vinculante desde la celebración del matrimonio; y del art. 1337 CCE, que remite la regulación de las donaciones *propter nuptias*, en todo lo no previsto expresamente, al régimen jurídico general de las donaciones.

Por consiguiente, la donación habrá de reputarse realizada en el momento de celebrarse el matrimonio, lo que significa, a efectos del art. 656 CCE, que habrá de ser reducida después de todas las que con posterioridad haya realizado el *de cuius*.

VIII. LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA* EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMÚN

1. Cuestión previa

Las donaciones *mortis causa* son una figura especialmente compleja, por lo que han generado un fuerte debate doctrinal, dando lugar a cuestiones que aún hoy no son pacíficas ni está resueltas.

Es por ello por lo que la advertencia o admonición que se hacía al inicio de este capítulo con carácter general, debe ser repetida ahora con carácter específico: todas las aproximaciones (porque no serán más que aproximaciones) que van a hacerse al concepto, clases y naturaleza jurídica de la donación *mortis causa* se harán con exclusiva referencia a su posible reducción, al momento en que debe producirse la misma y a la acción que debe ejercitar el legitimario perjudicado en su derecho.

2. Concepto y características

La donación *mortis causa* se contiene y regula, dentro del ordenamiento civil común español, en el art. 620 CCE, cuya dicción literal es la siguiente:

¹⁶¹³ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 191.

“Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria”.

El art. 620 CCE persigue un doble objetivo: por un lado, define la donación *mortis causa* como aquella cuyos efectos se van a producir por (o después de) la muerte del donante¹⁶¹⁴; por otro, establece su régimen jurídico por remisión al de las disposiciones testamentarias y de última voluntad.

Desde el punto de vista descriptivo, el art. 620 CCE define la donación *mortis causa* como aquella cuyos efectos quedan supeditados a la muerte del donante, por lo que su elemento característico (y más problemático) será que su eficacia quede pospuesta al momento de la apertura de la sucesión¹⁶¹⁵.

Esta figura jurídica, pese a la importancia que tuvo para el Derecho anterior a la codificación¹⁶¹⁶, por influencia de la doctrina francesa¹⁶¹⁷, ha ido perdiendo fuerza e importancia¹⁶¹⁸. Lo dicho se observa, también, en los antecedentes legislativos del Código

¹⁶¹⁴ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 147.

¹⁶¹⁵ Así se expresa la STS num. 562/1995 (RJ\1995\4912), de 9 de junio, FJ 4º: “se trata de una donación «*mortis causa*», en cuanto sólo ha de tener efectos después de morir el donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada. Se acomoda pues tal calificación jurídica a lo dispuesto en el artículo 620 del Código Civil, pues lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad «*mortis causa*» es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece”.

¹⁶¹⁶ En la tradición jurídica española, por citar algunos ejemplos, la donación *mortis causa* aparece detalladamente regulada en la ley 6ª, título 12, libro 31 del Fuero Real; en la ley 11, título 4º, Partida 5ª (que regula su revocación); y en la ley 2, título 4ª, Partida 5º (regula el número de testigos ante quienes debe hacerse la donación *mortis causa*).

Puede verse, MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 147. Esta profusión de normas indica la importancia teórica y la incidencia práctica de esta institución.

Para la relación entre la donación *mortis causa* y el nacimiento de la porción de libre disposición en el llamado “derecho germánico”, puede verse WACKE, Andreas. “Una porción hereditaria para Jesucristo. La influencia del cristianismo sobre el Derecho de sucesiones” en *Studia et documenta historiae et iuris.* cit. p. 148.

¹⁶¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre donaciones.* cit. p. 67.

¹⁶¹⁸ GENSOLIN, Rinaldo R. *Las donaciones mortis causa.* cit. p. 49. Señala que los juristas del *droit coutumier*, especialmente, desconfiaban de esta figura jurídica, primero, por considerarla contraria al principio de conservación de los bienes en la familia; y segundo, por ser un medio adecuado mediante el que el causante podía despojar de sus bienes a los herederos. Es esta desconfianza la que lleva al legislador a iniciar un movimiento de supresión de las mismas que culmina en el art. 838 del *Code Napoléon*.

civil. A este respecto, puede verse el art. 942 PCC 1851. Aparece en él la idea, que luego pasará al Código civil vigente, de que las donaciones *mortis causa* han de ser asimiladas a los legados¹⁶¹⁹.

Y esta parece ser, *prima facie*, la línea seguida por el art. 620 CCE que es usualmente interpretado, aunque hay importante doctrina en contra¹⁶²⁰, como un mandato a asimilar la donación *mortis causa* al legado¹⁶²¹.

3. Reducción

Sentado por la doctrina mayoritaria, como ya hemos indicado *supra*, que la donación *mortis causa* se asimila y equipara al legado, toca ahora estudiar la incidencia que dicha afirmación va a tener sobre la posible y eventual reducción de la misma.

El aspecto más relevante para lo que a nosotros ocupa es que la donación *mortis causa*, así entendida, habrá de formalizarse en testamento (art. 620 CCE), ya junto a otras disposiciones testamentarias, ya como contenido único del mismo.

Además, siguiendo las reglas generales del testamento, la misma no se hará efectiva hasta la muerte del donante/testador, lo que será relevante a efectos de determinar la fecha en que ha de entenderse otorgada la donación (a efectos del art. 656 CCE) y para el momento que ha de tomarse como referencia para valorar los bienes donados.

Por consiguiente, las cuestiones que aquí deben ahondarse y responderse son las siguientes:

1. Momento en que ha de llevarse a cabo la reducción. Equiparada la donación *mortis causa* a los legados, procede preguntarse si la reducción de la misma se producirá a la par que aquéllos o en un momento diferente. Y esto porque debe tenerse en cuenta el juego de los arts. 656 CCE y 820 CCE y la subsidiariedad de la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

Así, no será lo mismo entender que estas donaciones deben reducirse en el momento en que se otorgaron (pues pudo haber otras

¹⁶¹⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II.* cit. p. 289.

¹⁶²⁰ Por todos, GENSOLIN, Rinaldo R. *Las donaciones mortis causa.* cit. p. 95.

¹⁶²¹ DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho civil. Tomo I.* cit. p. 463.

posteriores) o en el momento en que adquirieron eficacia (que es tras la apertura de la sucesión). Tampoco será lo mismo entender que deban reducirse a prorrata con los legados o en un momento posterior a éstos (y sólo si con la reducción de legados no basta para satisfacer la legítima del legitimario).

RUBIO GARRIDO, entendiendo que la identificación entre donación *mortis causa* y legado se da a todos los efectos, señala que, en base al art. 620 CCE, las mismas, *ex art.* 820 CCE, habrán de reducirse conjuntamente con los legados, es decir, después de la institución de herederos y antes que las donaciones *inter vivos*.

2. Acción que debe dirigirse contra la donación *mortis causa*. Si se acepta la doctrina mayoritaria, en función de la cual la donación *mortis causa* se asimila y queda refundida en el legado, entonces, ha de concluirse que la acción que debe dirigirse contra este tipo de donaciones es la de reducción de legados por inoficiosidad.

En efecto, si revisten forma testamentaria y se configuran como disposición a título particular, en realidad, nada las separa del legado, por lo que habrá de reducirse juntamente con los legados ordenados en testamento (si existen) y a prorrata con ellos.

3. Momento que ha de tomarse como referencia para la valoración de los bienes. En línea con lo dicho anteriormente, el momento que debe tomarse como referencia para la valoración de los bienes será aquél en que se entienda que produce efectos la donación, es decir, la apertura de la sucesión, cuando adquiere vigencia el testamento que la contiene.

IX. LOS REGALOS DE BODA CONSISTENTES EN JOYAS, VESTIDOS O EQUIPO

1. El concepto de “regalo de boda” a efectos del art. 1044 CCE

El regalo de boda consistente en joyas, vestidos y/o equipos constituye un tipo especial de donación, ubicado sistemáticamente fuera del capítulo dedicado a las donaciones (arts. 618 y ss. CCE), a la que el Código civil va a tratar de una manera especial, como ya veíamos en el capítulo 3, estableciendo reglas especiales no sólo para su computación, imputación y colación, sino también para su reducción. Tal se deduce del art. 1044 CCE, cuando dice que:

“Los regalos de bodas, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan de un décimo o más de la cantidad disponible por testamento”.

Se trata ésta de una norma que, aunque situada en sede de colación, establece, como decimos, en realidad, el modo de proceder a la reducción de un tipo concreto de donación: el regalo de boda consistente en joyas, vestidos y equipo.

El artículo, por su dicción, abre – al menos para el tema que nos ocupa – dos importantes cuestiones, que habrán de dilucidarse en sede de “concepto”, en aras de proceder a una correcta calificación de la donación que ha de someterse a la regla especial del art. 1044 CCE. Estas dos cuestiones son: (i) si puede extenderse el objeto de la donación a otros distintos de los mencionados en ella; y (ii) si pueden ser destinatarios de las mismas sólo los hijos o, también, otros legitimarios.

Respecto a la primera cuestión, SÁNCHEZ ROMÁN, representando a la doctrina tradicional, sostiene que lo dispuesto en el art. 1044 CC sólo es aplicable a la donación que tenga por objeto joyas, vestidos o equipo¹⁶²². Más recientemente, por el contrario, la STS num. 142/2001, de 15 de febrero (RJ\2001\1484) lo extiende a otro tipo de donación o regalo hecho de padres a hijos con motivo del matrimonio, siempre que guarden alguna relación con los mencionados en la norma positiva. En el caso de autos, por ejemplo, el Tribunal acepta como regalo de boda a efectos del art. 1044 CCE el llamado “ajuar”, consistente en equipo y dinero. Entendemos que obra así el Alto Tribunal en base a una

¹⁶²² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.3.* cit. p. 2036.

interpretación teleológica de la norma, cuya finalidad no es otra, como se dirá, que favorecer aquellas donaciones que tienen por objeto dotar al matrimonio novel del patrimonio o equipo necesario para iniciar la vida común.

Con toda probabilidad, éste es el criterio interpretativo que seguir. Es cierto que el art. 1044 CCE establece una excepción a la colación y a la reducción y que, en tanto que norma excepcional, habría de ser interpretada restrictivamente. Y es precisamente por esto por lo que no puede extenderse el objeto de este tipo de donación hasta el punto de que abarque cualquier regalo hecho por los padres a los hijos con motivo de la boda. Ahora bien, no es menos cierto que lo que busca la norma no es otra cosa que favorecer aquellas donaciones que tienen por objeto crear el patrimonio inicial del futuro matrimonio. Siguiendo este criterio, podrían entenderse integrados en el supuesto de hecho de la norma todos aquellos regalos que, sin constituir joyas, vestidos o equipo, *stricto sensu*, sí que fueran válidos para conformar este patrimonio inicial del matrimonio. No se nos escapa – también – que el Código termina la enumeración del art. 1044 CCE con la palabra “equipo”, concepto jurídico indeterminado que permite incluir en él los más variados bienes objeto de la donación.

Respecto a la segunda cuestión, ALBALADEJO/DÍAZ¹⁶²³ señalan, reflejando la postura mayoritaria, que el art. 1044 CCE se refiere, por su ubicación sistemática, únicamente a los regalos de bodas hechos a hijos, por lo que los dados a extraños o a otros legitimarios distintos de los hijos se reducirían según las reglas y criterios generales.

2. La reducción del regalo de boda consistente en joyas, vestidos y equipos

El art. 1044 CCE protege, de alguna manera, los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipo (o análogos), señalando que su reducción habrá de llevarse a cabo conforme a un cómputo especial y específico. En atención a esta norma, dichos regalos no podrán reducirse sino cuando excedan de un décimo o más de la parte de libre disposición (y sólo en la parte en la que excedan). La fórmula usada por el artículo es poco afortunada y ha dado lugar a ríos de tinta sobre cómo debe llevarse a cabo el cálculo y la reducción de los regalos de bodas.

¹⁶²³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 876.

ESPEJO LERDO DE TEJADA¹⁶²⁴ sostiene que el art. 1044 CCE obliga a realizar un doble cómputo, a fin de comprobar si los regalos a que se refieren exceden del límite establecido por el mismo.

Así, en primer lugar, habría de computar los regalos de bodas hechos a hijos por la totalidad de su valor, junto al *relictum* y al *donatum*. Si, en segundo lugar, realizada esta operación, dichos regalos no superaran el límite, habría de pasarse a un segundo cálculo, consistente en deducir la cuota de legítima sin computar los regalos mencionados. Si, por el contrario, hecha la primera operación, los regalos de bodas hechos a hijos excedieran del límite, el exceso y sólo el exceso habría de computarse en la operación de cálculo de la legítima.

Por consiguiente, los regalos de bodas hechos a hijos y consistentes en joyas, vestidos y equipo, además de no reducirse cuando no superen el límite señalado, tampoco se computarán. Es ésta la interpretación que, en opinión de ESPEJO LERDO DE TEJADA¹⁶²⁵, más favorece la autonomía del causante, pues computarlos cuando no pueden ser reducidos aumentaría la cuota legitimaria y le recortaría libertad dispositiva.

En consecuencia, y respecto a lo que a nuestro tema interesa, es pacífico afirmar que esta clase de regalos pueden reducirse dentro del límite establecido por el artículo¹⁶²⁶.

Respecto a los regalos de bodas hechos a extraños, a nuestro juicio, siempre que sean proporcionados a los usos sociales, habría de calificarse como liberalidades de uso y, por su nimiedad, no habrían de computarse ni reducirse¹⁶²⁷. Y esto porque no puede decirse que se trate de verdaderas donaciones, pues ni actúa aquí el supuesto donante movido por la liberalidad (está claramente coaccionado por el uso social), ni puede elegir al donatario (que habrán de ser necesariamente los novios).

¹⁶²⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada*. cit. p. 231.

¹⁶²⁵ Ídem.

¹⁶²⁶ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. cit. p. 1337.

¹⁶²⁷ Siempre, insistimos, que se trate de regalos cuyo valor sea el habitual de los entregados en este tipo de eventos.

X. LAS LLAMADAS LIBERALIDADES DE USO

1. Concepto

LACRUZ/SANCHO/LUNA señalan que “se consideran liberalidades usuales aquellas que el donante realiza en obediencia a imperativos sociales, influido y moralmente coaccionado por normas no jurídicas que regulan, fuera del campo del Derecho, la convivencia en sociedad”¹⁶²⁸.

Junto a esta definición puede situarse la del art. 770 CCI, cuando especifica que ha de entenderse por liberalidad de uso “la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi”.

Se deducen de este concepto las dos notas o características que deben concurrir en el acto para que pueda ser calificado como tal:

1. Falta de espontaneidad. Las liberalidades de uso no se realizan espontáneamente, por la mera liberalidad del bienhechor, sino que éste las lleva a cabo en obediencia a imperativos sociales o morales, es decir, coaccionado por normas no jurídicas que regulan la convivencia social¹⁶²⁹.
2. Módica cuantía. Las liberalidades de uso, por regla general, han de ser de módica cuantía¹⁶³⁰. En la medida en que las liberalidades de uso están regidas por reglas sociales, la módica cuantía vendrá dada, en gran medida, por la costumbre social que esté implantada en un lugar y en un momento determinado.
3. Periodicidad. Las liberalidades de uso, al menos las más frecuentes en la práctica, se caracterizarán, también, sostiene GENSOLIN¹⁶³¹, por

¹⁶²⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 103.

¹⁶²⁹ *Ibidem*, 153. Cita como ejemplos: “regalos en ocasión de festividades, bodas o conmemoraciones, o bien la contribución a suscripciones, y las limosnas, que igualmente vienen impuestas muchas veces por los usos sociales”. También CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II*. cit. p. 1689.

¹⁶³⁰ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código civil*. cit. p. 77.

¹⁶³¹ GENSOLIN, Rinaldo R. *Las donaciones mortis causa*. cit. p. 12.

ser periódicas, es decir, por repetirse cíclicamente cada cierto tiempo (así, por ejemplo, los regalos de cumpleaños o la propina).

2. Naturaleza jurídica

La liberalidad de uso, por su estructura, comparte algunas semejanzas con la donación¹⁶³², por lo que no siempre será fácil establecer una línea divisoria entre ellas. Esto ha hecho que la doctrina se divida en dos posturas, claramente diferenciadas, en torno a la verdadera naturaleza jurídica de la liberalidad de uso:

1. Equiparación de la liberalidad de uso y la donación. Es ésta la posición seguida por LACRUZ/SANCHO/LUNA¹⁶³³, para quienes la costumbre o uso que mueve a realizar la liberalidad es de naturaleza social y no jurídica. Es por ello por lo que las liberalidades de uso no pierden su carácter de donación, pues son realizadas sin coacción jurídica alguna, por lo que no falta en ellas el ánimo de enriquecer a otro. Lo que marca aquí la diferencia, de cara a su diferente tratamiento jurídico con respecto a la donación, es su módica cuantía¹⁶³⁴.
2. Separación entre la liberalidad de uso y la donación. DE LOS MOZOS¹⁶³⁵ sostiene que las liberalidades de uso se caracterizan por la ausencia de un verdadero *animus donandi*, lo que las diferencia de las donaciones.

En efecto, este tipo de liberalidades están, según el citado autor, revestidas de una cierta obligatoriedad social, siendo la costumbre imperante la que va a determinar cómo y cuándo han de realizarse¹⁶³⁶.

¹⁶³² ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV.* cit. p. 4717.

¹⁶³³ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones.* cit. p. 153.

¹⁶³⁴ También GENSOLIN, Rinaldo R. *Las donaciones mortis causa.* cit. p. 11.

¹⁶³⁵ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código civil.* cit. p. 78.

¹⁶³⁶ Y la que va a establecer el reproche que ha de acompañar a su ausencia.

En esta línea se sitúa también la doctrina italiana¹⁶³⁷, que, por su parte, incluye las liberalidades de uso entre las llamadas *liberalità non donative*, pues en ella, si bien se aprecia la ausencia de contraprestación y el binomio enriquecimiento/empobrecimiento, el donante no actúa por propia voluntad, sino compelido por los usos sociales o la costumbre imperante en un lugar y momento concreto.

En la misma línea, pero con argumentos diversos, se sitúa ALBIEZ DOHRMANN¹⁶³⁸ para quien la diferencia clave entre donación y liberalidad de uso está en que la primera es sometida por el Código civil español vigente a fuertes requisitos formales, mientras que la segunda se deja a merced de los de la costumbre social imperante en cada momento. Esta diferencia, habida cuenta de la importancia que tiene en el Código la forma establecida *ad solemnitatem* para las donaciones (arts. 632 y 633 CCE), es una prueba, para el autor citado, de que el propio legislador no las consideraba verdaderas donaciones.

Esta disputa en torno a la naturaleza jurídica de la liberalidad de uso es, sin embargo, pese a su importancia para otras cuestiones, irrelevante a efectos de reducción, como se dirá inmediatamente *infra*. Y esto porque, ya sea porque no se las repute verdaderas donaciones (por carecer de ánimo de liberalidad), ya sea porque por su módica cuantía caen fuera de lo relevante para el Derecho¹⁶³⁹, las mismas siempre van a considerarse sustraídas del régimen de la reducción por inoficiosidad.

3. Régimen jurídico

Las liberalidades de uso no se encuentran reguladas en el Código civil español común (que contiene solo una mención a las mismas en el art. 1378 CCE), por lo que habrán de regirse por la costumbre o el uso del lugar (sin que les sea de aplicación el régimen jurídico de la donación). Costumbre o uso que, a su vez, según ALBIEZ

¹⁶³⁷ Por todos, GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. cit. p. 977. CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo II. cit. p. 1522.

¹⁶³⁸ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. cit. p. 4717.

¹⁶³⁹ Recuérdese el viejo aforismo latino *de minimis non curat praetor* (D. 4, 1, 4).

DOHRMANN¹⁶⁴⁰, servirá como criterio diferenciador para determinar cuándo se está ante una liberalidad y cuándo ante una donación.

Así, si el regalo se hace con motivo de un acontecimiento en el que es habitual la entrega del mismo (un cumpleaños, por ejemplo), pero éste tiene un valor desproporcionado a lo que es usual en este tipo de eventos, se estará ante una verdadera y genuina donación. Del mismo modo, las liberalidades de uso no estarán sometidas a los requisitos de forma de la donación¹⁶⁴¹, pues no se trata, como venimos diciendo, de auténticas donaciones¹⁶⁴².

4. Reducción

Sean o no verdadera donación, que, para la reducción, igual da una cosa que otra, la liberalidad de uso no va a reducirse en ningún caso¹⁶⁴³.

Si es donación, pese a que en principio puede quedar afectada por la inoficiosidad del art. 636 CCE, lo cierto es que, por su módica cuantía, que la convierte en irrelevante para el Derecho, no va a procederse a la reducción de la misma en ningún caso. Si no es donación, no puede quedar sometida al régimen jurídico que el Código civil establece para éstas. Tal es la opción tomada por el art. 809, 2º comma CCI que, si bien carece de norma paralela en nuestro Código civil, sí que puede ser aplicado al ordenamiento español. Y esto porque, como se ha visto, la liberalidad de uso, ni siquiera cuando por apreciar en la misma la concurrencia de liberalidad puede ser asemejada a la donación, va a ser sometida al mismo régimen jurídico de ésta¹⁶⁴⁴. Nadie defiende (ni podría defender) que los regalos de cumpleaños o de boda (excepción hecha del art. 1044 CCE, ya explicada) se sometieran a las reglas formales o de capacidad de la donación. Del mismo modo, nadie defiende que puedan ser sometidas a reducción. A salvo, siempre,

¹⁶⁴⁰ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. cit. p. 4718.

¹⁶⁴¹ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. cit. p. 1535, sobre la base del art. 770, 2º comma del Codice civile.

¹⁶⁴² Así lo establecía el art. 952 del Proyecto de Código civil de 1851. Al respecto, puede verse GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II*. cit. p. 297.

¹⁶⁴³ Así lo afirma PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. p. 75.

¹⁶⁴⁴ Sobre el particular, puede verse PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1940, que señala que las liberalidades de uso no estarán sometidas a revocación, ni a reducción (art. 809, 2º comma CCI), ni a colación (art. 742, 3º comma CCI), lo que también vale para el Derecho español común.

que se produzca desproporción entre lo que el uso social considera adecuado y lo realizado efectivamente, en cuyo caso procedería el despliegue de todos los instrumentos protectores de la legítima (tanto la acción de nulidad si el acto se realizó en fraude de legitimarios, como la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad).

XI. LOS CONTRATOS GRATUITOS

1. Concepto y deslinde con la donación

Las similitudes que, *prima facie*, existen entre los contratos gratuitos y la donación hacen necesaria la distinción y el deslinde entre los unos y la otra, a fin de determinar si también a los primeros se les puede aplicar las normas sobre reducción por inoficiosidad.

A este respecto, existen dos corrientes doctrinales – una primera, que podríamos llamar tradicional, y una segunda, más moderna – acerca de cuál es el elemento diferenciador entre los negocios a título gratuito y la donación:

1. La diferencia viene dada por la ausencia del binomio enriquecimiento/empobrecimiento. Los contratos gratuitos se caracterizan y diferencian de la donación porque en ellos la prestación llevada a cabo ni empobrece al prestador, ni enriquece al receptor de la misma¹⁶⁴⁵.

Falta en ellos, por consiguiente, uno de los requisitos que la doctrina tradicional consideraba de esencia de la donación: el empobrecimiento del donante y el correlativo enriquecimiento del donatario¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴⁵ Benito GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero*. cit. p. 78. “En estos contratos el bienhechor dispensa un beneficio sin que por esto se empobrezca, por lo que la máxima que establece las relaciones de los interesados es aquella tan conocida de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro. En las donaciones no sucede así; el donante se despoja irrevocablemente de la cosa para enriquecer con ella al donatario: prefiere en cierto modo al donatario a sí mismo”.

También, GENSOLIN, Rinaldo R. *Las donaciones mortis causa*. cit. p. 11.

¹⁶⁴⁶ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. cit. p. 68.

En efecto, en los negocios gratuitos ninguna de las partes quiere causar menoscabo o aumento patrimonial. No es ésta la intención con la que los contratantes celebran el negocio. Dice MANRESA¹⁶⁴⁷ que, por ello, es “regla de oro” en este tipo de negocios que nadie debe enriquecerse en perjuicio del otro.

En la donación, como se veía en el capítulo 1, es distinto. En este acto/negocio, lo que el donante busca expresamente es el enriquecimiento del donatario, incluso a costa de su propio empobrecimiento.

2. La diferencia viene dada por la ausencia de un verdadero acto de disposición. Señalan LACRUZ/SANCHO/LUNA¹⁶⁴⁸ que, más que por la ausencia del binomio enriquecimiento/empobrecimiento, la diferencia entre la donación y los restantes negocios a título gratuito viene dada por la ausencia, en éstos, de un verdadero acto de disposición, de contenido patrimonial concreto, en favor del donatario.

En efecto, según los autores citados, los contratos gratuitos, en la medida que suponen una ventaja o beneficio, pueden, en cierto modo, reportar un enriquecimiento, que, no obstante, siempre será difuso¹⁶⁴⁹. Sin embargo, en la donación existe una atribución de cosas/derechos que representan un valor determinado que pasa, en el acto de la donación, de un patrimonio a otro.

Esta certidumbre de la disposición y del valor que representa marca la línea que deslinda la donación de los contratos gratuitos y explica, además, que éstos sean sometidos a unos requisitos de forma menos exigentes¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁷ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 123.

¹⁶⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones.* cit. p. 128.

¹⁶⁴⁹ En el caso del depósito gratuito, por ejemplo, nadie puede negar que el depositario está, en todo caso, como mínimo, ahorrándole al depositante lo que éste habría tenido que pagar por depositar la cosa en otro lugar donde se le cobrara por ello.

¹⁶⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones.* cit. p. 129: “Tal explicación ha de completarse con otro orden de consideraciones: la facilidad que brinda la donación para despojarse el

A nuestro juicio, no existe incompatibilidad, para el tema objeto de este estudio, entre una corriente doctrinal y la otra. En realidad, las dos ponen el acento en el mismo punto: al no existir un verdadero y concreto acto de disposición patrimonial, no puede hablarse de un enriquecimiento del donante y, sobre todo, de un empobrecimiento del donatario. Al no existir, verdaderamente, este empobrecimiento del donatario en los contratos gratuitos, no puede considerarse que los mismos representen un “peligro” para la legítima (futura) de cualquiera de los contratantes. Es por ello por lo que el Código civil español común no los somete a los estrictos requisitos formales de la donación¹⁶⁵¹; y, también, como se dirá inmediatamente, por lo que entendemos que tampoco estarán sometidos a las reglas de reducción por inoficiosidad.

A las consideraciones vertidas por la doctrina española, han de sumarse, además de lo ya dicho en el capítulo 2, por su claridad y buen criterio, las de la doctrina italiana. En este sentido, CAPOZZI, FERRUCCI y FERRENTINO¹⁶⁵² presentan un claro y preciso esquema para distinguir entre acto/negocio gratuito, liberalidad y donación. Según estos autores, el acto o negocio gratuito se caracterizaría por la inexistencia, en él, de verdadera contraprestación. Así, en negocios como el mutuo sin interés, el comodato o el depósito gratuito, un sujeto recibe una ventaja patrimonial sin dar o hacer nada a cambio.

La liberalidad, por su parte, supone, además de lo dicho, esto es, la inexistencia de contraprestación, que el acto realizado comporte un empobrecimiento para una de las partes y un correlativo enriquecimiento para la otra. Dichas liberalidades pueden ser clasificadas como donativas o no donativas. En las primeras (cuyo máximo exponente será la donación), este enriquecimiento lo producirá el donante plenamente consciente de que no actúa impelido por obligación alguna (ni jurídica, ni natural, ni moral, ni social); en las segundas (cuyo mejor exponente sería la liberalidad de uso), el *tradens* actuaría movido por algún tipo de coerción (moral, social...).

La donación sería, dentro de este esquema, un acto gratuito y de liberalidad, clasificada entre las donativas, toda vez que (i) no existe contraprestación; (ii) se produce

donante de sus propios bienes, arruinándose él y los suyos y dejando impagados a sus acreedores. En atención a este riesgo se dictan diversas normas que en principio se refieren solo a aquella y que podrán afectar a los otros contratos en tanto en cuanto la ratio del precepto concreto sea idéntica en el caso contemplado”.

¹⁶⁵¹ Que, recordemos, como señala DE CASTRO, Federico. *El negocio jurídico*. cit. p. 173, están puestos para proteger a los acreedores y legitimarios del donante.

¹⁶⁵² CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo II. cit. pp. 1521 y 1522.

el binomio enriquecimiento/empobrecimiento; y (iii) el donante actúa por propia voluntad, sin estar jurídica, psicológicamente, moral o socialmente obligado a ello.

Desde este punto de vista, la donación sería una especialidad dentro de los actos gratuitos. En efecto, comparte con ellos la ausencia de contraprestación, que es común y general. Su especialidad vendría dada por la presencia en ella de un elemento objetivo (el binomio enriquecimiento/empobrecimiento), que no tiene que darse en los negocios gratuitos; y de un elemento subjetivo (*lo spirito di liberalità* ex art. 769 CCI), que lleva al donante a actuar sin ser compelido en modo alguno.

Es, así, palpable que existe una diferencia notable entre la donación y los demás actos o negocios con causa gratuita, que ya señalamos en el capítulo 2 y que se cifra – sobre todo y para lo que a nuestro tema respecta – en la ausencia, en estos tipos de negocios gratuitos, de un verdadero empobrecimiento del “donatario”¹⁶⁵³. Al no existir este empobrecimiento que pone en peligro su patrimonio, no se produce la entrada en funcionamiento de los mecanismos protectores de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Ciertamente, como se señalaba en el capítulo anterior, éstos, en la medida en que se orientan a proteger la cuota expectante al legitimario, solo pueden entrar en funcionamiento ante actos que (i) suponga una pérdida o menoscabo patrimonial para el causante y (ii) no tengan un corresponsivo que ingrese, como contraprestación, en dicho patrimonio. Sólo estos actos pueden poner en peligro la subsistencia de la cuota legitimaria y, por consiguiente, afectar al derecho del legitimario. Y solo ellos justifican la aplicación de los mecanismos protectores de la legítima en su vertiente cuantitativa.

2. Reducción

Por lo ya señalado, los contratos gratuitos no serán, salvo que a través de ellos se formalice una atribución patrimonial que suponga un verdadero empobrecimiento sin contraprestación de una de las partes, susceptibles de ser declarados inoficiosos ni de ser reducidos por esta causa.

Las normas reguladoras de la inoficiosidad establecidas en el art. 636 CCE (así como en los arts. 654-656 CCE) se refieren únicamente a los negocios que puedan ser calificados como donación o asimilados a ésta por compartir con ella sus requisitos

¹⁶⁵³ BARTOLUCCI, Lorenzo. “La donazione” en BALESTRA, Luigi. *Successioni e donazioni*. cit. p. 1589.

esenciales. Sin embargo, si algo ha quedado manifiesto en el epígrafe anterior es que, sea por la razón que sea, los autores citados – aunque divergen en las razones – coinciden en señalar que los negocios gratuitos no son donaciones. Es por ello por lo que, entendemos, no se les puede aplicar el límite de la inoficiosidad. Y esto, además de lo dicho, por dos razonamientos de carácter jurídico:

El primero, que no cabe hacer una interpretación extensiva del art. 636 CCE, de tal modo que la inoficiosidad afecte a supuestos distintos de los contenidos en ella. En efecto, en base al principio *odiosa sunt restringenda*, las normas limitativas de derechos (y no hay duda de que el art. 636 CCE tiene este carácter, toda vez que limita la facultad dispositiva *inter vivos* del causante) han de ser interpretadas restrictivamente. Y la normativa de la inoficiosidad señala que ésta afectará a legados y a donaciones (en el sentido amplio ya analizado), pero no a todos los actos/negocios gratuitos llevados a cabo por el causante.

Es cierto que puede interpretarse el concepto de donación en sentido amplio, de tal modo que abarque a todos los negocios que supongan un empobrecimiento del causante sin contraprestación¹⁶⁵⁴; sin embargo, no hay nada en el régimen jurídico de la inoficiosidad que permita extenderlo a todos los actos gratuitos, sobre todo cuando en los mismos no existió un verdadero desplazamiento patrimonial o un verdadero empobrecimiento del donante.

El segundo argumento, unido a esto último que se ha dicho y al principio de que la medida de la reducción debe venir dada por la medida del enriquecimiento percibido por el donatario, es que, si no existe un verdadero y concreto enriquecimiento, difícilmente podrá producirse reducción alguna, pues no habrá nada que reducir.

En efecto, el enriquecimiento que puede ser objeto de reducción tiene que cumplir con dos requisitos que no se dan en este caso. Así, tiene que ser (i) voluntariamente querido por quien lo causa; y (ii) correlativo a un empobrecimiento, por el mismo valor patrimonial, de aquél que lo produce (salvo en caso de concurrencia de *modus* o análogo que minore el enriquecimiento del donatario). Esto es, que para que una determinada atribución patrimonial pueda ser reducida por inoficiosa tiene que haberse producido de manera consciente y voluntaria y, también – y sobre todo – tiene que haber minorado en

¹⁶⁵⁴ Y esto porque dicho empobrecimiento es lo que pone en marcha el mecanismo de la inoficiosidad que desde sus inicios, no tiene otro objetivo que impedir que el causante vacíe su patrimonio *inter vivos*, minorando así las legítimas de sus sucesores forzosos.

la misma cantidad el patrimonio del donante (esto es, que no haya recibido nada en contraprestación por la atribución patrimonial realizada).

Y ninguno de estos dos requisitos se cumplen en el – supuesto, difuso y confuso – enriquecimiento patrimonial que el negocio gratuito puede reportar a una de las partes. Póngase un ejemplo: el del depósito gratuito. A depositante, entrega a B un objeto, que éste cuida, conserva y mantiene mientras A se encuentra fuera. A su vuelta, B lo entrega a A y, por razones de amistad, decide no cobrarle nada por el depósito. Es cierto que la conducta de B reporta a A un beneficio pues, de otro modo, habría tenido que depositar su objeto en otro lugar, o ante otro depositario, que tal vez si le cobrara por el depósito realizado.

Sin embargo, se trata de un enriquecimiento dudoso, pues, por un lado, parte de la idea de que A no podría haber encontrado otro depositante que realizara también el depósito a título gratuito; y por otro, sería difícil catalogar el acto de verdadera donación, ya que la conducta de B se cifra en una actividad que constituye un servicio y, como señala el art. 618, no cabe la donación de servicios, ya que esta se cifra en la disposición de un bien o derecho.

Estas diferencias entre la donación y el negocio gratuito nos hacen concluir que al mismo no le es de aplicación la reducción por inoficiosidad.

XII. DETERMINADOS SUPUESTOS ESPECIALES

1. El *negotium mixtum cum donatione*

1.1. Concepto

El *negotium mixtum cum donatione* es, en palabras de LACRUZ/SANCHO/LUNA, el “negocio oneroso en los cuales por acuerdo y con conocimiento de ambas partes una

de ellas se contenta con recibir una prestación de valor notoriamente inferior al de la que ella hace”¹⁶⁵⁵.

De la definición aportada, se deduce que el elemento característico de este negocio es que, manteniendo la estructura típica de los onerosos, se caracteriza por una desproporción entre las prestaciones querida por las partes con el objetivo de favorecer a una de ellas¹⁶⁵⁶.

Es por esto por lo que recibe la denominación de *mixtum*, por la presencia en él de un componente oneroso y de uno gratuito que, a su vez, producirán un doble efecto: primero, el que produzca de suyo el contrato oneroso utilizado (por ejemplo, la compraventa); y segundo, el de la liberalidad, que, según DE LOS MOZOS¹⁶⁵⁷, será mediato y accesorio.

La propia estructura del *negotium mixtum cum donatione* hace que se encuentre en la frontera con dos figuras de las que debe ser separada cuidadosamente: la simulación relativa y la venta a bajo precio.

1. Venta a bajo precio. No debe confundirse esta figura con aquellos casos en los que el vendedor rebaja el precio inicial de la venta, tras negociarlo con el comprador, a fin de cerrar un acuerdo¹⁶⁵⁸. Antes al contrario, el *negotium mixtum cum donatione* requiere como elemento constitutivo la llamada *causa donandi*, es decir, la intención de una de las partes de querer favorecer con el negocio a la otra parte.
2. Simulación relativa. Ha de diferenciarse el *negotium mixtum cum donatione*, también, de la simulación relativa. En efecto, ésta supone siempre un engaño o apariencia que las partes, conscientes de las verdaderas relaciones jurídica que quieren establecer entre ellas, proyectan hacia los terceros¹⁶⁵⁹. El *negotium mixtum*, por su parte, sin

¹⁶⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 168.

¹⁶⁵⁶ DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*. cit. p. 114.

¹⁶⁵⁷ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código civil*. cit. p. 109.

¹⁶⁵⁸ Como curiosidad, quizá deba señalarse que Gregorio LÓPEZ, en comentario a la Ley 8, título 4, de la Quinta Partida, señala que el límite de la inoficiosidad puede afectar a la venta por precio módico. Puede verse, sobre el particular, SANPONS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón y FERRER Y SUBIRANA, José (ed.). *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X, con la glosa del Lic. Gregorio López. Tomo III*. cit. p. 46.

¹⁶⁵⁹ Véase lo dicho en el capítulo 4.

embargo, no supone engaño para los terceros y sí, dice PUIG BRUTAU, puede suponerlo para una de las partes¹⁶⁶⁰.

Algunos autores italianos¹⁶⁶¹ incluyen el *negotium mixtum cum donatione* entre las llamadas “donaciones indirectas”, es decir, “negozi di natura diversa dalla donazione tipica, dei quali un soggetto si avvale per raggiungere lo scopo di arricchire un altro soggetto”¹⁶⁶².

En estos casos, señalan los autores, el contrato producirá dos efectos: (i) el propio del negocio que se utilice (efecto directo) y (ii) el enriquecimiento de una de las partes contractuales (efecto indirecto).

1.2. Naturaleza y régimen jurídico

La definición y precisión del concepto que se ha realizado *supra* ofrece el elemento típico y característicos del negocio que ahora se estudia, esto es, que, siendo un negocio oneroso, incluye un elemento de liberalidad. Esta particularidad hace surgir la duda, y la subsiguiente controversia doctrinal, de si este negocio, en tanto que liberalidad, o en la parte de liberalidad, debe ser reputado como donación.

Al igual que ocurría en otros supuestos, la calificación aquí será muy importante de cara a la reducción. Así, si la parte de liberalidad que contiene el negocio puede ser reputada como donación, la misma podrá ser reducida para defender y reparar el derecho del legitimario; si, por el contrario, la preeminencia del elemento oneroso hace que todo el contrato o negocio deba ser reputado como tal, el mismo quedará sustraído de la normativa reguladora de la reducción por inoficiosidad y nada podrá hacer el legitimario, que no tendrá acción alguna (relacionada con la inoficiosidad) para impugnar dicho negocio.

¹⁶⁶⁰ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. cit. p. 116. Se refiere PUIG a aquellos casos en los que, para que la persona acepte la liberalidad, es necesario hacerle ver que se trata de acto oneroso, para no herir así su dignidad ni su orgullo (por ejemplo, comprarle a un hermano que está necesitado una baratija por muy alto precio, donándole en realidad la diferencia de valor).

¹⁶⁶¹ TORRENTE, Andrea. *La donazione*. cit. p. 51. PALADINI, Mauro. “Delle Donazioni” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 2060.

¹⁶⁶² CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II*. cit. p. 1669. RESCIGNO, Pietro. *Manuale di Diritto Privato*. cit. p. 608 incluye, también, entre las donaciones indirectas: la renuncia a un derecho en beneficio de otro, la remisión de deuda hecha sin contraprestación y la estipulación realizada en favor de tercero. A estas donaciones indirectas se aplica, *ex art. 809. 1º comma*, del *Codice civile* la reducción por inoficiosidad.

VALLET¹⁶⁶³ señala que, para determinar la calificación de (al menos) la parte de liberalidad de este negocio, pueden utilizarse dos criterios: uno objetivo y otro subjetivo.

1. Criterio subjetivo. El criterio subjetivo parte de la idea de que al *negotium mixtum cum donatione* no se le puede aplicar un doble régimen jurídico, derivado de la separación del elemento oneroso y del gratuito. Es decir, no puede ser donación y compraventa al mismo tiempo (pues las diferencias de régimen y de naturaleza de ambos contratos los hacen prácticamente incompatibles). Es por ello por lo que sostienen que este tipo de negocio habrá de tener un tratamiento jurídico unitario: será compraventa, o permuta, o donación. Pero no podrá ser varias cosas al mismo tiempo.

La tarea del intérprete será, por consiguiente, la de descubrir qué elemento del negocio (el oneroso o el gratuito) es el que se ha querido hacer predominar y, en función al mismo, habrá de calificar el negocio.

Así, el negocio tendrá siempre una única naturaleza jurídica y al mismo le será siempre de aplicación un único régimen jurídico a todos los efectos. En esta línea se sitúan LACRUZ/SANCHO/LUNA¹⁶⁶⁴.

2. Criterio objetivo. El criterio objetivo se basa en aplicar al *negotium mixtum cum donatione* un régimen parecido al que se usaba para la donación modal, en función del cuál todo lo que no quede absorbido por el elemento oneroso, ha de reputarse como donación/liberalidad a todos los efectos

A este respecto, señala DE LOS MOZOS¹⁶⁶⁵ que la ausencia de las formalidades de la donación no viciará al negocio de nulidad, al menos en su totalidad, pues siempre subsistirá la parte onerosa, en la que las obligaciones asumidas por las partes son sinalagmáticas. Tomando esta interpretación de base, podemos colegir que de observarse las formalidades que son propias de la donación, la parte

¹⁶⁶³ VALLET. “Los complementos de la legítima” en *ADC*. cit. p. 178.

¹⁶⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 169.

¹⁶⁶⁵ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código civil*. cit. p. 109.

gratuita del *negotium mixtum* habrá de calificarse como tal y, por tanto, podrá ser agredida por la acción de reducción.

Parte este autor, la coexistencia, dentro del negocio que se estudia, de un elemento oneroso y de uno gratuito, de algún modo, afecta a su naturaleza y a su régimen jurídico. Así, viene a decir que, en la medida en que existe un elemento de liberalidad, habrían de respetarse las formas de la donación, pero que, sin embargo, su ausencia no determina su nulidad. No obstante, la liberalidad, en tanto que donación, sólo podrá ser reducida cuando se hayan respetado los requisitos formales de los arts. 632 y 633 CC.

En realidad, nada nos dice DE LOS MOZOS, salvo que es una verdadera donación, que, por articularse a través de un negocio oneroso, queda sustraída de los requisitos formales y de las normas sobre reducción.

Se configuraría como un supuesto (el único, quizá) de donación irreductible.

Verdaderamente, lo que hace DE LOS MOZOS es dejar el elemento de liberalidad presente en el *negotium mixtum cum donatione* en “tierra de nadie”: ni es donación, ni no lo es. Es por ello por lo que nada resuelve su criterio respecto al tema que nos ocupa (que es el de su potencial reducción).

Más completa, por ello, nos parece, también dentro de lo que VALLET llama el criterio objetivo, la propuesta de COSSÍO¹⁶⁶⁶, según el cuál en el *negotium mixtum cum donatione* hay una predominancia del elemento oneroso, que absorbe el elemento gratuito, y hace que el régimen jurídico aplicable a (casi) todos los efectos sea el del negocio oneroso del que se trate. Sin embargo, él

¹⁶⁶⁶ DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho civil. Tomo I.* cit. p. 461. Aunque, *prima facie*, en la medida en que plantea el predominio a (casi) todos los efectos del elemento oneroso, la postura de COSSÍO parece incardinarse en el criterio subjetivo, que postula la existencia de un único régimen y naturaleza dentro del negocio, lo cierto es que él mismo plantea la coexistencia de dos regímenes en determinados supuestos.

mismo señala que quedan a salvo las reglas relativas a la reducción por inoficiosidad y a la nulidad del acto por fraude de legitimarios.

Esto es, que, en condiciones normales, siendo predominante el elemento oneroso, el *negotium mixtum* será una compraventa, o una permuta, y le será de aplicación el régimen jurídico de estos contratos, sin que la presencia de la liberalidad en ellos incluidos sea suficiente para alterar su régimen jurídico, determinando la aplicación de normas formales o de capacidad distintas a las señaladas para el contrato oneroso. Ahora bien, si, incluso en este supuesto de predominancia del elemento oneroso, la parte de liberalidad fuese tal que menoscabara la legítima de algún legitimario, ésta podría ser reducida para reparar el derecho de aquél. Con otras palabras: el predominio del elemento de onerosidad no es nunca tan fuerte que permita absorber una liberalidad que menoscabe la legítima de un heredero forzoso.

Aquí está la verdadera diferencia entre COSSÍO, por un lado, y VALLET y LACRUZ, por el otro. Mientras que el primero admite la existencia de un doble régimen jurídico (al menos, a efectos de reducción) cuando se lesionan las legítimas; los segundos sostienen que, si el negocio es reputado como oneroso (por ser éste el elemento predominante), no podrá ser agredido por el legitimario lesionado.

La propuesta de COSSÍO nos parece la más sensata. Así, a efectos de reducción, vamos a sostener que, en principio, siempre que el elemento predominante dentro del negocio sea el oneroso, el mismo habrá de ser reputado o calificado como el negocio del que se trate (compraventa, permuta) y, por consiguiente, caerá fuera de la normativa reguladora de la donación. Sin embargo, cuando la liberalidad en él contenida sea lesiva de los derechos de los legitimarios, la misma habrá de computarse, imputarse y, en su caso, reducirse, siguiendo las reglas establecidas en los arts. 654-656 CCE¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁷ De la misma opinión, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo II*. cit. p. 417. Y, dentro de la doctrina italiana, FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. p. 166.

1.3. Reducción

Siguiendo la posición de COSSÍO, se ha concluido en el epígrafe anterior que el *negotium mixtum cum donatione* será reducible siempre que la liberalidad en él contenida sea de tal entidad que minore o lesione la legítima de algún legitimario¹⁶⁶⁸. Ahora bien, como ocurría en el caso de la donación modal o con carga, únicamente podrá reducirse aquella parte que no quede absorbida por el elemento oneroso. Y esto porque la medida de la reducción viene dada por la medida del enriquecimiento.

Lo contrario, esto es, determinar que, en cualquier caso que haya predominio del elemento oneroso, el contrato quedará sustraído de la acción del legitimario, es convertir este negocio en un “agujero” (como suele decirse) para vulnerar todo el sistema de legítimas. Bastaría con que las partes expresaran o hicieran aparecer la preeminencia del elemento oneroso para que el causante pudiera vaciar parte de su patrimonio, minorando la legítima de sus herederos forzosos, que no tendrían posibilidad de recuperarlo, salvo probar el fraude, lo que es mucho más dificultoso que probar la lesión a la legítima. De la misma opinión es PUIG BRUTAU¹⁶⁶⁹, quien sostiene que los legitimarios siempre quedarán protegidos de estos negocios, si fueron realizados por el causante.

Por otra vía, y con otros argumentos, a la misma conclusión llega RUBIO GARRIDO¹⁶⁷⁰, que, haciendo una interpretación analógica de la jurisprudencia sobre colación, concluye que este tipo de negocios será reductible en su tramo gratuito si hay lesión a la legítima.

2. El contrato de vitalicio

2.1. Concepto

Doctrinalmente, el contrato de vitalicio es definido como “una permuta de bienes a cambio de una prestación prolongada en el tiempo futuro de cuidados y alimentos a favor del donante”¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁸ Muy gráficamente lo expresa el art. 809, 1º comma del *Codice civile*.

¹⁶⁶⁹ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. cit. p. 116.

¹⁶⁷⁰ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. p. 1334.

¹⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 1334.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo español ha definido el contrato de vitalicio como el “negocio jurídico por virtud del cual se hace una cesión de bienes a cambio del compromiso, por el que los recibe, de dar al cedente alimentos y asistencia durante su vida” [STS de 31 de julio de 1991 (RJ\1991\5676), FD 3º]. También como el “contrato autónomo innominado o atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia, aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes” [STS num. 817/2006, de 1 de septiembre (RJ\2006\8549), FJ 4º].

Las definiciones doctrinales y jurisprudenciales antedicha ilustran el elemento característico y diferencial del contrato de vitalicio: la obligación del cesionario, en todo caso, de realizar, en favor del cedente, una prestación de carácter asistencial, similar a los alimentos convencionales (cfr. arts. 1791 y ss. CCE).

No debe ser confundido este contrato con el de renta vitalicia. La STS num. 159/2019, de 14 de marzo (JUR\2019\91983), en su FJ 4º, señala la diferencia entre el contrato de vitalicio, objeto de este epígrafe, y el de renta vitalicia. Y lo hace sobre la base de los siguientes argumentos: (i) En el contrato de vitalicio la prestación asumida por el cesionario de los bienes es indeterminada, pues dependerá de las concretas necesidades del cedente; mientras que, en el contrato de renta vitalicia, la prestación estará constituida por una renta periódica, determinada y fija. Y (ii) el contrato de vitalicio puede dar lugar a obligaciones de dar o de hacer, mientras que el de renta vitalicia sólo generará una obligación de dar¹⁶⁷².

En este mismo sentido, con anterioridad, la STS de 3 de noviembre de 1988 (RJ\1988\8407), FJ 4º, cuando dice que el contrato de vitalicio “es de naturaleza totalmente distinta al de renta vitalicia, aunque por su índole aleatoria presente ciertas semejanzas con el mismo, y cuya causa es, para una de las partes, la transmisión que la otra le hace de un capital o de unos bienes, y para ésta, el alojamiento, manutención y toda clase de asistencia durante toda su vida, que aquélla se obliga a prestarle”.

Y también la STS de 1 de julio de 1982 (RJ\1982\4213), Cdo.- 2º, que señala que, a diferencia del contrato de renta vitalicia, el contrato de vitalicio “oneroso” puede incluir, en su ejecución, distintas prestaciones concretas que van desde la entrega de cantidades

¹⁶⁷² En este mismo sentido, NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 183, para quien una de las diferencias más notables entre el contrato de vitalicio y la renta vitalicia es, precisamente, que el primero da lugar, sobre todo, a una obligación de hacer.

determinadas de dinero, hasta el cuidado en casa y convivencia con el cedente de los bienes.

Tampoco ha de ser confundido el negocio de vitalicio con los alimentos convencionales, pues en este caso, para que surja la obligación del cesionario de los bienes, no es necesario que el cedente se encuentre en un verdadero “estado de necesidad”¹⁶⁷³.

Se trata, por consiguiente, de un negocio innominado, atípico¹⁶⁷⁴, lícito¹⁶⁷⁵, aleatorio¹⁶⁷⁶ y oneroso¹⁶⁷⁷: los bienes, en efecto, no se dan *gratis et amore*, sino para que el receptor de los mismos (el cesionario) se obligue a asistir al cedente en todas sus necesidades. Esta obligación de tracto sucesivo y duración prolongada que asume el cesionario es una verdadera y genuina contraprestación.

Así lo estima la STS num. 249/2007, de 26 de febrero (RJ\2007\653) que califica el contrato de vitalicio como oneroso y sinalagmático, hasta el punto de que el incumplimiento de sus obligaciones por parte del cesionario de los bienes, da legitimación

¹⁶⁷³ En este sentido, la STS num. 556/2008, de 12 de junio (RJ\2008\3220), FJ 2º: “las circunstancias que, a modo de hechos reveladores de la voluntad de los contratantes, se reseñan en la sentencia recurrida, entre las que destaca que la cedente tenía garantizado cierto sustento, habida cuenta de su condición de religiosa y de que se reservaba el usufructo de los bienes cuya nuda propiedad se cedía, permiten razonablemente colegir que las cesionarias eran conscientes de que la cedente no iba a necesitar en sentido estricto de alimentos, y de ahí, también como lógica consecuencia, que la prestación alimentaria no se hallase vinculada a la necesidad de la alimentista, pues de ser así, dadas las circunstancias reseñadas, quedaría desprovista de contenido. Es, por tanto, razonable entender, como lo ha hecho la Audiencia, que la referencia a los artículos 142 y siguientes del Código Civil servía para integrar en la relación pacticia el contenido de la prestación en que la obligación consistía, comprensiva de los conceptos indicados en el aludido artículo 142, pero desvinculado del presupuesto de la necesidad del alimentista”.

¹⁶⁷⁴ Rigiendo, a todos los efectos, la libertad de pactos, con los límites del art. 1255 CCE y las “normas generales de las obligaciones”. Así se expresa la STS num. 646/2003, de 1 de julio (RJ\2003\4321), FJ 2º, citada por toda la jurisprudencia posterior, que define y defiende la posibilidad y autonomía del contrato de vitalicio, recurriendo, entre otros argumentos, al derecho comparado y a figuras de los distintos derechos territoriales [STS de 13 de julio de 1985 (RJ\1985\4054), Cdo.- 2º].

¹⁶⁷⁵ STS de 30 de noviembre de 1987 (RJ\1987\8708), FJ 3º. Señala esta sentencia que el contrato de vitalicio, “poco tratado por la doctrina [en ese momento], pero aceptado por la jurisprudencia”, se caracteriza por ser “un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moralidad o al orden público”.

¹⁶⁷⁶ NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 184.

¹⁶⁷⁷ “Una de las partes entrega a la otra alimentos o prestaciones de cualquier tipo que convengan, normalmente a cambio de la entrega de bienes, de manera que en dicho contrato, la causa, como contrapunto de la entrega de unos bienes inmuebles, transmitidos en propiedad (art. 1802 CC), es decir, aquello en consideración a lo que se hace la entrega a los efectos del art. 1274 CC, es la prestación de los servicios, cuidados y atenciones, durante todo el tiempo de la vida contemplada, no pudiéndose hablar de precio, porque éste no tiene por qué existir” [STS num. 366/2009, de 25 de mayo (RJ\2009\2417), FJ 3º].

al cedente para el ejercicio de la condición resolutoria implícita del art. 1124 CCE (FJ 2º)¹⁶⁷⁸.

Criterio distinto mantiene la STS de 21 de octubre de 1992 (RJ\1992\8592) que, quizá por el supuesto enjuiciado, califica el contrato de unilateral y sostiene que no le es aplicable el art. 1124 CCE. En el caso contemplado en esta resolución A y B habían cedido a C un local de negocio para la apertura de un restaurante. Como contraprestación, C se obligaba a entregar a los cedentes cierta cantidad de dinero y a prestarles alimentos (comida y cena diarias) durante la vida de los mismos. Ante lo gravosa que resultaban las comidas y cenas, C comunica por carta a A y B que no puede continuar ofreciendo éstas en las condiciones en las que lo venía haciendo y limita la prestación al menú familiar (diurno y nocturno). A y B deciden dejar de acudir al restaurante y, tras la muerte de A, B solicita el cumplimiento del contrato.

La Sala, como se ha indicado, entiende que se está aquí ante un negocio unilateral, en la medida en que únicamente genera obligaciones para el cesionario y no le aplica el art. 1124 CCE¹⁶⁷⁹. Del mismo modo, inaplica el art. 1124 CCE porque fueron los cedentes los que decidieron, unilateralmente, dejar de acudir al restaurante, haciendo imposible que C cumpliera con la prestación a la que se había obligado.

En el epígrafe siguiente se analizará cómo la presencia de esta obligación asumida por el cesionario, configurada como verdadera contraprestación del negocio, es lo que diferencia al contrato de vitalicio de toda donación.

¹⁶⁷⁸ También, la STS de 2 de julio de 1992 (RJ\1992\6502), FJ 4º. Del mismo modo, la STS num. 556/2008, de 12 de junio (RJ\2008\3220), FJ 3º hace lo propio con la resolución expresa (si tal se ha pactado) por incumplimiento del cesionario. E igualmente, *obiter*, la STS num. 683/2002, de 9 de julio (RJ\2002\5905), FJ 2º. Incide esta resolución en lo difícil que resulta el cumplimiento de este contrato cuando se han roto las relaciones de afecto que le sirvieron de base, lo que comportará, en aquellos casos en los que, como en el enjuiciado, no quepa la resolución por incumplimiento (expresa o implícita), que las prestaciones pactadas se conmuten por una renta a abonar por parte del cesionario al cedente.

¹⁶⁷⁹ Es ésta una decisión discutible pues parece que el Tribunal únicamente contempla como obligación nacida de la cesión original la que se configura como de tracto sucesivo. Es cierto que la obligación asumida por C es la de mayor duración en el tiempo, pero no es la única que nace del contrato, toda vez que A y B se obligan, mediante el mismo, a ceder a C la propiedad del local de negocio, cosa que hacen y cumplen. Por tanto, nos parece más correcto, habida cuenta de la forma y estructura del contrato de vitalicio, mantener su carácter bilateral, toda vez que genera obligaciones para ambas partes. Y esto con independencia de que una obligación (la del cedente) sea de tracto único y la otra (la del cesionario) de tracto sucesivo. No obstante, siendo esto así, lo determinante para la resolución del caso fue, a juicio del Tribunal, que los cedentes decidieran unilateralmente dejar de acudir al restaurante, lo que hizo imposible que C cumpliera con su obligación.

2.2. Naturaleza y régimen jurídico: deslinde con la donación modal

Las características propias del desarrollo y ejecución de este contrato, que puede acabar reportando un enriquecimiento al cesionario de los bienes, hace que doctrina y jurisprudencia se pregunten si el mismo puede constituir, al menos en parte, una donación (tal y como ocurría con el *negotium mixtum cum donatione* o con la llamada donación indirecta). Surge así la cuestión sobre la naturaleza jurídica de este negocio y de su diferenciación (si procede) con la donación y, muy especialmente, con la donación modal.

Las similitudes que, *prima facie*, comparten el contrato de vitalicio y aquella donación modal en la que la carga sea el mantenimiento del donante, hace que sea especialmente importante el deslinde entre ambas figuras¹⁶⁸⁰. Y esto porque de dicho deslinde dependerá que el legitimario tenga acción para impugnar el contrato de vitalicio en defensa de su derecho de legítima.

Así, si el negocio es, al menos en parte, una donación, el legitimario podrá agredir la parte de liberalidad; si no lo es, le quedará vedada la vía de la reducción y tendrá que usar otros remedios, siempre que concurren los requisitos de los mismos (por ejemplo, si fuese un contrato fraudulento o simulado).

No obstante las similitudes que comparten y que señala la doctrina, contrato de vitalicio y donación modal son negocios distintos y, hasta cierto punto, excluyentes: cuando hay donación, no puede haber vitalicio y si hay vitalicio, no puede hablarse de donación modal. Las diferencias entre ambos radican, a nuestro juicio, en los siguientes elementos:

- La presencia de una contraprestación. La doctrina más autorizada, haciendo interpretación del art. 619 CCE, ha señalado que la carga o gravamen impuesto en la donación modal en ningún caso puede configurarse como contraprestación¹⁶⁸¹.

¹⁶⁸⁰ No siempre fácil. Como ejemplo, puede citarse la STS num. 725/2011, de 21 de octubre (RJ\2012\427), que, manteniendo lo dicho por la instancia, califica como donación modal un negocio que es, a todas luces, un contrato de vitalicio. En el mismo error incide, siempre a nuestro juicio, la STS de 25 de junio de 1990 (RJ\1990\4893) que, en su FJ 3º, califica como donación en parte modal y en parte remuneratoria a un negocio que, por su estructura, puede ser calificado como contrato de vitalicio: el donante cede una serie de bienes inmuebles con el fin (contraprestación) de que el cesionario (llamado donatario) tenga en su compañía y otorgue alimentos al donante, a su esposa y a un hijo de éstos.

¹⁶⁸¹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tomo 2. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento si causa. Responsabilidad extracontractual.* Madrid: Tecnos. 2018. p. 81.

Sin embargo, en el contrato de vitalicio, la obligación que asume el cesionario de los bienes puede ser calificada de verdadera contraprestación¹⁶⁸². El contrato de vitalicio es, así, un contrato de tipo oneroso¹⁶⁸³.

No es una carga o comportamiento que se debe asumir para disfrutar de un beneficio, como en el caso de la donación modal; antes al contrario, se trata de una obligación que se asume en contraprestación de la cesión de bienes. Se trata de un contrato o negocio bilateral, mediante el cuál el cedente realiza una entrega de bienes y el cesionario se obliga a cuidar asistencialmente, con cargo a su propio patrimonio, al cedente.

Significativo nos parece el hecho de que, cuando en la donación modal la carga es cuidar del donante, la obligación del donatario queda limitada por el valor total de la donación, de tal modo que estará obligado a cuidar al donante hasta que se agote el valor del bien objeto de la donación. Y no más allá. Y esto porque, entre otras cosas, por la misma configuración de la donación, la misma no puede reportar un empobrecimiento o menoscabo patrimonial al donatario. De lo contrario, *no sería una donación*. Cuestión ésta que aparece más clara en el *Codice civile* de 1942, cuyo art. 793, 2º comma, dispone que el donatario está obligado al cumplimiento del modo hasta el valor de la cosa donada (misma consideración, en realidad, se contiene en el art. 619 CCE cuando habla de “gravamen inferior al valor de lo

¹⁶⁸² Así lo hace la STS num. 607/2007, de 15 de junio (RJ\2007\5122), FJ C) 1º. Esta sentencia, en realidad, pretende deslindar, corrigiendo la interpretación de la instancia por considerarla errada, la donación modal de lo que, a nuestro juicio, califica erróneamente como *negotium mixtum cum donatione*. De la lectura de los “hechos probados”, contenidos de forma muy detallada en el FJ PRELIMINAR de la sentencia, se advierte que se está, en realidad, ante un negocio de renta vitalicia, no plenamente identificable con el contrato de vitalicio, pero sí muy semejante al mismo.

En este caso, el Alto Tribunal señala que la renta a pagar por los cesionarios de los bienes (en el contrato de vitalicio, podría decirse: “la prestación que los cesionarios se obligan a realizar”) es una contraprestación, que convierte al negocio en oneroso, y excluye el ánimo de liberalidad, esencial en la donación *ex art. 618 CCE*.

¹⁶⁸³ VAQUER ALOY, Antoni y DOMINGO MARTÍNEZ, Raquel. *El seguro de renta vitalicia y la herencia*. Barcelona: Atelier. 2015. p. 17. Señala que todos los contratos aleatorios son de tipo oneroso.

donado”)¹⁶⁸⁴. En efecto, la naturaleza gratuita de la donación (modal, en este caso) impide que el donatario pueda sufrir un empobrecimiento como consecuencia de la misma¹⁶⁸⁵.

Ahora bien, he aquí que, en el contrato de vitalicio, la obligación asumida por el cesionario no está limitada por el valor de la cesión de bienes. El cesionario se obliga a cuidar asistencialmente al cedente, con independencia de la duración de la vida de éste y de las necesidades que pueda tener. Dicho con otras palabras, al contrario de lo que ocurría en la donación modal, el contrato de vitalicio sí puede suponer un empobrecimiento del cesionario (ciertamente, esto no se dará en la práctica, pero es posible teóricamente, lo que permite diferenciar ambas figuras).

- Ausencia de liberalidad. La liberalidad, la gratuidad, es el elemento típico y característico de la donación (art. 618 CCE). La donación no tiene contraprestación. Es un acto/negocio que únicamente crea obligaciones para una de las partes. También la donación modal (como se ha indicado) que, como indica el art. 619 CCE, es verdadera donación, lo que significa que participa de los elementos esenciales de aquélla.

Lo dicho significa que elemento de esencia de la donación será la presencia en el donante del *animus donandi*, esto es, de la intención de enriquecer, sin contraprestación, al donatario.

Sin embargo, en el contrato de vitalicio no estará presente, al menos en abstracto, como elemento típico del negocio, dicho *animus donandi*. En otras palabras: el cedente no tiene por qué querer, con la cesión de bienes, hacerle un beneficio al cesionario. Esto es, la intención de enriquecer al cesionario no forma parte del contrato de vitalicio.

¹⁶⁸⁴ La carga, gravamen o modo, en efecto, puede, ex arts. 619 CCE y 793 CCI, absorber la totalidad de lo donado, pero no puede superarla, causando un empobrecimiento del donante.

¹⁶⁸⁵ TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. cit. p. 327, que añade: “Nell’ipotesi in cui la prestazione oggetto dell’onere sia indivisibile e superi il valore del vantaggio patrimoniale ricevuto dal donatario, si ritiene che la situazione debba parificarsi a quella dell’onere impossibile, con la conseguenza che la donazione resta valida, a meno che l’onere abbia costituito l’unico motivo determinante”.

En este contrato, en efecto, el cesionario, como ya se ha apuntado, asume la obligación de mantener, cuidar y asistir al cedente, con independencia del valor total que dicho cuidado suponga. Sin límite alguno. Por lo que la obligación de cuidado puede absorber la totalidad del valor de la cesión de bienes, sin que esto extinga la misma. Esto no ocurre en la donación modal propiamente dicha, ya que el art. 619 CCE establece que *solo* se reputará modal aquella donación en la que el gravamen no sea superior al valor del donado¹⁶⁸⁶. *A contrario*, cabe deducir que aquella donación en la que el gravamen supere (o pueda superar) el valor de lo donado, no podrá ser calificada como donación modal¹⁶⁸⁷.

He aquí, a nuestro juicio, otro de los elementos diferenciadores entre donación modal y contrato de vitalicio: en este último el enriquecimiento del cesionario no es un elemento original del negocio, sino una consecuencia de las circunstancias particulares de su ejecución. El cesionario puede enriquecerse o puede no enriquecerse. Es más, puede empobrecerse, lo que no ocurrirá nunca en la donación¹⁶⁸⁸.

Es por esto por lo que reputamos que el contrato de vitalicio, incluso aunque reporte finalmente un beneficio para el cesionario, no puede ser calificado de donación. Esta calificación, además, a diferencia de lo que ocurría en los casos anteriores, en los que el beneficio o ventaja patrimonial se verificaba en el momento de celebrarse el acto/negocio,

¹⁶⁸⁶ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo II. cit. p. 1588. “Il donatario è tenuto ad adempimento [del onere] entro i limiti di valore della cosa donata (art. 793, 2° comma)”.

¹⁶⁸⁷ NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 20. “Si [el gravamen] fuese igual o superior [al valor de la donación], desaparecería el presupuesto de la donación: el enriquecimiento del donatario”. Y en este caso, aclara (p. 21), estaríamos ante un contrato oneroso.

¹⁶⁸⁸ La STS num. 638/2007, de 29 de mayo (RJ/2007/3606) contiene un supuesto de pluralidad de cesionarios en los que uno de ellos, que ha soportado la totalidad de los gastos causados por el cuidado y asistencia a los cedentes, reclama indemnización a los restantes cesionarios por la parte proporcional a ellos correspondiente.

Aunque no es el objeto del proceso tratado en la sentencia, se observa que el verdadero objetivo o motivación del cedente, al celebrar el contrato, es procurarse el cuidado futuro y no producir un enriquecimiento en el cesionario, que puede, como en el caso de autos, incluso sufrir un perjuicio económico (que, evidentemente, por el funcionamiento de la pluralidad pasiva, podrá reclamar de los ccesionarios).

únicamente podrá ser dada *a posteriori*, lo que no deja de ser un elemento de cierta inseguridad jurídica (proscrita por el ordenamiento en el art. 9.3 CE).

Mejor explicado: en la donación, cualquiera que sea su tipo, incluso en el *negotium mixtum cum donatione*, la ventaja patrimonial que surge para una de las partes se verifica en el momento de celebración del acto/negocio del que se trate. Del mismo acto negocio, y en el momento de su celebración, se desprende la liberalidad que el mismo va a suponer para una de las partes¹⁶⁸⁹. El contrato puede ser calificado (al menos en parte) como donación o liberalidad desde el momento de su celebración y, desde ese mismo momento, sabe el donatario que su atribución (al menos en parte, insistimos) puede ser declarada inoficiosa (art. 636 CCE) y ser eventualmente reducida sin concurren otros requisitos (arts. 654-656 y 820 CCE).

Sin embargo, en el contrato de vitalicio esta liberalidad no es apreciable en el momento de la celebración del contrato. En dicho momento, la atribución que recibe el cesionario, en relación con la obligación que asume para con el cedente, puede enriquecerle o empobrecerle. Todo dependerá de las circunstancias concretas en la que se produzca el desarrollo y ejecución de la obligación de asistencia pactada en contrato. Si el cedente vive poco o tiene pocas necesidades y las mismas no absorben la totalidad de la cesión, el cesionario habrá recibido un beneficio; en caso contrario, habrá recibido un perjuicio, pues la obligación de asistencia habrá absorbido la totalidad del valor de la cesión y, además, habrá gastado parte del patrimonio del cesionario, que debe seguir manteniendo al cedente en toda circunstancia, pues a ello se obliga¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁹ En la donación modal, por ejemplo, al tener que fijarse el valor de las cargas (art. 633 CCE para la donación de inmuebles y 632 CCE, por analogía, cuando la donación de muebles se haga por escrito), puede verse inmediatamente el beneficio que la misma va a reportar para el donatario; lo mismo ocurre en el *negotium mixtum cum donatione*, en el que del mismo contrato surge el valor real del bien que, por ejemplo, se compra y el del precio (más elevado o más reducido) que se paga y que incluye el elemento de liberalidad.

¹⁶⁹⁰ Con el límite, señalado por la STS de 18 de abril de 1984 (RJ\1984\1952), de que los gastos causados por el cedente sean proporcionales y adecuados al fin perseguido. Esta sentencia contempla un supuesto interesante:

A y B, a través del contrato de vitalicio, habían pactado que B se haría cargo, entre otros (referidos al art. 142 CC), de los gastos sanitarios del A “que fuera preciso hacer”.

A, durante la vida del contrato, decide tratarse y curarse una dolencia médica en clínica sanitaria privada y pretende que B acarree con los gastos, pues a ello se ha obligado. Ante la negativa de B, A pretende la resolución del contrato por incumplimiento.

El Alto Tribunal, siguiendo la argumentación de la instancia, desestima la pretensión de A, toda vez que pudo tratarse la dolencia en la sanidad pública, llegando al mismo resultado y con un coste mucho menor para B. Concluye la Sala que el contrato suscrito por los litigantes no da al cedente de los bienes derecho, como contraprestación a la transmisión que del dominio de determinados inmuebles hizo al cesionario, al

Dicho con otras palabras: como señaló la STS de 6 de mayo de 1980 (RJ\1980\1785), lo que va a distinguir al contrato de vitalicio de la donación, en general, y de la donación modal, en particular, es su onerosidad y, sobre todo, su aleatoriedad (Cdo.- 1º)¹⁶⁹¹.

Por consiguiente, la existencia de una liberalidad que beneficie al donante no puede apreciarse en el momento de la celebración del contrato. Habrá que esperar a la muerte del cedente para valorar si la obligación asumida por el cesionario agotó o no la totalidad del valor de la cesión. Esto, a nuestro juicio, supone dos obstáculos difíciles de salvar:

El primero, que introduce en el negocio un importante elemento de inseguridad jurídica. El cesionario no sabe en el momento de la celebración si la atribución que a él se le hace podrá ser calificada de inoficiosa. Ni siquiera potencialmente. Porque en el momento de la celebración del contrato de vitalicio, por la obligación que asume, el cesionario no recibe liberalidad alguna, sino que asume una obligación en contraprestación por la recepción de una serie de bienes. Sólo *a posteriori* podrá verificarse si ha existido ventaja patrimonial y entonces habría que proceder a una recalificación del contrato, considerándolo donación en la parte de liberalidad. Esto es, que el cesionario, tras cumplir escrupulosamente con su obligación, surgida a raíz de un contrato oneroso, puede ver modificada la naturaleza jurídica del mismo y reducida por inoficiosa lo que no se gastó en el cuidado del cedente. Esto nos parece que es, como suele decirse, cambiar las reglas a mitad del juego, lo que introduce, como decimos, importantes dosis de inseguridad jurídica, no queridas en ningún caso por el ordenamiento.

El segundo, que siempre dependerá de una interpretación de cuál fue la verdadera intención del cedente, pues la liberalidad o el *animus donandi* no están presentes expresamente en el momento de celebración del contrato. Así, mientras que en la donación o en el *negotium mixtum cum donatione* hay una intención, más o menos expresa, pero siempre presente, de beneficiar a la otra parte del contrato, la misma no está tan clara en el contrato de vitalicio. Esto supone que su calificación como donación (en parte, al menos) dependerá siempre de una ficción, presunción o interpretación de cuál fue la voluntad del cedente: así, si el valor de la cesión fue superior a lo gastado en cuidar

abono por éste, ilimitadamente, de cualquier gasto médico u hospitalario, sobre todo cuando éstos son desorbitados y puede obtenerse el mismo resultado con un coste menor.

¹⁶⁹¹ Elemento esencial del contrato según la STS num. 767/1998, de 28 de julio (RJ\1998\6449), FJ 3º. En el mismo sentido, dentro de la doctrina, ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. cit. p. 164, para quien la presencia de un determinado *alea* dentro del negocio excluye el presupuesto de la donación.

al cedente, se presumirá (fingirá, interpretará) que el cedente quiso, con la cesión, beneficiar gratuitamente al cesionario. De otro modo, se presumirá lo contrario.

Lo antedicho, que la calificación siempre deba venir tras la ejecución del contrato y que la misma dependa de una presunción (que, además, será, si no teórica, sí prácticamente *iuris et de iure*¹⁶⁹²), nos llevan a pensar que, quizá, este contrato deba ser calificado en todo caso como oneroso.

A mayor abundamiento, puede citarse la STS num. 335/2008, de 30 de abril (RJ\2008\2822) cuyos hechos probados y fundamentos de derecho son muy esclarecedores para el tema que nos ocupa.

Tiene por objeto esta resolución un negocio jurídico mediante el que A cede a B (su hijo) la mitad indivisa de dos fincas de su propiedad a cambio de que éste se obligue a cuidar de A y de su esposa. En concreto, B se obliga a “prestar al transmitente y su esposa, sustento y manutención diaria de ambos, habitación confortable, ropa, vestidos, y cuidar de todas sus necesidades para bienestar personal, procurarles asistencia médica y especialistas en caso que fuera necesario, compañía moral en todo momento, como familiar, hasta el fin de sus días, e incluso a proporcionarles digno lugar para ser enterrados”¹⁶⁹³.

El cedente, además, introduce una cláusula en virtud de la cual, de morir él o su esposa en el plazo de 5 años, la cesión de bienes realizada habría de ser reputada como donación pura y simple.

El Alto Tribunal, en el FJ 2º de la sentencia aludida, sostiene que dicho negocio jurídico incluye o consta de dos contratos distintos:

- Uno primero, el de vitalicio, autónomo, oneroso y distinto de la donación y del contrato de renta vitalicia; este contrato se somete a condición resolutoria: si el cedente o su esposa muriesen antes de transcurridos cinco años, la relación contractual se entendería extinguida.

¹⁶⁹² Teóricamente, el cesionario podría probar la ausencia de liberalidad en el ánimo del cedente. Sin embargo, en la media en la que la presunción parte de un dato de hecho: que se haya producido un beneficio en el cedente como consecuencia del contrato, dicha prueba se configura como una *probatio diabólica*, muy controvertida y difícil en la práctica.

¹⁶⁹³ FJ 1º.

- Y uno segundo, de donación pura y simple, que nacería de cumplirse la condición resolutoria del contrato de vitalicio.

Esto nos lleva a señalar que el régimen jurídico del contrato de vitalicio será el de los contratos onerosos y no el de la donación [así la STS de 31 de julio de 1991 (RJ\1991\5676)¹⁶⁹⁴] y esto, aunque las partes hayan calificado el negocio como donación expresamente¹⁶⁹⁵ o le hayan dado cualquier otro *nomen iuris* [pues, como recuerda la STS de 1 de julio de 1982 (RJ\1982\4213), *obiter*, al tratar un supuesto similar¹⁶⁹⁶, “los contratos son lo que son y no lo que digan los contratantes”¹⁶⁹⁷]

2.3. Reducción

Si se acepta el carácter oneroso y aleatorio del contrato de vitalicio (destacado por la doctrina y jurisprudencia ya citada), que lo separa y – en cierto modo – lo aleja del régimen jurídico de la donación, habrá que concluir que el mismo no puede ser sometido a reducción, ni siquiera aunque comporte un efectivo beneficio para el cesionario de los bienes. Y esto por algo que ya hemos indicado al hablar de los negocios gratuitos y que repetimos aquí, aplicándolo al caso del contrato de vitalicio: los instrumentos protectores de la intangibilidad cuantitativa de la legítima únicamente pueden desplegarse cuando la misma se pone en riesgo. Y se pone en riesgo en presencia de actos que, por carecer de contraprestación, puedan poner en riesgo la subsistencia o integridad del patrimonio del donante y, por consiguiente, de la legítima futura. Es este riesgo el que pone en marcha mecanismos como la computación (art. 818 CCE) y la reducción de donaciones (art. 636 CCE). *A contrario*, cuando el causante ha recibido una contraprestación como consecuencia de la disposición patrimonial por él realizada, no puede hablarse de acto que ponga en peligro la subsistencia de la futura legítima y, por consiguiente, no pueden desplegarse los instrumentos protectores de su intangibilidad cuantitativa¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹⁴ En el FJ 3º, tras ofrecer una definición del contrato de vitalicio y compararlo al negocio al que el Derecho francés denomina *bail de norriture*, sostiene que la mismo no le pueden ser de aplicación los arts. 619 y 633 CCE, reguladores de la donación. Del mismo modo, siguiendo jurisprudencia anterior, establece, al igual que toda la jurisprudencia posterior, que este contrato estará sometido a las reglas generales de las obligaciones.

¹⁶⁹⁵ STS num. 817/2006, de 1 de septiembre (RJ\2006\8549), FJ 4º.

¹⁶⁹⁶ Al contrato de vitalicio se le había dado el *nomen* de compraventa.

¹⁶⁹⁷ Cdo.- 2º.

¹⁶⁹⁸ Se ilustra lo dicho con un ejemplo. A vende a B un coche de segunda mano por 10.000 €. Antes de su óbito, A gasta este dinero en alcohol y casas de juego, de modo que al morir el valor de su caudal es de 0.

En apoyo de lo dicho puede citarse la STS de 6 de mayo de 1980 (RJ\1980\1785). Dicha resolución no trata un supuesto de reducción, sin embargo, uno de los motivos sobre los que los recurrentes basaban su recurso era que el contrato de vitalicio podía ser nulo por afectar a sus derechos legitimarios. La Sala concluye que no, por tratarse de un negocio de índole onerosa. Y apostilla:

“Que igual suerte desestimatoria ha de correr el séptimo y último de los motivos formulados que denuncia la violación de los arts. 1275 y 1276 del C. Civ. argumentando que el contrato tuvo causa simulada y fue otorgado defraudando los derechos legitimarios de los herederos, ya que del contenido de lo actuado se deduce con toda claridad que el padre de la recurrente tuvo que otorgar el contrato para obtener un domicilio y atenciones necesarios para los últimos años de su vida, domicilio y atenciones que sus hijas no le prestaron”.

En este sentido se pronuncia también la STS num. 31/2001, de 18 de enero (RJ\2001\1319), que señala, ante la petición del recurrente de que el negocio jurídico sea calificado de donación (arts. 618 y 619 CCE) y le sea aplicado el límite de la inoficiosidad (art. 636 CCE), que el contrato de vitalicio es un negocio autónomo, distinto de la donación¹⁶⁹⁹, al que por su carácter oneroso y aleatorio¹⁷⁰⁰, no le es aplicable la normativa

En este caso, sus legitimarios no podrán impugnar la compraventa, ni solicitar que el coche se integre en el *donatum*, pues salió del patrimonio del causante en base a un negocio oneroso válido. Y esto, aunque el bien que ocupó el lugar del coche en el patrimonio del donante (el dinero) no haya llegado hasta los legitimarios. Del mismo modo, en el negocio de vitalicio el causante recibe una contraprestación (en dinero o especie) como contrapartida a la cesión de bienes que realiza. Si bien esta contraprestación – quizá por ser en especie – no siempre pasará a los legitimarios, en la medida en que la cesión tenía carácter oneroso y se realizó por una prestación concreta, la misma no podrá ser atacada, pues, en la medida en que no fue realizada a título lucrativo, no puso en riesgo la subsistencia de la legítima.

¹⁶⁹⁹ FJ 1º.

¹⁷⁰⁰ Remarcado en el FJ 2º.

reguladora de la inoficiosidad de las donaciones¹⁷⁰¹. Y ello, señala NIETO ALONSO¹⁷⁰², aunque el cedente de los bienes y beneficiario del vitalicio fallezca poco después de su celebración y se produzca, por ello, un importante enriquecimiento del cesionario de los bienes.

A salvo, siempre – añadimos nosotros – los casos de fraude, en los que el vitalicio se pacte con la intención de burlar derechos legitimarios. En este caso, sin embargo, ya no estamos ante un contrato de vitalicio, sino ante un acto realizado en fraude de legitimarios, por lo que la solución será la misma que señalábamos (capítulo 4) para la donación fraudulenta: nulidad por ilicitud de la causa.

En cualquier caso, no cabe la inoficiosidad (salvo como pedimento subsidiario). Si el contrato es válido, es oneroso y, en tanto que tal, no puede ser reducido por inoficiosidad; si tiene carácter fraudulento, es nulo y, al menos en principio, no será reductible, sino nulo¹⁷⁰³.

En esta línea, puede verse la STS num. 491/2014, de 29 de septiembre (RJ\2014\4966), que establece la inoficiosidad no del contrato de vitalicio, sino de la donación que éste ocultaba y que, si bien no se hizo en fraude de los legitimarios, sí que

¹⁷⁰¹ Se transcribe, por su interés, el FJ 4º de la sentencia:

“Los motivos de casación quinto y sexto se examinan conjuntamente para ser claramente desestimados. Mantienen que el contrato entre los padres de la demandante y la demandada, de 20 de junio de 1986, era un contrato de donación, por lo que se ha infringido el artículo 618 del Código Civil que define la donación pura (ni siquiera hace referencia a la donación modal, del artículo 619) y el 636 al no aplicarse la inoficiosidad legitimaria.

En el planteamiento de ambos motivos olvida la mencionada, por dos veces, doctrina jurisprudencial reiteradísima de que la interpretación y calificación del negocio jurídico corresponde al Tribunal de instancia. Y no advierte que éste la ha hecho acertadamente: en aquel negocio jurídico «ceden y transfieren» la nuda propiedad de una finca y «en pago de la cesión» se obliga a prestar servicios y cuidados; aquéllos son los padres de la demandante y ésta, la demandada. Es claro que no puede calificarse como contrato gratuito; es oneroso y al no poder predecirse la duración de la vida de los cedentes, es aleatorio. En definitiva, es un contrato vitalicio”.

Se puede decir que, en la medida en que el objeto del proceso era la calificación del negocio jurídico (llamado de vitalicio por la instancia y donación por el recurrente), todo lo dicho aquí es *obiter*, pues la *ratio* de la sentencia descansa sobre los argumentos que el Alto Tribunal esgrime para mantener la calificación dada por la instancia. Sin embargo, se transcribe por la importancia que tiene para el tema que nos ocupa, y porque la sustracción del negocio de vitalicio de la normativa de la inoficiosidad parece ser una consecuencia derivada de su calificación como vitalicio.

¹⁷⁰² NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. p. 178.

¹⁷⁰³ A estos casos de fraude ha de sumarse, como uno de ellos, aquéllos en que la muerte del cedente se produzca por enfermedad presente y conocida por éste al tiempo de realizarse el contrato de vitalicio. Y esto porque en este caso se estaría más cerca del fraude que del verdadero negocio aleatorio y oneroso.

termina perjudicándolos de modo efectivo. La sentencia – nótese – no determina que el contrato de vitalicio, como tal, *pueda ser impugnado* por inoficioso. Antes al contrario, siguiendo la interpretación de la instancia, la Sala concluye que el contrato de vitalicio ocultaba, escondía o simulaba una verdadera donación, que es la que se reputa inoficiosa por perjudicar las legítimas de las hijas de la causante. Declarándose nulo el contrato de vitalicio por simulado, y manteniéndose la donación (que era de bienes muebles), se declara la inoficiosidad de la misma, siguiendo, como ya se ha señalado, el criterio y la calificación de la instancia.

Por consiguiente, no contradice esta sentencia lo dicho de que el contrato de vitalicio, en tanto que tal, dado su carácter aleatorio y oneroso, no puede ser impugnado por inoficiosidad (toda vez que no puede ser calificado de donación, por no compartir con ésta sus requisitos esenciales).

A mayor abundamiento, ha de señalarse que la argumentación seguida por esta sentencia que ahora se comenta es, cuanto menos, discutible, toda vez que parece responder más a razones de justicia que a criterios de lógica jurídica.

El cesionario, recurrente, opone, con buen criterio, a nuestro juicio, la aleatoriedad y onerosidad del contrato celebrado y alega, además, que cumplió puntualmente lo pactado en el mismo. La propia sentencia recoge, en el FJ 2º, que, según el recurrente:

“El contrato de autos es un contrato de vitalicio en el que este recurrente cumplió con las obligaciones contraídas, asumía un riesgo y concurría en la cedente la necesidad de recibir la asistencia contratada, cuya asistencia no podía recabar de sus hijas legitimarias por mantener éstas respecto de su madre una actitud de total incomunicación y absoluta indiferencia. No se puede hablar de falta de proporcionalidad en las prestaciones pues nada hacía presagiar un próximo fallecimiento de la cedente, quien, como mantiene la sentencia de apelación, gozaba de buena salud, se hace una cesión de bienes a cambio del compromiso, por el que los recibe, de dar al cedente alimentos y asistencia durante su vida -que es precisamente la situación fáctico-jurídica producida en el presente caso-, que no se enmarca dentro del ámbito de la donación y por tanto no les son de aplicación las normas de este contrato”.

El Alto Tribunal reconoce que estos argumentos “no son baladíes”, pero los rechaza por descansar sobre una calificación distinta a la dada por la instancia y, manteniendo la de ésta, sostiene que en este caso el negocio ha de ser calificado como donación disimulada, sin alegar para ello argumento distinto al de que la calificación de los contratos es, como ya se ha indicado, facultad privativa de la instancia.

Aún así, se repite, no se declara la inoficiosidad del contrato de vitalicio (lo que sería un absurdo jurídico), ni siquiera por la parte que tiene de beneficio para el cesionario, sino que se declara, por las razones particulares de este caso, que el mismo disimulaba una donación que, ésta sí, tiene carácter inoficioso.

No se rompe la tónica general que venimos señalado de que sólo el negocio calificado como donación puede ser reducido por la inoficiosidad a la que se refieren los arts. 636 y 654-656 CCE¹⁷⁰⁴.

3. El contrato de seguro de vida con beneficiario distinto del tomador

3.1. Concepto

El art. 83.1 LCS define el seguro de vida como aquel en el que se hace exigible el pago de lo acordado por parte de la compañía cuando muera el asegurado o cuando sobreviva al acontecimiento especificado o en ambos casos.

El seguro de vida puede ser, así, en atención al artículo citado, seguro de vida para el caso de muerte (cuando es la muerte del asegurado la que hace exigible la obligación de pago de la compañía); seguro de vida para el caso de supervivencia (cuando es la supervivencia a un determinado acontecimiento lo que hace exigible la obligación de pago por parte de la compañía); o seguros mixtos (seguros en los que o bien la muerte o bien la supervivencia al acontecimiento hacen exigible la obligación de pago de la compañía).

¹⁷⁰⁴ No se oculta, sin embargo, que ésta es sólo una de las soluciones posibles y que el tema es controvertido y no pacífico y la mejor solución quizá sea ir viendo caso por caso.

Nos centramos aquí en el seguro de vida para el caso de muerte, que cubre la muerte del asegurado, en principio, sea cual sea su causa (arts. 92 y 93 LCS)¹⁷⁰⁵. Este tipo de seguros, además de otras particularidades, se caracteriza porque da lugar a una estructura triangular, relacionando a tres sujetos diferenciados (que no tienen porqué ser distintos, pero que habitualmente no coincidirán): el asegurado, el tomador y el beneficiario del seguro.

El supuesto que contemplamos en este subepígrafe es aquel en el que el seguro de vida para el caso de muerte sobre la vida entera se ha concertado por un tomador que, a su vez, es asegurado, pero que no coincide con el beneficiario del mismo. Así, a la muerte del asegurado (que será, por regla general, el tomador y, por tanto, quien ha satisfecho las primas), le será entregada al beneficiario una cantidad de dinero.

3.2. Reducción

Tenemos así que el tomador ha actuado en beneficio de un tercero, abonando unas primas que sirven como contraprestación al riesgo que la compañía asume y cuyo advenimiento provocará la entrega de una suma de dinero al beneficiario.

Ante este beneficio que recibe un tercero por cuenta del tomador (que ha podido designar como beneficiario a un tercero, extraño a sus vínculos y relaciones familiares), propio del seguro de vida para el caso de muerte sobre la vida entera, la doctrina se pregunta si el mismo es reductible (esto es, si ha de aplicársele el régimen jurídico de la donación) y, en caso de ser así, si habrían de reducirse las primas abonadas por el tomador del seguro o la cantidad entregada por la compañía al beneficiario.

RUBIO GARRIDO¹⁷⁰⁶, partidario de aplicar la reducción a este tipo de contratos, sostiene, sin embargo, que únicamente podrían agredirse las primas, a las que considera donaciones, cada una en su fecha de abono correspondiente (en consonancia con lo establecido en el art. 88 LCS). ALBALADEJO/DÍAZ¹⁷⁰⁷ matizan señalando que ni las

¹⁷⁰⁵ Incluso cubre, salvo pacto en contrario, el suicidio del asegurado, siempre que no sea el primer año de vigencia de la vida del contrato (art. 93 LCS).

¹⁷⁰⁶ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de liberalidades*. p. 1336. También, VAQUER ALOY, Antoni y DOMINGO MARTÍNEZ, Raquel. *El seguro de renta vitalicia y la herencia*. cit. p. 108.

¹⁷⁰⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. p. 872 (nota 29).

primas podrán ser reducidas si se entiende que el seguro respondía a deberes formales de previsión jurídicas o morales.

Representa ésta la que ACOSTA MÉRIDA¹⁷⁰⁸ llama la tesis tradicional y/o mayoritaria, en función de la cual el capital que recibe el beneficiario se produce en el patrimonio del asegurador, no en el del tomador del seguro, por lo que ha de sustraerse del fenómeno y las reglas sucesorias¹⁷⁰⁹. Dicho con otras palabras: el derecho del beneficiario es un derecho propio, independiente y autónomo de la sucesión del tomador del seguro, que surge *ex novo* por la muerte del asegurado y como consecuencia del contrato (oneroso) celebrado entre tomador y compañía aseguradora. Es por esto por lo que la suma asegurada debe ser entregada directamente al beneficiario, al margen de las reclamaciones o pretensiones que puedan esgrimir los sucesores e, incluso, los legitimarios del tomador-asegurado (art. 88 LCS).

Sostiene ACOSTA que esta tesis, si bien mayoritariamente aceptada, responde únicamente a criterios de orden práctico, pero no deriva de la naturaleza ni de la configuración del seguro de vida, que, para ella, no debe mantenerse al margen del Derecho de sucesiones.

En efecto, sostiene esta autora que el tomador del seguro para el caso de muerte sobre la vida entera (que, las más de las veces, coincide con el asegurado) deviene acreedor de la compañía aseguradora. Ésta le reconoce la facultad de ceder el derecho de crédito a cualquier tercero (el beneficiario)¹⁷¹⁰, lo que explica – podría añadirse – que, en ausencia de beneficiario designado o de reglas para su determinación, la suma asegurada integre el caudal relicto del tomador-asegurado (art. 84.III LCS). En efecto, si no cedió el crédito que tenía contra la compañía a ningún beneficiario, el tomador, en tanto que pagador de las primas, es el que tiene derecho a la suma asegurada.

¹⁷⁰⁸ ACOSTA MÉRIDA, María del Pino. *Seguro de vida y derecho de sucesiones*. cit. p. 67.

¹⁷⁰⁹ El beneficiario no sería un sucesor del tomador del seguro. Así lo señalan expresamente VAQUER ALOY, Antoni y DOMINGO MARTÍNEZ, Raquel. *El seguro de renta vitalicia y la herencia*. cit. p. 32, cuando dicen que, pese a la relación que existe entre sucesor y designación de beneficiario en testamento, lo cierto es que el beneficiario nunca será un verdadero sucesor *mortis causa* del tomador. Si bien estas consideraciones se hacen con relación al mal llamado seguro de renta vitalicia, son igualmente aplicables en sede de seguro de vida, por la semejanza de funcionamiento entre los mismos.

¹⁷¹⁰ ACOSTA MÉRIDA, María del Pino. *Seguro de vida y derecho de sucesiones*. cit. p. 70. “A cambio del pago de las primas, el tomador del seguro recibe de la compañía un derecho de crédito al capital del seguro, a cobrar en el momento de la muerte del asegurado, así como la facultad de cederlo a un beneficiario designado en la póliza, en testamento o en posterior declaración escrita comunicada al asegurador. Y esta facultad no puede significar otra cosa que el hecho de que el pertenecía, pues *nemo dat quod non habet*”.

Señala ACOSTA que, en realidad, lo que transmite el tomador al designar beneficiario es el crédito que tiene contra la compañía, y no el valor de las primas que paga a la misma, ya que ésta las entrega como contraprestación del negocio oneroso celebrado con la compañía aseguradora, por lo que no tiene sentido que el art. 88 LCS ordene reducir las primas, pero no la suma pagadera por la compañía, que es, en tanto que derecho de crédito, lo que verdaderamente transmite gratuitamente el tomador-asegurado¹⁷¹¹.

La suma asegurada se configura, así, para ACOSTA MÉRIDA¹⁷¹², como un derecho derivado del tomador del seguro.

La tesis de esta autora es, además de novedosa, clara: el tomador del seguro (que, las más de las veces, coincidirá con el asegurado) adquiere, como consecuencia del negocio oneroso concertado, un derecho de crédito contra la compañía aseguradora, que transmite al beneficiario. Este derecho no nace *ex novo* con la muerte del asegurado (lo que, en efecto, lo excluiría de la regla general de transmisibilidad *mortis causa* del art. 659 CCE, cuando coincidan asegurado y tomador), sino que nace en el momento de celebración del contrato de seguro y *deviene efectivo* con la muerte del asegurado¹⁷¹³.

Desde estas coordenadas, concluye ACOSTA que el seguro de vida, en la relación entre tomador-beneficiario, se configura como una donación *mortis causa* del derecho de crédito contra la compañía¹⁷¹⁴, ocupando el tomador la posición del donante y el beneficiario la del donatario. Y desde esta tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato de seguro va a concluir, de cara a la reducción por inoficiosidad, lo siguiente:

En primer lugar, que no habrán de reducirse (pese a la letra expresa del art. 88 LCS) las primas pagadas por el tomador del seguro. Y esto porque las mismas se devengan en el contexto de una relación de tipo oneroso y, como ya se ha repetido en múltiples ocasiones, las reglas relativas a la inoficiosidad únicamente son aplicables a las donaciones y actos similares o asimilados a las mismas.

¹⁷¹¹ *Ibidem*, p. 72.

¹⁷¹² *Ibidem*, p. 75.

¹⁷¹³ *Ibidem*, p. 78. “El hecho de que el capital se cobre cuando se produce el óbito del asegurado afecta a la eficacia y no a la existencia misma del derecho que, nacido, somete su eficacia a la *conditio iuris* de la muerte del asegurado”.

¹⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 231.

En segundo lugar, que habrá de reducirse la suma asegurada y pagadera por la compañía aseguradora. Y esto porque:

“1) el seguro de vida para caso de fallecimiento es una estipulación a favor de tercero; 2) en la relación de cobertura se hallan tomador y asegurado, unidos por medio de un contrato aleatorio y oneroso, donde el alea es la muerte más o menos tardía del asegurado, y preciso es, para el tomador, el pago de las primas, y para la compañía de seguros, el pago del capital en el momento de la muerte del asegurado; y 3) en la relación de valuta se encuentran tomador y beneficiario, conectados por medio de una donación *mortis causa*, donde el donante es el tomador y el donatario el beneficiario, y el objeto de la donación es el crédito al capital del seguro que correspondía al tomador a cambio del pago de las primas”¹⁷¹⁵.

En atención a la tesis de ACOSTA, habría de reducirse, en lugar de las primas, la suma pagada por el seguro de vida. Y esto porque dicha suma se corresponde con el objeto del derecho de crédito que el tomador-asegurado transmitió al beneficiario. Transmisión que se produjo en el contexto de una donación *mortis causa* que, como tal, ha de ser sometida a las reglas de reducción por inoficiosidad (toda vez que, como ya se ha indicado al inicio de este capítulo, el art. 636 CC no hace distinciones entre diferentes tipos de donaciones).

La postura de esta autora es de una gran originalidad y, a nuestro juicio, al menos en el planteamiento inicial, no está exenta de acierto. En efecto, como señala ACOSTA, el seguro de vida para el caso de muerte sobre la vida entera no puede vivir de espaldas al Derecho de sucesiones, tampoco puede convertirse, bajo diferentes subterfugios o sobre la base de estar sometido a un derecho especial y especializado, en un instrumento paralelo de planificación sucesoria¹⁷¹⁶. Ha de procederse, por consiguiente, a la armonización plena entre las reglas que disciplinan el seguro de vida para el caso de muerte y aquéllas que hacen lo propio con la sucesión del patrimonio del causante. A este planteamiento, nada que objetar.

Del mismo modo, no podemos negar que acierta esta autora cuando señala el carácter oneroso que tiene el pago de la prima en el seguro de vida y que, por el contrario y de

¹⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 254.

¹⁷¹⁶ Alertan de este peligro, también, VAQUER ALOY, Antoni y DOMINGO MARTÍNEZ, Raquel. *El seguro de renta vitalicia y la herencia*. cit. p. 15.

forma contradictoria, sea precisamente la prima pagada la que puedan agredir los legitimarios del tomador, lo que no deja de suponer una (notable) excepción a las reglas generales de la inoficiosidad. E incluso estamos tentados de creer que es cierto que dicha solución, la aceptada por el legislador y por la doctrina mayoritaria, no responde a la naturaleza de la institución estudiada, sino a criterios de orden práctico que buscan facilitar y potenciar la contratación en el mercado de seguros.

Igualmente creemos que es valiente esta autora al recurrir a la figura (polémica y controvertida) de la donación *mortis causa* para explicar la relación existente entre tomador y beneficiario. Sin embargo, y pese a la buena fundamentación que se contiene en la obra de ACOSTA, creemos que es aquí donde falla su planteamiento.

Y es que, por un lado, aplicar a la relación tomador-beneficiario el régimen de la donación *mortis causa* del art. 620 CC abriría la puerta a un sinfín de problemas de muy difícil solución. Tampoco se explica bien cómo habría de coordinarse este régimen jurídico con el propio del contrato de seguro, que no deja de ser un régimen especial que, en principio, derogaría las reglas generales. Y, por otro, obsta a la conclusión de ACOSTA el art. 88 LCS, que es derecho vigente, y que ordena, con solución (si se quiere) cuestionable, reducir las primas, dejando intacta la suma asegurada.

En realidad, la base que está al art. 88 LCS, y que reconoce gran parte de la doctrina (incluso la propia ACOSTA), es que la suma asegurada se forma o conforma con la prima pagada por el tomador del seguro (a través de la provisión matemática, por lo que puede decirse, salvando los matices, que la prima crea la suma). El derecho del beneficiario, por su parte, nace del contrato de seguro y se circunscribe a la relación con la compañía aseguradora. En efecto, el contrato de seguro genera una relación entre asegurador y tomador y otra entre asegurador y beneficiario, pero no hay (al menos directamente) relación alguna entre tomador y beneficiario, más allá del derecho de designación que se reconoce al primero.

Por consiguiente, si la suma asegurada es creada por la prima pagada por el tomador, pero, a su vez, el derecho a la recepción de ésta no deriva del tomador, sino del contrato de seguro, entonces, el acto de disposición que pone en peligro el patrimonio del tomador y la subsistencia de la legítima no es la designación del beneficiario, sino el pago de las primas, toda vez que éste se realiza sin verdadera contraprestación de carácter real, que sustituya al valor de la prima salida del patrimonio del tomador.

Dicho con otras palabras: el contrato de seguro es aleatorio y oneroso, es cierto. Sin embargo, en la medida en que el beneficiario no coincide con el tomador, la contraprestación de la compañía aseguradora, la asunción del riesgo de la muerte del asegurado no va a repercutir sobre el patrimonio del tomador, sino sobre el de un tercero, distinto de éste. Por consiguiente, el pago de las primas supondrá una minoración del patrimonio del tomador (sin contraprestación equivalente en su patrimonio). En realidad, la prima aparece así, aunque consecuencia de un negocio oneroso, revestida de todas las características de la donación: suponen un empobrecimiento del tomador y un correlativo enriquecimiento del beneficiario (pues la prima crea la suma que él recibirá). Y en tanto que hay empobrecimiento patrimonial del tomador, el pago de la prima se configura como uno de esos actos que pueden poner en peligro la subsistencia de la legítima. Y es por esto por lo que el art. 88 LCS, con buen criterio, las asimila, solo a efectos de reducción y, precisamente por el perjuicio patrimonial que pueden irrogar a la legítima, a las donaciones.

Es por ello por lo que creemos conveniente, pese a la magistral argumentación de ACOSTA, defender la doctrina mayoritaria y sostener que habrán de reducirse (art. 88 LCS) las primas pagadas por el tomador del seguro.

A este respecto, aparece la duda de cuándo habrán de entenderse hecha, a efectos del art. 656 CC, cada una de las donaciones en que consisten, en caso de resultar inoficiosas, cada una de las primas pagadas por el tomador del seguro. PUIG BRUTAU¹⁷¹⁷ señala, en consonancia con la doctrina según la cuál se deben reducir las primas y no el capital entregado por la compañía, que debe tenerse en cuenta separadamente la fecha de cada prima pagada.

¹⁷¹⁷ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III.* cit. p. 140.

CAPÍTULO SEXTO

MODOS DE LLEVARSE A CABO LA REDUCCIÓN. EL PROBLEMA DE LAS CLÁUSULAS DE REDUCCIÓN *IN VALOREM* Y SU INCIDENCIA SOBRE LA LEGÍTIMA

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. MODOS DE LLEVARSE A CABO LA REDUCCIÓN: REDUCCIÓN *IN NATURA* Y REDUCCIÓN *IN VALOREM*. III. LAS CLÁUSULAS DE REDUCCIÓN *IN VALOREM*. 1. Supuesto práctico y juicio doctrinal. 2. La validez de las cláusulas de restitución *in valorem*: intangibilidad cualitativa y reducción de donaciones. 3. Algunas consideraciones finales.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Retomamos en este capítulo final algunas de las ideas vertidas en el capítulo 4, por lo que puede considerarse (salvado el paréntesis del capítulo 5) una continuación de aquél. En efecto, las páginas que siguen van a tratar del modo de proceder a la reducción, si esta debe llevarse a cabo *in natura* o *in valorem* y si el donante puede imponer en el acto de la donación (o en el testamento) que la restitución se produzca en un modo o en otro. En este sentido, las reflexiones que siguen han de ponerse en conexión con la última parte del capítulo 4, en el que se hablaba de la valoración del bien sujeto a reducción, de la restitución de los frutos y de la pérdida y deterioro de la cosa donada.

A este respecto, lo primero será preguntarse si existe alguna regla general o principio que establezca la primacía de la reducción *in natura* sobre la reducción *in valorem*, o viceversa. O si, por el contrario, queda a voluntad de las partes (del donante, donatario y/o legitimario) optar por un sistema u otro.

En caso de primar la reducción *in natura*, el legitimario tendrá derecho siempre, salvo supuestos concretos, a exigir la entrega efectiva del bien donado (o, al menos, una parte del mismo). De otro modo, podrá el donatario conservar el bien entregando su equivalente en dinero. Esta cuestión no es secundaria y será determinante – como se verá – del contenido de la obligación que nace para el donatario vencido en reducción.

En un segundo momento, nos preguntaremos a lo largo de este capítulo si el donante o el testador, con su voluntad, pueden incidir sobre el modo en que habrá de llevarse a cabo la reducción. Es decir, nos preguntaremos sobre la validez de la cláusula, introducida en la donación o en el testamento, en la que el testador ordena que, de reputarse la donación inoficiosa en el futuro, el exceso inoficioso sea satisfecho en dinero por el donatario al legitimario. E, igualmente, nos preguntaremos si esto supone un caso (nuevo o no) de conmutación de legítima. Y si el legitimario estará vinculado por la cláusula, perdiendo todo derecho a los bienes concretos.

II. MODOS DE LLEVARSE A CABO LA REDUCCIÓN: REDUCCIÓN *IN NATURA* Y REDUCCIÓN *IN VALOREM*

La reducción de la donación inoficiosa, una vez ejercitada con éxito la acción correspondiente, puede llevarse a cabo, en abstracto, con arreglo a dos sistemas distintos: el de restitución *in natura* o el de restitución *in valorem*. De acuerdo con el primero, el demandado vencido en reducción – el donatario o sus causahabientes – habría de entregar al legitimario triunfante (total o parcialmente) el bien objeto de la donación. Conforme al segundo sistema, sin embargo, cumpliría el demandado entregando en dinero el equivalente al valor que alcance la reducción.

El primer sistema se coordina mejor o es más conforme con una idea de la legítima concebida como *pars hereditatis*¹⁷¹⁸ o *pars bonorum*¹⁷¹⁹, pues se entiende que el legitimario lesionado tiene derecho a satisfacer su legítima con bienes de la herencia o del patrimonio del causante (es una consecuencia, derivada del art. 806 CCE, de la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima). El segundo sistema, por su parte, es más acorde a una concepción de la legítima entendida como *pars valoris*¹⁷²⁰ o *pars valoris bonorum*¹⁷²¹, en función de la cual el legitimario tendrá derecho a una cuota de valor, calculada con relación a los bienes del caudal hereditario, pero no a ser satisfecho en bienes relictos.

¹⁷¹⁸ GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero.* cit. p. 282.

¹⁷¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo II.* cit. p. 156.

¹⁷²⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre donaciones.* cit. p. 497.

¹⁷²¹ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II.* cit. p. 62.

El Código civil español común regula la cuestión de la restitución del bien objeto de reducción, para determinados supuestos, en los arts. 654, 820 y 821, en los que – al menos expresamente – no establece conforme a cuál de los dos sistemas antedichos debe llevarse a cabo la reducción; sin embargo, hay un amplio sector de la doctrina¹⁷²² que defiende que el mismo contiene el principio de que la reducción debe llevarse a cabo, siempre que sea posible, *in natura*, y sólo excepcionalmente *in valorem*. El donatario no podrá, por consiguiente, neutralizar los efectos de la acción entregando una cantidad de dinero – de su propio patrimonio, se entiende – al legitimario lesionado. En pro de esta argumentación se aducen los arts. 820.3º y 821 CCE¹⁷²³ (en relación con el art. 806 CCE, que define la herencia como “porción de bienes”), que parecen contemplar la reducción *in valorem* como un supuesto extraordinario, únicamente válido en determinados casos en los que la cosa no deba ser devuelta en su totalidad ni admita cómoda división. En todos los demás supuestos – entiende los autores citados – la restitución debe llevarse a cabo *in natura*, pues a ella tiene derecho el legitimario. Algo parecido ocurre dentro del ordenamiento italiano, en el que un sector de la doctrina¹⁷²⁴, basándose en la letra del art. 650, comma 1, CCI (que contiene una dicción similar, con algunas diferencias, a la del art. 821 CCE), defiende que el mismo reconoce el derecho del legitimario a ser satisfecho *in natura*.

El principio en función del cual el legitimario tiene derecho a la restitución *in natura* es, para FUENMAYOR¹⁷²⁵, una consecuencia derivada de la intangibilidad cualitativa de la legítima en su vertiente de que ésta debe ser satisfecha con bienes de la herencia. Y esto lleva a sostener que – como se ha indicado – los supuestos de reducción *in valorem* deban tener carácter excepcional, y quedar circunscritos a casos concretos en los que, por diversas circunstancias, no sea posible la restitución total o parcial del bien objeto de la donación.

Conforme con la doctrina mayoritaria, y para supuestos de reducción parcial en los que no sea posible – o no se quiera – la aplicación de las normas contenidas en los arts.

¹⁷²² Pueden citarse, como ejemplos de lo dicho, a GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo. *La legítima en el Código civil*. cit. p. 149.

¹⁷²³ A los que remite expresamente el art. 654 CCE.

¹⁷²⁴ Así lo cree, entre otros, NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. p. 107.

¹⁷²⁵ DE FUENMAYOR, Amadeo. “La intangibilidad de la legítima” en *ADC*. cit. p. 57, que señala que esto es una consecuencia de la intangibilidad cualitativa de la legítima que, en una de sus acepciones, exige que la legítima sea pagada con bienes del caudal o “cuerpos hereditarios” y que, en opinión de este autor (p. 63), no es sino una consecuencia de la conceptualización del legitimario como heredero.

821 y 822 CCE, ALBIEZ DOHRMANN¹⁷²⁶ sostiene que una forma de restitución *in natura* sería la constitución de una comunidad de tipo romano sobre el bien objeto de la donación, integrada por donatario y legitimario. Sin embargo, se trata ésta de una solución que, en nuestra opinión, sería poco funcional en la práctica, salvo que sea elegida de consuno entre demandante y demandado¹⁷²⁷. En caso contrario, lo mejor tal vez sea optar, siempre que se admita la generalidad e imperatividad – salvo excepciones – de la restitución *in natura*, por la venta de la cosa y el reparto del precio conforme a las cuotas que sobre ella ostenten legitimario y donatario (esta es la solución que, por otro lado, se contiene en el art. 821 CCE, *in fine*).

No faltan, sin embargo, dentro de la doctrina española, voces como la de GARCÍA PÉREZ¹⁷²⁸, para quien la reducción *in valorem* habría de ser la regla general, toda vez que ayuda a satisfacer los intereses de ambas partes y salvaguarda los derechos del legitimario, reduciendo la litigiosidad. En efecto, mediante la reducción *in valorem*, quedan satisfechos los derechos del legitimario, que ve restituido el valor al que tenía derecho en el patrimonio del causante, evitándose, al mismo tiempo, la división económicamente perjudicial de bienes divisibles y los problemas derivados de la indivisión del bien (en casos de reducción parcial). A esto se suma – en opinión de la autora citada – la cercanía de esta acción con las de tipo rescisorio, que, por regla general, permiten que la restitución de los bienes se lleve a cabo por el abono del importe del perjuicio económico.

No obstante la sensatez de la posición esgrimida por GARCÍA PÉREZ, la doctrina sigue aceptando, de manera casi unánime, la existencia de un principio general, derivado de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en función del cual la restitución debe ser realizada, siempre que sea posible, *in natura*. Y esto porque, en principio, el legitimario tiene derecho a ser satisfecho con bienes de la herencia.

Ahora bien, el Código civil español permite (por ejemplo, en los arts. 1056.II o 841 CCE) que el testador, bien ante ciertas circunstancias, bien por su propia voluntad, excepcione este principio, ordenando o facultando para que la legítima de un determinado

¹⁷²⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 5010.

¹⁷²⁷ Piénsese en la litigiosidad que puede generar esta copropiedad si legitimario y donatario no tienen buena relación.

¹⁷²⁸ GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit. p. 294.

(o determinados) legitimario se abone en metálico, incluso extrahereditario. Procede preguntarse, al cerrar este estudio sobre la inoficiosidad de las donaciones y su reducción, si la misma facultad asiste al donante, pudiendo éste ordenar al donatario o facultarlo para que pueda éste conservar el bien objeto de la donación, abonando en metálico el fruto de la reducción.

III. LAS CLÁUSULAS DE REDUCCIÓN *IN VALOREM*

1. Supuesto práctico y juicio doctrinal

El supuesto que ahora se analiza, el de la introducción por el donante de una cláusula de reducción *in valorem*, trae causa de una sentencia paradigmática del Tribunal Supremo: la STS de 17 de noviembre de 1925 (TOL 5.039.122).

Los hechos sometidos a la consideración del Tribunal son los siguientes: el día 5 de marzo de 1924, A donó – mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública – a B, su nieta, dos tercios de su haber, señalando e imputando bienes concretos al tercio de mejora. En la misma escritura de donación, el donante ordenó que, de reputarse en el futuro la donación excesiva o inoficiosa, conservase B los bienes donados, abonando el exceso en dinero a los restantes legitimarios. Finalmente, antes de su óbito, A otorga testamento en el que instituye herederos a sus ocho hijos.

Abierta la sucesión de A, tras el litigio mantenido entre los sucesores de A y la donataria, el Alto Tribunal concluye, para el tema que nos ocupa y que aquí vamos a analizar *per extenso*, corrigiendo el criterio del órgano *a quo*, que:

“El propio donante estableció por modo claro que si la expresada donación excediera de los dos tercios mencionados, se abonará en metálico a los demás herederos el exceso, es evidente que no puede reputarse inoficiosa dicha donación, y al no entenderlo así la Sala de la Audiencia de Oviedo en la sentencia recurrida, incide en notorio error de hecho y de derecho, con infracción de las disposiciones legales citadas en los tres motivos del recurso que debe ser estimado”.

Comentando esta sentencia, señala MANRESA¹⁷²⁹ que el Tribunal fija el criterio de que no existirá lesión a la legítima – y, por consiguiente, no podrá hablarse de donación inoficiosa o reducción por inoficiosidad –, en aquellos supuestos en los que el donante haya ordenado que el exceso en que pudiera incurrir la donación sea abonado en metálico por el donatario.

Doctrina y jurisprudencia parten, así, de la validez de las cláusulas de reducción *in valorem*, entendiéndose por tales aquellas en las que el donante, en el acto mismo de la donación, previendo que la misma pueda resultar inoficiosa, ordena que pueda el donatario conservar el bien donado, abonando a sus legitimarios en dinero – extrahereditario – el exceso inoficioso. Tanto la sentencia comentada, como el propio MANRESA, se plantean el efecto que dicha cláusula pueda tener sobre la declaración de inoficiosidad, pero no llevan este supuesto – a nuestro juicio – hasta sus últimas consecuencias, preguntándose si, en realidad, estamos aquí ante un nuevo supuesto de conmutación de la legítima, aceptado por vía jurisprudencial, para el caso de reducción por inoficiosidad. Al análisis de tal circunstancia se dedica lo que resta de capítulo.

Para ello – es necesario repetirlo – partimos de un supuesto de hecho concreto en un ordenamiento jurídico determinado (el español común), que enmarcará y contextualizará toda la reflexión: cuando el donante (en el acto de la donación) faculta al donatario para, de reputarse inoficiosa la donación en el futuro, conserve el donatario el bien entregando al legitimario su equivalente en dinero. Y nos cuestionamos, no sobre la validez de dichas cláusulas – cuya admisibilidad parece fuera de discusión –, sino sobre si las mismas pueden configurarse como un nuevo (y diferente) modo de conmutación de la legítima, para el caso de reducción por inoficiosidad.

En realidad, el supuesto que ahora se estudia sólo puede ser entendido si lo ponemos en relación con los arts. 821, 829, 1056.II y 841 CCE y si, rechazando el carácter excepcional que tradicionalmente se imputa a estas normas, aceptamos que al menos algunos de ellos pueden ser aplicados, por analogía, en sede de donación inoficiosa.

¹⁷²⁹ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V.* cit. p. 235.

2. La validez de las cláusulas de restitución *in valorem*: intangibilidad cualitativa y reducción de donaciones

El análisis del funcionamiento de las cláusulas de reducción *in valorem*, y su relación con la intangibilidad cualitativa de la legítima, obliga a ponerlas en relación con las diferentes normas del Código civil español común que, expresa o implícitamente, contienen supuestos de conmutación. No podemos, sin embargo, por la naturaleza y objeto de esta investigación, realizar un estudio pormenorizado de la conmutación de la legítima, sin embargo, sí que será necesario detenerse, con cierto nivel de detalle, en aquellos aspectos que permitan demostrar (i) la validez de las cláusulas de reducción *in valorem*, (ii) el funcionamiento de las mismas, (iii) su incidencia sobre la intangibilidad cualitativa de la legítima y, (iii) finalmente, que quizá sean el mejor instrumento para reducir la litigiosidad derivada de la reducción por inoficiosidad, de modo que pueda plantearse – de *lege lata* – que, incluso aunque el donante no las haya introducido, sea la reducción por equivalente la forma ordinaria y general de llevar a cabo la reducción.

Las reflexiones que siguen sobre la conmutación de la legítima – necesarias para el tema que nos ocupa – han de ser precedidas, sin embargo, de una afirmación de carácter previo: la de que los arts. 841 y ss. CCE suponen un punto de inflexión en el régimen jurídico de la legítima, de modo que realizan la inversión y modificación de un principio tradicional, que quizá sólo se mantiene ya por la fuerza e inercia de la historia. En efecto, antes de la introducción de la conmutación regulada en los arts. 841 y ss. CCE, con la excepción del art. 829 CCE, de la que se hablará más adelante, parece estar la conmutación de la legítima presidida por el principio de que la misma debe ser pagada con bienes de la herencia y que sólo en supuestos excepcionales puede ser pagada con bienes (normalmente dinero) extrahereditarios. Tras la introducción de los arts. 841 y ss. CCE (que desborda lo previsto en el antiguo art. 840.2 CCE, que pretendía desarrollar), dicho principio – a nuestro juicio – ha decaído, toda vez que el artículo citado supedita la conmutación a la mera voluntad del causante. Esta modificación, sin embargo, no surge *ex novo*, sino que se integra en un movimiento legislativo que, poco a poco, ha ido suavizando el rigor de la intangibilidad cualitativa, entendida en su vertiente de que el legitimario tiene derecho a bienes de la herencia (o del patrimonio del causante). Lo dicho se aprecia paladinamente si se analizan cada uno de los artículos que contienen supuestos de conmutación.

En primer lugar, nos encontramos con la solución del art. 821 CCE para el legado – o la donación – que consiste en una finca que no admita cómoda división. Y al que alude expresamente, para ser aplicado en sede de donaciones inoficiosas, el art. 654 CCE. Dice así el art. 821 CCE¹⁷³⁰:

“Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.

Se trata de un precepto que, como puede apreciarse, pretende evitar el encono de una situación de indivisión, producida por el triunfo del ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas. No es una solución nueva, la misma se encuentra ya – con algunas diferencias – en la Ley 20 de Toro, si bien allí el pago en dinero se reserva para el destinatario de la mejora señalada vía legado por el testador cuando la cosa dejada no admita cómoda división¹⁷³¹. La redacción actual de esta norma se debe a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹⁷³², que le añade el tercer párrafo, hasta entonces inserto en el art. 822 CCE.

El art. 821 se refiere, como se deduce de su redacción, al legado – o donación (ex art. 654 CCE) – que, teniendo por objeto cosa indivisible o que no admita cómoda división, ha sido declarado inoficioso sólo en parte. Y tiene por finalidad – en opinión de

¹⁷³⁰ Norma paralela en el art. 560 CCI, ya analizado en el capítulo 4.

¹⁷³¹ Un antecedente más remoto se encuentra en la Ley 2, Título 10 de la Partida VI, que ya ordenaba pagar al colegitimario su parte en dinero si la cosa asignada al asignatario era indivisible y no admitiera cómoda división. Puede verse: VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 1056” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XIV*. cit. p. 156.

¹⁷³² En las redacciones anteriores, incluidas la originaria, el artículo constaba únicamente de los dos primeros párrafos, que tenían la misma redacción. El tercer párrafo, añadido en 2003, constituía, hasta ese momento, el contenido del art. 822. Al respecto, pueden verse los arts. 821 y 822 en AAVV. *El Código civil. Edición Oficial Reformada*. Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. 1889.

RAGEL¹⁷³³ – evitar que, como consecuencia del ejercicio triunfante de la acción de reducción, se conforme sobre el bien objeto del legado/donación una comunidad ordinaria entre demandante y demandado. Sin embargo, la importancia de esta norma – a nuestro juicio –, más allá de la solución práctica que ofrezca para un supuesto concreto, radica en que refleja ya cómo, en la redacción originaria del Código, el principio según el cual el legitimario tiene que ser satisfecho en bienes de la herencia se relaja, en determinadas circunstancias, por razones de orden práctico e, incluso, llega a perder (casi) toda su fuerza cuando el destinatario de la manda/donación es un legitimario.

Así se deduce de la comparación entre los dos primeros párrafos del art. 821 CCE, que diferencian según el legatario/donatario ostente o no, a su vez, la condición de legitimario. En efecto, cuando el legatario/donatario es un extraño, sólo podrá conservar la finca (abonando el exceso inoficioso en dinero al legitimario), cuando el valor de la reducción no absorba la mitad o más de su valor; en caso contrario, quedará la finca para el legitimario, que habrá de proceder al abono correspondiente en favor del legatario/donatario. Sin embargo, cuando dicho legatario/donatario ostente, a su vez, la condición de legitimario, podrá conservar la finca con tal que su valor no exceda de lo que le corresponda por legítima y de lo que el causante podía disponer por libre disposición¹⁷³⁴.

Como puede apreciarse, el principio de intangibilidad cualitativa se relaja y se favorece la conservación de la cosa sin proindiviso ordinario y el abono en metálico – extrahereditario- de las restantes legítimas cuando el destinatario del bien es un legitimario¹⁷³⁵, principio que aparece aquí y que se va a mantener constante en todas las normas que contengan supuestos de conmutación.

El art. 821 CCE concede, así, una opción al legatario/donatario de la finca indivisible o que no admita cómoda división: la de quedarse o no con la totalidad de la misma, abonando a los legitimarios su legítima en dinero extrahereditario¹⁷³⁶.

¹⁷³³ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “Comentario al artículo 821” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo V*. cit. p. 6089.

¹⁷³⁴ Debido a lo dispuesto en el art. 825 CCE, especialmente para el caso de la donación, no podrá imputarse valor alguno al tercio de mejora, salvo que el donante así lo haya dispuesto.

¹⁷³⁵ A esta conclusión llegan, también, CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 992, que, comentando el art. 560 CCI señalan que esta norma supone una importante excepción al principio de que el legitimario tiene derecho a ser satisfechos con bienes del patrimonio del causante.

¹⁷³⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 40.

Esta norma puede hacerse extensiva a todo objeto de donación/legado que no admita cómoda división o desmerezca mucho con la misma, aunque se trate de bien mueble. Así, habría que hacer una interpretación extensiva del término “finca” que aparece en el artículo.

Teniendo esta norma presente, que permite – desde los inicios del Código civil español común – que el donatario, *aunque no sea un legitimario*, conserve la cosa en determinados supuestos, abonando en metálico la legítima del lesionado, sería posible defender que el donante (o, incluso, el testador) pudiera ordenar esta solución, aun cuando no se dieran los requisitos del artículo. Es decir, que el testador ordene o faculte para que, en lugar de aplicarse la norma del art. 821 CCE, el legatario/donatario – aunque no sea legitimario – conserve la finca o el bien objeto del legado/donación, con independencia del valor que alcance la reducción, abonando al legitimario su legítima en dinero.

Lo único que haría aquí el donante, en efecto, sería extender, de manera convencional, la solución de la ley a supuestos distintos de los previsto en ella, lo que habría de admitirse, toda vez que es la propia norma la que evidencia: (i) que el principio conforme al cual el legitimario debe ser satisfecho en bienes de la herencia no es absoluto, (ii) que el mismo cede o debe ceder en determinados supuestos prácticos, potencialmente problemáticos, (iii) que la legítima del lesionado no sufre merma cualitativa si la misma se abona en dinero extrahereditario.

En contra de lo dicho, sin embargo, se sitúa buena parte de la doctrina. Puede citarse, por todos, a RAGEL SÁNCHEZ¹⁷³⁷, que sostiene que una cláusula de este tipo vulneraría la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, en su vertiente de que ésta debe ser pagada con bienes de la herencia (art. 806 CCE). Continúa este autor señalando – con razón – que la solución del art. 821 CCE se fundamenta sobre el hecho fáctico de que la finca no admita cómoda división o sea indivisible, lo que parece reforzar la idea de que hay un principio general – el legitimario debe ser satisfecho con bienes de la herencia –, que se excepciona sólo cuando la cosa no pueda ser dividida, para evitar la formación de una comunidad ordinaria entre colitigantes.

En realidad, tiene razón este sector de la doctrina cuando afirma que la solución del art. 821 CCE descansa sobre la indivisibilidad de la cosa y que, por consiguiente, tiene

¹⁷³⁷ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “Comentario al artículo 821” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo V*. cit. p. 6090.

carácter excepcional y no puede ser aplicado a supuestos en los que la cosa objeto de donación o legado sea divisible o no desmerezca con la división.

La segunda norma que encontramos con un supuesto de conmutación es el art. 829 CC, que se expresa del siguiente modo:

“La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados”.

Atiende este artículo a la mejora en cosa determinada – ya sea hecha a título de donación o de legado – y, por ello, guarda una profunda relación con el supuesto de la comentada STS de 17 de noviembre de 1925 (TOL 5.039.122), toda vez que parte de la donación litigiosa se hizo en concepto de mejora, con señalamiento de bienes concretos.

La *ratio* de este precepto es evitar, en supuestos de mejora expresamente querida por el testador/donante, que se produzca la reducción *in natura*, con independencia de la naturaleza del bien objeto de la donación/legado por el que se atribuya la mejora¹⁷³⁸. Dicho con otras palabras: el art. 829 CCE va a permitir, cuando la atribución se haga en calidad de mejora, que el legatario/donatario conserve el bien o bienes imputados a mejora, aunque los mismos sean divisibles, abonando a los legitimarios en dinero la parte excesiva. Se produce, así, en efecto, una superación o ampliación del supuesto de hecho del art. 821 CCE (con el que tiene que ser puesto en relación, especialmente con el art. 821.II CCE), pues no exige el 829 CCE que el bien objeto del legado/donación tenga el carácter de indivisible.

A este respecto, señala DOMÍNGUEZ LUELMO que sobre lo único que no puede recaer la mejora, a efectos de este artículo, es sobre una suma de dinero. En efecto, si bien el dinero puede utilizarse para mejorar, el mismo no puede constituir, a juicio del autor citado, una cosa determinada a efectos del art. 829 CCE. Y esto porque, si el mismo prevé la compensación de los excesos en dinero, carece de sentido “atribuir una cantidad que está sujeta a una devolución parcial por el mejorado a los demás interesados”¹⁷³⁹.

¹⁷³⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 63.

¹⁷³⁹ *Ibidem*, p. 64.

VALLET DE GOYTISOLO¹⁷⁴⁰, haciendo una interpretación correctiva del precepto, sostiene que, pese a su letra, una vez excedidos los tercios de mejora y legítima, ante de proceder a la reducción por inoficiosidad y a la compensación en dinero, habrá de imputarse el exceso a la parte de la que pudo disponer libremente el donante/testador. Y esto porque, en su opinión, sería “absurdo” que el mejorado no pudiera ser destinatario de una atribución imputable a la libre disposición (siempre que subsista dicho tercio y no haya sido previamente agotado por el donante/testador). A mayor abundamiento, señalan LACRUZ/SANCHO¹⁷⁴¹ que, de no poderse imputar el exceso a la libre disposición, antes de proceder a la reducción, se daría una acción de reducción carente de sujetos, pues faltaría el interesado a que se refiere el art. 829 CCE, toda vez que nadie puede alegrar derechos sobre la parte disponible.

Este artículo cobra gran importancia en aquellos supuestos en los que la donación se hace en concepto de mejora. Nótese que el mismo no condiciona la facultad de pago del exceso en dinero a que la cosa objeto de la mejora sea indivisible o no admita cómoda división¹⁷⁴².

El art. 829 CCE contiene, así, salvando las distancias, un supuesto de conmutación más cercano al del art. 841 CCE que al del art. 821 CCE, pues nos encontramos aquí con que la “conmutación” que ordena ya no se basa en características de la cosa, sino en la naturaleza de la imputación: depende del hecho de que la cosa se atribuya en concepto de mejora. El legislador camina aquí hacia una relajación casi completa de la intangibilidad cualitativa del art. 806 CCE cuando el destinatario de la disposición – un descendiente, en este caso – es un legitimario o potencial legitimario. En efecto, como ya se advertía en el segundo párrafo del art. 821 CCE, cuando el destinatario de la cosa tiene derecho a legítima (o puede tenerlo, como el nieto), se favorece que conserve la misma y abone en

¹⁷⁴⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 829” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI*. cit. p. 345.

¹⁷⁴¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 486.

¹⁷⁴² En contra, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2*. cit. p. 1206. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 829” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI*. cit. p. 348, por su parte, señala que el silencio del legislador se debe, en este caso, a que da por supuesto que, para que actúe la solución prescrita en la norma, la cosa objeto de la mejora debe ser indivisible. Tal era, en efecto, la solución dada por las Leyes 19 y 20 de Toro, antecedentes remotos de este artículo y que, según VALLET, partían como supuesto de la indivisibilidad de la cosa.

dinero el exceso a los restantes legitimarios. Movimiento éste que llegará a su culmen con los arts. 841 y ss. CCE, que analizaremos más pormenorizadamente *infra*.

Por ahora, baste decir que, si bien el art. 829 CCE supone una extensión del objeto – que ya no tiene que ser una finca o bien inmueble, ni de carácter indivisible – con respeto al art. 821 CCE, en la medida en que atiende a un supuesto concreto (la atribución realizada en calidad de mejora), sigue teniendo – al menos *prima facie* – tintes de excepcional, toda vez que parece excepcionar el principio de la intangibilidad cualitativa sólo en un caso determinado y sólo en atención a la naturaleza de la atribución y a las características del destinatario.

La tercera norma que vamos a analizar es el art. 1056.II CCE, que dice así:

“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”.

Hacemos gracia del primer párrafo del artículo citado y de las particularidades de la partición hecha por el propio testador, aunque es posición común en la doctrina afirmar que, en este supuesto, no nacerá la comunidad hereditaria (por lo que no habrá de procederse a la colación)¹⁷⁴³.

El precepto transcrito se añadió en el Anteproyecto de 1882-1888, por lo que es una forma de conmutación que se encuentra en el Código civil español común desde sus

¹⁷⁴³ Por todos, TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.). *Tratado de legítimas*. cit. p. 130.

trabajos preliminares, aunque se reforma en 2003 por la ley 41/2003, que le da su redacción actual.

DÍEZ SOTO¹⁷⁴⁴ señala que esta norma tiene el objetivo de minimizar las consecuencias – negativas – que la división forzosa, impuesta por la legítima, pueda tener para la unidad empresarial o el paquete mayoritario (o de control) de acciones. En efecto – señala este autor – la dinámica de la legítima pone un importante obstáculo a la transmisión de la empresa, dificultando el mantenimiento de su unidad o su atribución al más capaz para su gestión y dirección.

Por la razón aludida, este artículo excepciona de nuevo el principio de pago de la legítima con bienes de la herencia, que se entiende que no vincula al testador cuando hace la partición de los bienes (a este respecto, puede verse el art. 1061 CCE)¹⁷⁴⁵. Con lo que aparece ya un primer indicio de que la voluntad de testador va a poder excepcionar el principio – al menos, en determinados supuestos – de intangibilidad cualitativa¹⁷⁴⁶ (en lo que a los bienes con que satisfacer la legítima se refiere¹⁷⁴⁷).

Se caracteriza y diferencia este supuesto de conmutación de los anteriores por las características de su objeto, que debe ser siempre una explotación económica, que el testador considera indivisible, aunque esté formada por elementos materialmente divisibles. En la actualidad se utiliza, sobre todo, para asegurar el control de una sociedad de capital o grupo de éstas.

DE LA CÁMARA¹⁷⁴⁸ sostiene que, al contrario de lo que ocurre en los restantes supuestos de conmutación, aquí el testador no concede una facultad, sino que da una

¹⁷⁴⁴ DÍEZ SOTO, Carlos. “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar” en *Revista de Empresa Familiar. Vol 1. N° 1*. 2011. p. 28. “Con esta previsión se trataba de facilitar al titular de una empresa la posibilidad de realizar la partición de su herencia de manera que se mantuviera aquélla indivisa, adjudicándola a alguno o algunos de sus legitimarios, y disponiendo que los demás recibieran su legítima en dinero”.

¹⁷⁴⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Comentario al artículo 1056” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo VI*. cit. p. 7626.

¹⁷⁴⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 48. “Para nosotros el testador puede en todo caso realizar la partición de sus bienes sin sujetarse a las reglas de la posible igualdad entre los coherederos”.

¹⁷⁴⁷ Lo que hará el régimen de los arts. 841 y ss. CC será llevar esto hasta sus últimas consecuencias.

¹⁷⁴⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. “Comentario al artículo 1056” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2481. También DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2*. cit. p. 175.

orden, que, además, sólo él puede dar, de modo que únicamente el testador puede disponer esta conmutación¹⁷⁴⁹.

Un importante sector de la doctrina¹⁷⁵⁰ admite sin dificultad que la explotación económica o el paquete de acciones/participaciones sociales pueda atribuirse al nieto o descendientes de ulterior grado del testador, por premoriencia del descendiente de primer grado. El problema surge al tratar de aplicar la misma solución para el caso en que aún vivan los hijos del testador y, aún así, éste quiera dejar la explotación económica o paquete de control a uno de los nietos. A este respecto, la doctrina mayoritaria¹⁷⁵¹ entiende que cabe adjudicar la explotación económica o paquete de control al nieto, incluso en vida de sus padres. Y esto porque puede ser destinatario del tercio de mejora y del de libre disposición.

Mayores problemas existen para admitir la atribución de la explotación económica o paquete de acciones a un tercero, cuando existen legitimarios. A este respecto, DÍEZ SOTO¹⁷⁵², con valentía, propone que el principio de conservación de la empresa al que alude el artículo justificaría que el adjudicatario de la misma fuese un tercero, extraño al círculo de los legitimarios, siempre que esté capacitado para la dirección y gestión de la explotación económica o del paquete de control de la sociedad¹⁷⁵³.

En contra, GARCÍA TORRES y DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁷⁵⁴, para quienes, de aceptarse que la explotación o el paquete de acciones pudiera atribuirse a un extraño (existiendo legitimarios), se estaría quebrando el principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima, del que hablaremos *infra*.

En realidad, si bien se mira, nada obsta a la conclusión de DÍEZ SOTO, toda vez que el artículo citado, en su dicción literal, evita la palabra “legitimarios” (o, la que es más del gusto del Código civil español común, herederos forzosos) y habla siempre de

¹⁷⁴⁹ De la misma opinión, DÍEZ SOTO, Carlos. “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar” en *Revista de Empresa Familiar*. cit. p. 29.

¹⁷⁵⁰ Por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 49.

¹⁷⁵¹ Por todos, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Comentario al artículo 1056” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo VI*. cit. p. 7649.

¹⁷⁵² DÍEZ SOTO, Carlos. “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar” en *Revista de Empresa Familiar*. cit. p. 30.

¹⁷⁵³ Propone la misma solución, pero sólo para el caso de ausencia de descendientes, VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 1056” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XIV*. cit. p. 158.

¹⁷⁵⁴ TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.). *Tratado de legítimas*. cit. p. 131.

interesados. No establece, por consiguiente, ni implícita ni explícitamente, que la explotación no pueda dejarse a un extraño, lo que incluso puede ser aconsejable en interés de la familia o de la conservación de la empresa¹⁷⁵⁵.

Parte de la importancia de este artículo radica en su antigüedad, que refleja la debilidad del principio del que el legitimario tiene que ser satisfecho con bienes de la herencia. Podría objetarse que seguimos en la órbita de supuestos concretos y determinados que, en tanto que tales, no dejan de tener carácter excepcional. Y así es si se toma cada artículo de forma separada y aislada. Sin embargo, si se procede a una interpretación sistemática (art. 3.1 CCE), es paladino que la intangibilidad cualitativa de la legítima, en su vertiente de que la misma ha de ser satisfechas con bienes del caudal relicto, es, quizá, el más endeble de todos los principios. Cede si la cosa es indivisible o no admite cómoda división, aunque el destinatario de la cosa sea un tercero, ajeno al círculo de los legitimarios (art. 821 CCE); cede cuando la atribución se hace en concepto de mejora (art. 829 CCE); cede cuando lo ordena el testador, en presencia de una explotación económica o paquete de control, cuando así lo exija el interés de la familia o la conservación de la empresa.

En realidad, estas normas, puestas en conjunto y en relación, tiene un doble objetivo: por un lado, pretenden que se respete lo máximo posible la voluntad del causante, que, si entregó un bien determinado a alguno, sería con la intención de que lo conservara, por lo que se facilita que el legatario/donatario/beneficiario de la explotación retenga el bien, abonando lo pertinente; por otro, se pretende evitar la potencial litigiosidad que la legítima produce al imponer una división imperativa e igualitaria sobre el patrimonio, a veces de carácter antieconómico, provocando mayores perjuicios de los que pretende paliar.

Esto último se aprecia con toda claridad en el precepto ahora comentado, toda vez que el mismo excepciona el principio de pago de la legítima con bienes de la herencia en aras del interés de la familia o del principio de conservación de la empresa. La norma

¹⁷⁵⁵ OBERTO, Giacomo. “Il patto di famiglia” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1851, comentando los arts. 768 bis y ss. CCI – que regulan una institución semejante a la del art. 1056.II y ss. CCE –, señala que este tipo de disposiciones se adopta por las exigencias económicas actuales, que obligan a seleccionar, al margen de las reglas generales del Derecho de sucesiones, al más adecuado para dirigir la empresa. La norma italiana, sin embargo, sí que dice claramente que el favorecido con la misma debe pertenecer al círculo de los descendientes del causante-empresario.

utiliza, en su redacción, la fórmula disyuntiva, estableciendo que hay dos motivos que pueden llevar al testador a ordenar la atribución de la empresa o paquete de control a un legitimario, a un nieto (que no sea legitimario) o – si somos valientes – a un tercero, ajeno al círculo de los legitimarios. Y esto puede hacerse en interés de la propia empresa, de su conservación y mantenimiento¹⁷⁵⁶.

Una previsión semejante a la del art. 1056.II CC – aunque con notables diferencias y sin constituir un supuesto de conmutación en sentido estricto – encontramos en los arts. 768 bis y ss. CCI, que se refieren a la importante figura del *patto di famiglia*, introducido por la l. 14 *febbraio* 2006, n. 55. El artículo citado (el 768 bis) define el “*patto di famiglia*” como:

“[I]l contratto con cui [...] l’imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l’azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti”.

Sujetos de este contrato serán, en atención a lo dicho, el empresario-disponente (futuro causante), los descendientes beneficiarios o “asignatarios” de la empresa o paquete de participaciones societarias y, finalmente, “tutti coloro i quali, in base ad un’evidente finzione giuridica sarebbero legittimari del disponente, ove, al momento della sua stipulazione, si aprisse la sua successione”¹⁷⁵⁷.

La dicción del art. 768 bis permite que asignatario de la empresa pueda ser un hijo o un nieto (pues el término descendiente ha de ser interpretado en sentido amplio), pero no un tercero extraño a dicho círculo parental.

Respecto a los legitimarios no asignatarios, DELLE MONACHE¹⁷⁵⁸ señala que deben participar, so pena de nulidad, tanto el cónyuge – si existe – como todos los demás (potenciales) legitimarios (esto es, como señala el art. 768 quater, comma 1, aquéllos que lo serían si la sucesión se abriese en el momento de celebrarse el pacto).

¹⁷⁵⁶ No compartimos, pese a los respetos que siempre nos despiertan sus opiniones, la conclusión de ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Comentario al artículo 1056” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo VI*. cit. p. 7652, de que el principio de conservación de la empresa se identifica con el interés familiar y de que es este último el que debe primar.

¹⁷⁵⁷ BONILINI, Giovanni. “Il patto di famiglia” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 637.

¹⁷⁵⁸ DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. p. 149.

Estos (potenciales) legitimarios tienen derecho, salvo que renuncien, a ser compensados, en dinero o bienes, por el valor de su cuota de legítima (en realidad, por el valor de la cuota que les correspondería si la sucesión se abriese en el momento de la celebración del contrato).

Para ello, habrá de liquidarse su cuota de legítima, que ha de calcularse, no obstante, con relación al bien objeto de la disposición y no, por el contrario, con relación al entero patrimonio del empresario-disponente. Obligados a la satisfacción del derecho de los (potenciales) legitimarios estarán los beneficiarios de la empresa o paquete de participaciones sociales, que responderán de esta obligación en régimen de solidaridad pasiva.

Objeto del contrato será siempre una empresa o un paquete de participaciones societarias.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, no estamos aquí ante un acto de naturaleza particional que – necesariamente – diferirá sus efectos a la muerte del causante (empresario), sino ante un contrato de naturaleza *inter vivos* que tendrá efectos desde su celebración¹⁷⁵⁹. En efecto, la transmisión de la empresa o paquete societario es inmediata, si bien en lo referente únicamente a la nuda propiedad (manteniendo el empresario-disponente el usufructo)¹⁷⁶⁰.

La *ratio* de esta institución, como la del art. 1056.II CCE, es facilitar o favorecer la transmisión de la empresa, por lo que permite al empresario celebrar un contrato en virtud del cual la empresa o paquete de acciones pueda ser transmitida a uno o varios legitimarios, que habrán de compensar a los restantes en dinero o bienes¹⁷⁶¹.

El art. 768 *quater*, por su parte, excluye de colación y de reducción lo recibido por los contratantes del pacto de familia, lo que, en opinión de OBERTO, supone la verdadera novedad introducida por la reforma¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 133.

¹⁷⁶⁰ Y es por esto por lo que no supone una excepción a la prohibición del pacto sucesorio contenido en el art. 458 CCI.

¹⁷⁶¹ OBERTO, Giacomo. “Il patto di famiglia” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1851. *Il patto di famiglia*: “appare volto a favorire il passaggio generazionale dei beni aziendali tramite uno strumento il più possibile blindato contro possibili attacchi da parte di legittimari che dovessero ritenersi, una volta apertasi la successione del disponente, in qualche modo lesi da siffatte disposizioni”.

¹⁷⁶² *Ibidem*, p. 1853.

Finalmente, el art. 768 *sexies* contiene el supuesto de superveniencia de un legitimario tras la celebración del pacto. En este caso, el legitimario sobrevenido puede pedir, una vez abierta la sucesión del empresario-disponente, la satisfacción de su cuota de legítima más los intereses correspondientes. Al pago de dicha cuota estarán obligados todos los legitimarios participantes en el pacto (fuera asignatarios de la empresa o no). Y esto porque, como señala BONILINI, “la sopravvenienza di un legittimario, invero, comporta la rideterminazione del valor delle quote di riserva”¹⁷⁶³.

La última norma a comentar, dentro del ordenamiento español común, que será clave para la defensa de la introducción de las cláusulas de reducción *in valorem* con carácter general, es el art. 841 CCE (y ss.), que dice así:

“El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor dativo a que se refiero el artículo 1.057 del Código Civil”.

Se inserta el régimen jurídico abierto por esta norma con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que introdujo importantes reformas en el Derecho sucesorio, estableciendo la igualdad sustancial de todas las filiaciones (en atención a lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE).

Este artículo aparece ligado a la reforma de la legítima de los hijos naturales, que podía ser – a instancia de los hijos legítimos – pagadera en dinero, como modo de evitar que la comunidad hereditaria estuviese formada por hijos legítimos e ilegítimos del causante y, también, como modo de proteger la intangibilidad cualitativa de los hijos legítimos, considerados moralmente superiores¹⁷⁶⁴. En realidad – como señala

¹⁷⁶³ BONILINI, Giovanni. “Il patto di famiglia” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 655.

¹⁷⁶⁴ Solución que se encontraba también, hasta el D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, en el art. 537 CCI, comma 3, que daba a los hijos legítimos la facultad de conmutar la legítima de los hijos naturales. Ya durante el vigor de esta previsión normativa, había voces doctrinales en contra que la criticaban y sostenían la necesidad de igualdad entre todos los hijos del causante, con independencia de la filiación (a este respecto, puede verse DOSSETTI, Maria. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 14).

DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁷⁶⁵ – en este régimen jurídico abrogado, la intangibilidad cualitativa de la legítima, en su vertiente de que tiene que ser pagadera con bienes de la herencia, sólo se aplicaba, cuando existían, a los hijos legítimos. Así constaba en el art. 840.II¹⁷⁶⁶ CCE, anterior a la reforma de 1981, que constituye el antecedente legislativo inmediato del régimen jurídico contenido en los arts. 841 y ss. CCE.

DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁷⁶⁷, que narra detalladamente el periplo legislativo del régimen jurídico de los arts. 841 y ss. CCE, señala que, en origen, se pretendió otorgar a los hijos matrimoniales la facultad de abonar la legítima en metálico a los grupos extramatrimoniales. Sin embargo, esta facultad de conmutación se consideró contraria al art. 14 CE y, también, al art. 39 CE, que refleja de forma paladina que el ordenamiento español no contiene ningún trato de favor a la familia matrimonial sobre la extramatrimonial. De ahí que, tras múltiples enmiendas, se decidiera por la redacción actual, que no hace acepción de filiaciones¹⁷⁶⁸.

Igual fue la solución adoptada en el Derecho italiano, en el que la facultad de conmutar se reconocía, hasta el D. Lgs. 28 diciembre 2013 – que entró en vigor el 7 de febrero de 2014 – a los hijos legítimos (tal y como ocurría originariamente en España). Dicha disposición no le merecía a la doctrina¹⁷⁶⁹ un juicio positivo, pues la veían contraria a los principios constitucionales. En la actualidad ya no se reconoce dicha facultad de conmutación.

Lo mismo ocurrió, como se viene diciendo, en el Derecho español común, en el que ahora rige la solución que finalmente se adoptó en el art. 841 CCE, que, en su redacción vigente, se refiere únicamente a la legítima de descendientes, por lo que exige que, al menos, exista una pluralidad de éstos (de otro modo, no tiene sentido hablar de

¹⁷⁶⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 18. “Por tanto, la porción de los hijos o descendientes extramatrimoniales, aunque igual en el *quantum* a la de los matrimoniales, en concurrencia con éstos, podía tener un diferente contenido cualitativo”.

¹⁷⁶⁶ “Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación”.

¹⁷⁶⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. pp. 75-86.

¹⁷⁶⁸ También puede verse, sobre el itinerario legislativo y los trabajos preparatorios de la norma comentada, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. pp. 460 y ss.

¹⁷⁶⁹ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte*. Tomo primo. cit. p. 523.

conmutación) y establece – para LACRUZ/SANCHO¹⁷⁷⁰ – la regla general de que la legítima puede ser abonada en dinero a todos los legitimarios descendientes, salvo a uno de ellos. En efecto, el supuesto de hecho del art. 841 CC – al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento italiano – no está hoy supeditado a la existencia de un tipo de filiación concreta (lo que sería contrario a los arts. 14 y 39 CE), ni a que el caudal (o los bienes insertos en él) presenten características concretas (como en los supuestos de los arts. 821 o 1056.II CCE), sino que supedita la conmutación a la voluntad del causante.

Este artículo, efectivamente, faculta al testador para distribuir sus bienes con gran libertad, pudiendo ordenar que todos queden en manos de uno o algunos de sus hijos o descendientes, ordenando que estos beneficiarios paguen a los restantes en dinero – extrahereditario – lo que por legítima les corresponda. Es el supuesto de pago de legítima con dinero extraherencial por excelencia.

Este precepto (y el régimen jurídico que inicia) desborda todos los supuestos de conmutación vistos hasta ahora, pues no supedita dicha conmutación ni a la naturaleza (indivisible) de los bienes, ni a la naturaleza de la atribución, ni al interés de la familia o a la conservación de la empresa¹⁷⁷¹. Es aplicable, incluso, a un conjunto de bienes sin conexión entre ellos¹⁷⁷².

LACRUZ/SANCHO¹⁷⁷³ sostienen que este artículo únicamente puede ser aplicado entre descendientes legitimarios efectivos (a lo que VALLET¹⁷⁷⁴ añade que entre los descendientes debe contarse también al nieto en vida de sus padres), por lo que, en

¹⁷⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 460.

¹⁷⁷¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al artículo 841” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2071. En contra, VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 19. Para quien las conmutaciones del art. 1056 y del 841 CCE son “interdependientes”, dando a entender que se trata *lato sensu* de la misma conmutación.

¹⁷⁷² En contra, VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 22, para quien el art. 841 CCE obedece a la finalidad de conservar indivisos los bienes del causante, sobre todo, cuando constituyan una explotación económica.

¹⁷⁷³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 489. “No se trata, desde luego, de que ahora pueda el causante nombrar heredero a un extraño y autorizar a pagar las legítimas en dinero; al contrario, la que podríamos llamar “intangibilidad global”, es decir, el destino de los bienes relictos *in natura*, en la proporción que cubre la herencia forzosa, al colectivo de legitimarios, sigue siendo una regla inderogable por la voluntad del causante”.

¹⁷⁷⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al artículo 841” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2071.

principio, no podría ser utilizado para nombrar heredero a un tercero con la obligación de pagar en dinero la legítima de los descendientes. Y esto, en opinión de un sector mayoritario de la doctrina¹⁷⁷⁵, porque ha de respetarse la llamada intangibilidad cualitativa global de la legítima, cuya *ratio* es – desde antiguo – la conservación del patrimonio hereditario dentro de la familia, lo que no permite que los terceros extraños se hagan con la propiedad de los bienes.

Según RAGEL SÁNCHEZ¹⁷⁷⁶, la finalidad de esta norma – en atención a sus antecedentes legislativos y trabajos preparatorios – es evitar la partición entre dos grupos de legitimarios entre los que (previsiblemente) habrá problemas¹⁷⁷⁷. Y puede que, efectivamente, *ab origine*, fuera ésta la intención del legislador, pues tal se deduce de su itinerario histórico-legislativo, ya comentado. Sin embargo, con su redacción actual, esto no puede defenderse. La finalidad de la norma no es otra que ofrecer al testador libertad para partir sus bienes entre los legitimarios, sin atender a la intangibilidad cualitativa, que deja de jugar para él.

En realidad, aunque el artículo habla de ordenar, lo que el testador otorga es una facultad¹⁷⁷⁸ (tal se deduce del art. 842 CCE, cuando señala que el legitimario – o los legitimarios – beneficiario del caudal “podrá exigir” que el pago de legítima se realice con bienes de la herencia). Esta facultad, sostiene VATTIER¹⁷⁷⁹, ha de ser otorgada en un mismo acto, junto con la atribución de bienes.

En efecto, los beneficiarios del caudal sólo están obligados a satisfacer en dinero la legítima de los restantes legitimarios si deciden adquirir la propiedad de los bienes, de otro modo, se partirá la herencia conforme a las reglas generales¹⁷⁸⁰.

El artículo 841 CCE es, a nuestro juicio, la norma que permite aceptar las cláusulas de reducción *in valorem* y el que mejor nos permite apreciar su incidencia sobre la

¹⁷⁷⁵ Por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 88.

¹⁷⁷⁶ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “Comentario al artículo 841” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo V*. cit. p. 6243.

¹⁷⁷⁷ Y en esta línea, se acercaría al art. 821 CCE, que justifica el pago en metálico extrahereditario sobre la base de evitar los conflictos derivados de una situación de indivisión.

¹⁷⁷⁸ Así lo entiende, entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. “Comentario al artículo 1056” en BERCOVITZ, Rodrigo; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. cit. p. 2480.

¹⁷⁷⁹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 40.

¹⁷⁸⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 461.

legítima en supuestos de reducción. En efecto, si se permite que el testador, sólo y exclusivamente por su voluntad, pueda conmutar la legítima por acto *mortis causa*, en realidad, es poco el trecho que resta para aceptar que la misma disposición pueda realizarla *inter vivos* en el acto mismo de la donación.

Este artículo (el 841 CCE) y los que siguen afectan a la intangibilidad cualitativa de la legítima, pues supone que ya no será de esencia que la misma sea pagada con bienes de la herencia, pudiendo el testador, sin que medie causa excepcional más allá de su propia voluntad, ordenar que se pague con dinero extrahereditario¹⁷⁸¹.

Y ésta es la diferencia cualitativa que distingue a este artículo de todos los restantes sobre conmutación: no descansa sobre un supuesto de hecho concreto, no atiende a características de los legitimarios, ni del bien objeto de la disposición, sino que atiende únicamente a la voluntad del causante. Por eso no se le puede tachar de excepcional, ni se puede postular su interpretación restrictiva¹⁷⁸².

En contra, VATTIER¹⁷⁸³, para quien todas las normas de conmutación, incluidos los arts. 841 y ss. CCE, deben ser sometidos a interpretación restrictiva, pues los mismos – en su opinión – están limitados por la finalidad a la que atienden: asegurar la indivisión *post mortem* de los bienes relictos.

A esto hay que responder – de nuevo – que el art. 841 CCE no hace referencia a ningún supuesto. Entre sus elementos objetivos no está que el bien o conjunto de bienes asignados no admita cómoda división. Y no lo contiene, precisamente, para separarse de aquellos otros supuestos de conmutación en los que sí se hace referencia a esta característica.

Así lo señala DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁷⁸⁴, cuando señala que el art. 841 CCE no contiene ningún supuesto excepcional, sino que, como también sostiene ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI,

¹⁷⁸¹ Así también DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2.* cit. p. 171, para quienes a partir de la reforma de 1981 que introduce los artículos 841 y ss. actuales “ha abierto con carácter general la posibilidad del pago en metálico de la legítima con ciertos condicionamientos”.

¹⁷⁸² TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.). *Tratado de legítimas.* cit. p. 136.

¹⁷⁸³ VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes.* cit. p. 23.

¹⁷⁸⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes.* cit. p. 235. “No se puede decir que los arts. 841 y siguientes deben ser considerados como excepcionales en cuanto a los derechos de los legitimarios, porque forman parte de su propio estatuto jurídico. Tampoco cabe mantener que se trata de una modalidad de pago excepcional de aplicación restrictiva, porque el pago en

“[T]iene, frente a los escrúpulos de parte de la doctrina, un carácter general permisivo del pago en metálico de la legítima aun en dinero no hereditario, y un carácter normativo al fijar un régimen general de conmutación en metálico de la legítima”¹⁷⁸⁵.

Además, pese a la repetida idea de que es excepcional el pago de legítima con dinero extrahereditario sobre la base de que no hay ninguna norma que habilite con carácter general para ello, hay que recordar, que dicha afirmación no es correcta: el art. 841 CCE, como se ha dicho y se dirá más adelante, habilita este supuesto general de pago de legítima con dinero extraherencial, siempre que se cumplan algunos requisitos. En efecto, está prohibido que el testador desconozca en sus disposiciones las legítimas de sus hijos (arts. 636, 817 y 820 CCE, por citar algunos), pero no que, usando de las facultades que la ley le otorga, ordene que éstas se paguen con bienes extraherenciales. Esta es la clave del art. 841 CCE, que supone el debilitamiento máximo del principio conforme al cual la legítima debe ser pagada con bienes de la herencia.

En efecto, la conmutación recogida en el art. 841 CCE socava la idea de que los supuestos de conmutación son excepcionales¹⁷⁸⁶. Socava, igualmente, el dogma de la igualdad de los hijos¹⁷⁸⁷ - cifrada, no en que todos reciban la misma cantidad (intangibilidad cuantitativa), sino en que todos reciban los mismos bienes: los pertenecientes al patrimonio del causante (intangibilidad cualitativa) –, repetido por quienes defienden la legítima como un instrumento de igualación (vinculado a su naturaleza de *pars hereditatis*), necesario para evitar que el causante se convierta en un dictador de ultratumba y pueda aprovechar el testamento para ajustar cuentas con su

metálico es uno de los modos previstos en la propia ley, dependiendo únicamente de la voluntad del testador”.

¹⁷⁸⁵ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. *Curso de Derecho Hereditario*. cit. p. 180.

¹⁷⁸⁶ Defendida, como ya se ha indicado, por la casi totalidad de la doctrina. Por todos, RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “Comentario al artículo 841” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo V*. cit. p. 6242.

¹⁷⁸⁷ Así, VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. 15. “Digamos, por una parte, que el pago de la legítima en metálico, puesto en relación con el marco constitucional, representa, en una medida importante, una *discriminación entre los hijos y descendientes del causante que juega en contra, en principio, de los legitimarios apartados de los bienes hereditarios por el testador*, a quien la reforma le permite *desigualar* a los hijos, *iguales en derechos*, al menos, en cuanto a la consistencia cualitativa, cumplimiento y garantía de la legítima estricta; mientras que constituye, ciertamente, una *ventaja* predispuesta a favor del o de los adjudicatarios del caudal relicto, dada la presumible entidad económica de tales bienes dentro de este último, pues, de otro modo, carecería el testador de interés en ordenar la conmutación de las legítimas al objeto de mantenerlos indivisos” [subrayado propio].

descendencia (y que, en efecto, quizá tuvo sentido en otro tiempo – como decíamos en el capítulo 1 – para debilitar a la nobleza feudal y terrateniente).

Pero sólo se puede entender que la conmutación ataca la igualdad de los hijos si se parte – haciendo una interpretación literal del art. 806 CCE – de una concepción de la legítima como *pars hereditatis*. En este caso, bajo el presupuesto apriorístico de que es “mejor” recibir bienes de la herencia que bienes extrahereditarios, el legitimario conmutado quedaría en una posición “peor” que la del legitimario adjudicatario del caudal. Sin embargo, desde una concepción de la legítima como *pars valoris* o *pars valoris bonorum*, no hay tal desigualación: ambos legitimarios tendrían derecho a un mismo valor concreto sobre una parte del caudal, a uno dicho valor se le satisfaría en bienes y al otro en metálico.

La conmutación del art. 841 CCE es, en efecto, una primera forma en la que la libertad dispositiva del causante se abre camino dentro del régimen de la legítima¹⁷⁸⁸. Este artículo da libertad al causante, libertad para disponer de sus bienes como tenga por conveniente, respetando el límite que la legítima representa. Y esta libertad para conmutar – y, en definitiva, decidir cómo se pagará la legítima de cada legitimario -, al contrario de otras que aparecen en el Código civil español común (arts. 821, 829 o 1056.II CCE), no está condicionada a nada más que a la mera libertad del causante, del que debe partir – siempre – la iniciativa de conmutar¹⁷⁸⁹.

La importancia de este artículo radica, a nuestro juicio, como venimos diciendo, en que acaba con la excepcionalidad de la satisfacción de la legítima en dinero extrahereditario, pues no la prevé para un supuesto concreto, bastando la mera voluntad del testador. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ lleva esto hasta sus últimas consecuencias y

¹⁷⁸⁸ Así lo destaca, aunque no como algo positivo, VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 8. DOSSETTI, Maria. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 35, que señala que los derechos de los legitimarios – antaño intocables – ceden ahora ante otros intereses, también susceptibles de tutela.

¹⁷⁸⁹ Esto refleja, a nuestro juicio, que, de alguna manera, el verdadero nudo de la cuestión libertad dispositiva *mortis causa* vs. legítima no está tanto en la intangibilidad cuantitativa, como en la cualitativa. Si se permitiera al causante disponer de sus bienes como tuviera por conveniente, facultando a los beneficiarios de dichos bienes para abonar la legítima en dinero, quizá, se resolverían muchos de los litigios actuales sobre legítima.

sostiene que “el régimen abierto por el art. 841 CC es una derogación expresa del régimen histórico de la identidad cualitativa de la legítima”¹⁷⁹⁰.

En efecto, la intangibilidad cualitativa de la legítima, entendida como la satisfacción del derecho de legítima con bienes de la herencia, pasa a ser supletoria de la voluntad del causante desde el art. 841 CCE. Ya no testamos en presencia de una regla general que se ve excepcionada en determinados supuestos concretos. En efecto, por la amplia redacción del art. 841 CCE, la regla del pago de la legítima con bienes hereditarios se convierte en supletoria de la voluntad del causante: si éste nada ha dispuesto, la legítima deberá satisfacerse con bienes de la herencia. Pero siempre “salvo disposición en contrario”. Así, el art. 841 CCE matiza en gran medida los pronunciamientos del art. 806 CCE.

La regla general, con el Código vigente, será que la legítima sea pagadera como quiera el causante, siempre que se respeten los dos requisitos señalados por DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁷⁹¹: (i) que se salvaguarde la intangibilidad cualitativa global de la legítima¹⁷⁹² y (ii) que exista disposición expresa del causante.

Y esta libertad bien podría predicarse cuando el testador dispone *inter vivos*, mediante donación, ordenando (facultando) que los bienes queden en poder del donatario, debiendo abonar éste a los legitimarios el exceso inoficioso. Libertad ésta que habría de admitirse (pues ya casi lo hace – salvando las distancias – el art. 829 CCE) cuando el donatario sea un legitimario, toda vez que en este caso se cumplirán los dos requisitos antedichos: se respetará la intangibilidad cualitativa global y existirá orden expresa del donante, reflejada en la escritura de donación.

En realidad, el esquema que encontramos en estas cláusulas es el mismo que rige en la conmutación. Los bienes que habrían de ser imputados a legítima se encuentran en

¹⁷⁹⁰ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. *Curso de Derecho Hereditario*. cit. p. 180. En contra, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 490. “No puede decirse que, como regla general y sin darse circunstancias específicas, pueda el testador encomendar a un legitimario cualquiera el pago en dinero de la legítima de otro. La excepción a la regla de satisfacción individual de los derechos legitimarios con bienes de la herencia ha llegado a ser, con el art. 841, amplísima, pero *sigue siendo una excepción*: excepción para la herencia de los hijos (no la de los padres), y que además tampoco afecta al principio de atribución de la titularidad de los bienes relictos al conjunto de los herederos”.

¹⁷⁹¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 222.

¹⁷⁹² Lo que – como se ha indicado – impediría hacer beneficiario del caudal a un tercero, ajeno al círculo de legitimarios.

poder de un tercero, legitimario o no, que satisface en metálico su derecho al legitimario lesionado.

Toda vez que la “conmutación” tiene lugar aquí por una orden dada por acto entre vivos, quizá sea mejor hablar de conmutación impropia, pero no cabe duda de que lo que se produce por estas cláusulas es un verdadero supuesto de conmutación: el legitimario deja de tener, por voluntad del donante, derecho a bienes concretos, pasando a convertirse en acreedor de cantidad¹⁷⁹³.

A favor de la intelección de estas cláusulas como un supuesto (más) de conmutación (derivado de la amplia facultad concedida al testador por el art. 841 CCE), puede citarse los siguientes argumentos: primero, que – como hemos indicado – el régimen de conmutación de los arts. 841 y ss. no tiene carácter excepcional, por lo que cabe su interpretación extensiva y su aplicación analógica a supuestos distintos de los comprendidos en estos preceptos (art. 4.1 CCE); segundo, que dicho régimen jurídico puede ser aplicado – de forma análoga – a los supuestos en los que el donante ordena la reducción *in valorem*, por existir identidad de razón entre ellos: en ambos hay una disposición de bienes en beneficio de un legitimario; un deseo, por parte del donante, de que dichos bienes sean conservados por el beneficiario de los mismos; y una cláusula que faculta al beneficiario para abonar el exceso en dinero. Siempre, por supuesto, teniendo en cuenta que el donatario sea un legitimario.

Ahora bien, no olvidamos que hay un importante sector de la doctrina que mantiene la excepcionalidad de (todos) los supuestos de conmutación y combate, con ahínco, el carácter general del art. 841 CCE, bien apelando a su pretendido *telos*, bien a sus antecedentes históricos y legislativos. Pero ninguna de estas críticas se basa en la letra del precepto. Y esto porque el art. 841 CCE – como ya se ha repetido – no supedita la conmutación a ninguna otra eventualidad que la mera voluntad y libertad del causante. El querer vincular – también – el supuesto del art. 841 CCE a la indivisibilidad de la cosa –

¹⁷⁹³ Así, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 464. “Cuando el causante hace uso de la facultad de conmutar, y sobre todo si fija numéricamente la cantidad que debe entregar el heredero a sus hermanos, siendo ésta congrua, la legítima presenta los caracteres de un crédito, pero un crédito cuya efectividad está regulada y protegida de tal modo por especiales prescripciones sucesorias (...) que se aparta decisivamente de la pretensión de puro Derecho de obligaciones”.

Así lo creen también, comentando el art. 560 CCI, CROTTI, Luca, D’ALESSANDRO, Pietro et alt. “Dei legittimari” en SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 992.

en contra de la letra de la norma – no es sino fruto de la inercia producida por los arts. 821 y 1056.II CCE. Dos normas que han quedado, en cierto modo, desbordadas por el régimen jurídico de los arts. 841 y ss. CCE.

Por consiguiente, aun cuando es cierto – y se ha indicado expresamente – que todos los demás supuestos de conmutación parecen atender a la indivisibilidad del bien (con la controvertida excepción del art. 829 CCE), no lo es que esto también ocurra en el art. 841 CCE, cuya *ratio* originaria no atendía – como se ha explicado – a la naturaleza del bien, sino a las categorías de descendientes que podían concurrir en la comunidad hereditaria. Como bien señala DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁷⁹⁴, el art. 841 CC nunca ha atendido a la indivisibilidad del bien.

Por consiguiente, habida cuenta del carácter no excepcional de esta norma, y que la misma no atiende a la naturaleza del bien, podría defenderse su ampliación extensiva, para admitir, como supuestos de conmutación indirecta, las cláusulas de reducción *in valorem*, introducidas en un acto *inter vivos*, aunque el bien objeto de la donación sea divisible. O, también, había cuenta de que la conmutación del art. 841 CCE descansa sobre la libertad del causante, aunque sea indivisible, dejando sin efecto lo preceptuado en el art. 821 CCE, que tiene carácter dispositivo.

Recapitulamos. Analizando los supuestos de conmutación se ha llegado a una norma, el art. 841 CCE, que hace depender ésta de la mera libertad del causante, sometiéndola únicamente a dos requisitos: (i) que el destinatario de los bienes sea un legitimario descendiente y (ii) que exista orden expresa del disponente. Esta norma, por su carácter general, admite interpretación extensiva y aplicación analógica.

Del mismo modo, nos encontramos con que la jurisprudencia – aunque sea en una única resolución – ha aceptado la inclusión en la donación de un tipo de cláusula, mediante la cual se ordena que el exceso que pudiera reputarse inoficioso sea satisfecho en dinero al legitimario. Es interesante señalar que, en el caso de la sentencia ya comentada y estudiada, el destinatario de la disposición era la nieta del donante, y que, por consiguiente, se respetaba el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.

La doctrina aceptaba, también, la inclusión de estas cláusulas y señalaba – ya hemos citado la opinión autorizada de MANRESA – que, en este caso, no puede hablarse de donación inoficiosa. Y nos preguntábamos por qué.

¹⁷⁹⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 98.

Y llegamos ahora a la respuesta: estas cláusulas suponen un tipo de conmutación, llamada indirecta, por no producirse en acto dispositivo *mortis causa*, sino en un acto entre vivos.

Y hablamos de conmutación porque se cumplen – cuando el donatario es un legitimario – todos los requisitos señalados por la norma o la doctrina para que ésta se dé (y que ya han ido apareciendo): concurre orden expresa del disponente, el destinatario de los bienes pertenece al círculo de legitimarios, se refiere a parte de los bienes del donante (art. 841 CCE, que admite que se puedan adjudicar al beneficiario todo “o parte” de los bienes), la orden de conmutar se produce en el mismo acto de disposición y parte siempre y necesariamente del donante. Y no hay duda de que de una conmutación se trata: el donante, al igual que el testador en el art. 841 CCE, atribuye bienes concretos a un legitimario ordenando que, lo que tengan de excesivo y, por consiguiente, de lesivo para la legítima de algún otro legitimario, sea abonado en dinero¹⁷⁹⁵. Es por esto por lo que dicha donación, como dice la STS de 17 de noviembre de 1925 (TOL 5.039.122), ya comentada, no puede reputarse inoficiosa: porque se trata – en realidad, aunque no lo diga la sentencia – de un supuesto de conmutación de legítima.

En realidad, la conmutación no es sino una manera de frenar la reducción por inoficiosa. Toda conmutación parte del supuesto de que la atribución hecha al beneficiario de los bienes es excesiva y que, por consiguiente, será lesiva para la legítima de algún legitimario (de otro modo, esto es, si en el caudal existieran bienes y metálico por valor equivalente, lo único que habría de hacer el testador es partir adjudicando los bienes a un sucesor y el metálico a otro, lo que no supondría un caso de conmutación). Para evitar que los legitimarios no beneficiarios agredan la atribución, el testador enerva la posible acción ordenando que el beneficiario pague y que los restantes acepten el abono de la legítima en dinero.

Y lo mismo va a ocurrir en este caso, solo que en sede de acto entre vivos. El donante – futuro causante – va a disponer de bienes en favor de un legitimario y va a neutralizar el efecto de restitución *in natura* de la futura acción de reducción, ordenando – ya veremos que, realmente, lo que da es una facultad – que el donatario pueda conservar los bienes, abonando en dinero la legítima lesionada del legitimario actuante.

¹⁷⁹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 829” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI*. cit. p. 359. Señala que todos los artículos relativos a la conmutación comparten la misma dinámica.

Nos parece acertado, por consiguiente, hablar aquí de un supuesto de conmutación – siempre que el donatario sea un legitimario – y poder aplicar, para los problemas que puedan suscitarse, el régimen jurídico de los arts. 841 y ss. CCE¹⁷⁹⁶. Y esto, como señala DOMÍNGUEZ LUELMO, porque:

“[L]o que interesa al legislador es que el legitimario reciba un valor equivalente al que tendrían los bienes, de los que el dinero no es más que un sustituto. En los casos en que el sujeto pasivo de la acción de reducción sea un legitimario descendiente, parece viable una disposición del testador en el sentido de que el montante de la reducción sea pagado por aquél en metálico de su propio peculio. Se respetaría el principio de la intangibilidad cualitativa global de la legítima de los descendientes”¹⁷⁹⁷.

En efecto, el art. 841 CCE se erige como la clave que permite concluir la admisibilidad de las cláusulas de reducción *in valorem*, y su asimilación a un supuesto de conmutación: el donante da al donatario (legitimario) la facultad de conservar el bien objeto de la donación, abonando el exceso en dinero al legitimario perjudicado, que no podrá exigir la restitución *in natura*. Y esto, aunque el bien sea divisible o la reducción alcance la totalidad de lo donado.

Aceptado esto, cabe preguntarse si con estas cláusulas el donante da una orden o hace nacer una facultad. Como ya se ha señalado, la doctrina más autorizada¹⁷⁹⁸, cuando comenta el art. 841 CCE, coincide en que el mismo contiene una facultad que el causante puede dar al beneficiario del caudal. Es por ello que el art. 842 CCE permite al asignatario de los bienes declinar tal facultad y exigir que los bienes se partan de modo ordinario.

Haciendo aplicación analógica de esta norma al supuesto de las cláusulas de reducción, puede decirse que, mediante las mismas, el donante le otorga al donatario la facultad de conservar el bien, abonando en dinero la legítima del lesionado¹⁷⁹⁹. El

¹⁷⁹⁶ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *RDC*. cit. p. 338. BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 450.

¹⁷⁹⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 237.

¹⁷⁹⁸ Por todos, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. cit. p. 461.

¹⁷⁹⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 127. Sostiene esta tesis comentando el art. 841 y aludiendo a la partición: “No es que el testador ordene la realización de la conmutación, sino que brinda dicha oportunidad a los adjudicatarios de los bienes, que

donatario no queda vinculado por la cláusula, pues siempre puede entregar el bien (o parte del mismo, si es divisible) al legitimario lesionado y triunfante en reducción.

El donatario podrá así optar entre dos posibilidades: aceptar la cláusula, abonando al legitimario una cantidad de dinero, determinada mediante la regla de valoración dada *infra*; o, por el contrario, rechazar lo dispuesto en la cláusula y entregar el bien objeto de la donación¹⁸⁰⁰.

Por tanto, no basta con que el donante faculte o autorice la reducción *in valorem*, sino que será necesaria, también, para que ésta se lleve a cabo, la voluntad del donatario. Y esto porque el donante no puede imponerle dicha forma de reducción. Ahora bien, una vez que el donatario opte por realizar el pago en dinero, el legitimario no podrá oponerse a dicha conmutación indirecta. En efecto, aplicando de forma análoga el régimen jurídico de los arts. 841 y ss. CCE, debe concluirse que la cláusula de reducción *in valorem* será vinculante para el legitimario, que no podrá rechazar la restitución por equivalente y exigir que ésta se lleve a cabo *in natura*.

Respecto a la valoración de los bienes sujetos a reducción *in valorem*, entendemos que debe seguirse la regla general de valoración contenida en el art. 847 CCE, adaptada al supuesto de reducción por inoficiosidad. En este caso, habría de tomarse como referencia el valor del bien al momento de hacerse la donación, actualizado al momento de liquidar la porción legitimaria. Esta es la cantidad, con los intereses debidos, que deberá abonar el donatario cuya donación se repute inoficiosa¹⁸⁰¹.

Finalmente, cabe señalar que, toda vez que la conmutación requiere declaración expresa del causante, la misma habrá de constar por escrito, por lo que no se admitirá su validez en la donación manual (art. 632 CCE). Además, en la medida en que va a afectar, aunque sea indirectamente, al derecho del legitimario, entendemos que tampoco será bastante la declaración escrita en documento privado (al que alude el art. 632 CCE, para la donación de cosa mueble, cuando la *traditio* no se produzca en el momento de la

sólo estarán “obligados” a pagar en dinero si quieren quedarse con los mismos”. Aplicamos aquí de forma análoga.

¹⁸⁰⁰ *Ibidem*, p. 142. “No es la voluntad del testador lo decisivo, sino la voluntad y la actuación del adjudicatario de los bienes”.

¹⁸⁰¹ De esta opinión, DÍEZ SOTO, Carlos. “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar” en *Revista de Empresa Familiar*. cit. p. 26. En contra, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 237. Según este autor, habría de usarse la regla de valoración contenida en el art. 1045 CC.

donación). En efecto, la conmutación, cuando es prevista por el causante (supuestos del art. 841 CCE), ha de constar en testamento. Y esto no sólo porque se trata de una disposición *mortis causa* y destinada a ordenar su sucesión – que también –, sino igualmente por dar seguridad jurídica al legitimario, asegurando que su legítima se conmutó con todas las garantías. De ahí que estimemos que la cláusula de reducción *in valorem*, por constituir ella misma un supuesto de conmutación (aunque indirecta), debe constar en escritura pública, lo que garantizará ya un cierto control por parte del actuario público¹⁸⁰².

Igualmente, por respetarse lo dicho, entendemos que también puede incluir esta disposición el donante en el testamento, por ejemplo, mediante cláusula en la que, tras identificar la donación, establezca que, de reputarse la misma inoficiosa, pueda el donatario liberarse de la obligación de entregar el bien abonando el exceso en dinero. Entendemos que esta cláusula puede introducirse en testamento porque, como ya se ha indicado, lo que hace el donante/testador en esta cláusula es conceder una facultad, que, realmente, no incide sobre los derechos ya adquiridos del donatario. Simplemente, en un momento posterior a la donación, le permite que, de reputarse la donación inoficiosa, pueda conservar el bien abonando el exceso en dinero.

No consideramos que nada obste a esta conclusión – como venimos diciendo – cuando el donatario pertenezca al círculo de los legitimarios descendientes, aunque sea un nieto en vida de sus padres (recuérdense las consideraciones hechas al comentar los arts. 829 y 1056.II CCE).

Mayores problemas entendemos que surgen cuando el donatario es un tercero, extraño al círculo de los legitimarios e, incluso, a la parentela del donante. Y esto por dos razones: (i) porque se quebraría aquí el principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima, tantas veces aludido; y (ii) porque no alude el artículo 841 CCE, que aplicamos por analogía para regular este tipo de conmutación, como sí hace el art. 1056.II CCE, a un interés de la familia o de la empresa al que recurrir para justificar la atribución al tercero.

¹⁸⁰² LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. p. 127. Señalan que “la donación, como contrato, es estatuto que gobierna la suerte ulterior de lo adquirido”. De ahí que entendamos que la cláusula de reducción *in valorem* debe constar por escrito y en escritura pública.

Si bien es cierto que el art. 1056.II, en opinión de algunos autores ya citados, permite atribuir la explotación económica/paquete de control a un tercero, esto lo hace porque atiende o se basa en el interés de la propia explotación económica o de la familia del empresario, que siempre estará interesada, más que en acceder al bien concreto, en que el mismo esté bien gestionado, a fin de que pueda ser productivo desde el punto de vista patrimonial. Y, en nuestra opinión (quizá conservadora), al no existir referencia igual en el art. 841 CCE, vemos muy difícil que este tipo de conmutación se pueda utilizar para favorecer a un tercero, extraño y ajeno.

Es por ello por lo que habría que concluir que, en principio, y dado que se trata de uno de los pactos que pueden adoptarse en ejercicio de la autonomía privada (art. 1255 CCE), el donante puede introducir una cláusula de reducción *in valorem* cuando el donatario sea un tercero. Sin embargo, en este caso, al contrario de lo que ocurre cuando el donatario es legitimario, no estará el legitimario lesionado obligado a aceptar dicha cláusula, salvo que su propia legítima haya sido conmutada en testamento, por orden del testador. Y esto porque, en este último caso, el testador ha dejado claro que no quiere que dicho legitimario acceda a bienes concretos, sino únicamente a su valor, lo que también ha de regir en sede de reducción, como decíamos en el capítulo 4 al hablar de la legítima del cónyuge viudo.

Pero tal orden de conmutación – vinculante para el legitimario lesionado – ha de haber sido dada en el testamento, no bastando la cláusula inserta en la donación en la que el donatario sea un tercero.

Del mismo modo, entendemos que es bastante opinable, desde el punto de vista de la intangibilidad cualitativa global de la legítima, que, con independencia de si el donatario es legitimario o no, o de si existe o no orden del donante, el donatario pueda siempre entregar una cantidad de dinero, liberándose de la obligación de entregar el bien concreto.

Y esto porque convertir la acción de reducción en una acción de carácter meramente resarcitorio, privándole con carácter general de su efecto de reducción *in natura*, requeriría una profunda reforma de todo el sistema legitimario, pues, en efecto, estaría acabando con el principio de la intangibilidad cualitativa, en su vertiente de que la legítima debe ser pagada en bienes de la herencia.

Si, como se viene diciendo, se habilitara a todos los donatarios (con independencia de su condición y de la voluntad del testador) para abonar en dinero el exceso inoficioso, se estaría abriendo la puerta para que el testador, mediante sendas donaciones, vaciara de bienes su haber, dejando al legitimario en una situación muy precaria: tendría múltiples derechos de crédito, pero, en realidad, ningún bien concreto.

Es este perjuicio que se le provoca al legitimario, esto es, que quede “reducido” a la mera condición de un acreedor, sin bienes concretos en su haber, el que nos ha llevado a señalar a esta facultad o reducción *in valorem* los límites de la conmutación, pues entendemos que están puesto en beneficio del legitimario conmutado, cuyo derecho debe ser salvaguardado. De ahí que se haya exigido que se requiera orden expresa de conmutación, que la misma conste en escritura pública (para dar seguridad jurídica), y que sólo pueda incluirse cuando el donatario sea un legitimario efectivo.

No se nos escapa, sin embargo, que la solución dada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil – que el donatario pueda enervar la acción entregando una cantidad de dinero al legitimario lesionado – es, sin duda, la más deseable en la práctica, toda vez que solucionaría una gran cantidad de problemas y acabaría con (casi) toda la litigiosidad derivada de la inoficiosidad de las donaciones. Sin embargo, debe venir acompañada de una serie de reformas que no se atisban en el horizonte actual.

Por ello, creemos que es mejor, como primer paso, habida cuenta del régimen vigente, defender la inclusión, en los supuestos ya aludidos, de las cláusulas de reducción *in valorem*, que funcionaría como un supuesto de conmutación (indirecta) y, además de ampliar la libertad dispositiva del causante, le facultaría para mejor ordenar su propia sucesión.

Así, se permitirá al donatario tener la posibilidad de retener la totalidad de lo donado, abonando una cantidad de dinero al legitimario lesionado. Entendemos que esta postura, aun cuando es menos atrevida que otras ya indicada, tiene su haber que (i) mantiene intacta la titularidad del bien objeto de la donación (que quedará en poder y propiedad del donatario), (ii) evita pro-indivisos gravosos y potencialmente litigiosos (fuera de los casos del art. 821 CCE), y (iii) mantiene intacto el derecho del legitimario, tal y como lo ha configurado el causante¹⁸⁰³.

¹⁸⁰³ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y los legados” en MONJE BALMASEDA, Oscar (Dir.). *El*

3. Algunas consideraciones finales

Somos consciente de que lo dicho en el epígrafe anterior es, cuanto menos, opinable y que choca con el principio general (que creemos ya superado) de la intangibilidad cualitativa de la legítima, en su vertiente de que la misma ha de ser satisfecha con bienes de la herencia. Por ello, creemos oportuno, antes de cerrar este capítulo, sistematiza mejor lo dicho y exponer de un modo más ordenado y sintético nuestra argumentación. Se trata de una mejor exposición de ideas ya dichas, por lo que serán inevitables algunas repeticiones.

El epígrafe anterior ha partido de un supuesto de hecho concreto: cuando el donante (en el acto de la donación) faculta – siempre que se den determinados requisitos – para que, de reputarse la donación inoficiosa en un futuro, conserve el donatario el bien objeto de la misma entregando al legitimario su equivalente en dinero.

La doctrina, tiempo ha¹⁸⁰⁴, ha aceptado este supuesto, pero no ha profundizado, a nuestro juicio, suficientemente en él, tal vez por considerarlo marginal. Partiendo del mismo, nos hemos preguntado: ¿queda obligado el legitimario a aceptar esta cláusula, pudiendo siempre el donatario entregar el equivalente en dinero? ¿suponen un tipo de conmutación distinta a las reguladas en el Código? ¿tienen el mismo efecto dichas cláusulas cuando el donatario es un legitimario y cuando es un tercero?

Un primer impulso nos lleva a decir que, en principio, el legitimario nunca quedaría obligado a aceptar estas cláusulas. En efecto, la concepción de la legítima como *pars hereditatis* o, incluso, como *pars bonorum*, que lleva a una interpretación rígida de la intangibilidad cualitativa, lleva a la doctrina a sostener que del juego de los arts. 636, 806, 654.II, 645, 647, 649, 820 y 821 CCE se colige que la acción se dirige a obtener la restitución *in natura* de los bienes. En efecto, a lo que tiene derecho el legitimario es a bienes concretos y no a su valor, teniendo los supuestos de pago de la legítima con dinero extraherencial carácter excepcional.

Sin embargo, esta visión debe ser, a nuestro juicio, como ya hemos indicado, superada. Para ello, en primer lugar, habrá que superar la concepción de la legítima como porción de bienes de la herencia; visión que ya ha superado el legislador y que aún

patrimonio sucesorio. cit. p. 918. Añade que el donatario, en lugar de la restitución *in natura*, preferirá entregar el valor del exceso en dinero.

¹⁸⁰⁴ Un ejemplo en MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo V. cit. p. 235.

permanece anclada en la doctrina. En efecto, si se atiende a la evolución legislativa que representan los arts. 820, 821, 1056, 829 y 841 y ss. CCE se observará que el legislador pasa de concebir el pago de la legítima con dinero extraherencial como algo excepcional e inevitable en determinados supuestos de indivisión (arts. 820, 821, 1056 CCE), a dejar de atender a las características del objeto, centrándose en la imputación de la atribución (art. 829¹⁸⁰⁵ CCE); para, finalmente, liberar su pago en cualquier supuesto, con independencia de las características del objeto o de la imputación, atendiendo únicamente a la voluntad del testador (arts. 841 y ss. CCE).

En efecto, antes de la reforma que introdujo el art. 841 CCE actual, puede decirse, con razón, que existía la regla general de que la legítima había de ser pagada con bienes de la herencia y que, sólo en supuestos específicos, podía pagarse con dinero extraherencial. Tras la reforma del art. 841 CCE (que desborda lo previsto en todos los supuestos de conmutación anteriores a él), esta regla general se mantiene ya por inercia, pues el artículo invierte la regla general, estableciendo que, a partir de ahora, la legítima se pagará como establezca el causante y, en defecto de disposición expresa, con bienes de la herencia.

El art. 841 CCE faculta al testador para distribuir sus bienes con gran libertad. Afecta, por tanto, a la intangibilidad cualitativa de la legítima, pues supone que ya no será de esencia que ésta sea pagada con bienes de la herencia, pudiendo el testador, sin que medie causa excepcional, ordenar que se pague con bienes extraherenciales¹⁸⁰⁶. Y esta es la diferencia cualitativa que distingue a este artículo de todos los restantes sobre conmutación: no descansa sobre un supuesto de hecho concreto, no atiende a características de los legitimarios ni del bien objeto de la disposición, sino que atiende únicamente a la voluntad del causante. Por eso no se le puede tachar de excepcional, ni se puede predicar su interpretación restrictiva¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰⁵ Este artículo no condiciona ya la facultad de pago del exceso en dinero a que la cosa objeto de la mejora sea indivisible o no admita cómoda división. Se trata el art. 829 CCE del supuesto más cercano al art. 841 CCE (siempre salvando las distancias), pues nos encontramos aquí con que la “conmutación” que ordena ya no se basa en la cosa, sino en la imputación: depende más del hecho de que la cosa se entregue en concepto de mejora que de cualquier característica que ésta tenga.

¹⁸⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2*. cit. p. 171.

¹⁸⁰⁷ AZZARITI, Giuseppe. *La successioni e le donazioni*. cit. p. 242 llega a conclusiones parecidas para el Derecho italiano a través del juego de los arts. 733 y 734 (en relación con el 457), todos del *Codice civile*, en función de los cuales para el causante testador no juega la regla general de que el legitimario deba ser satisfecho *in natura*, ni siquiera tiene derecho a bienes concretos. Lo único que puede exigir es que los

Por tanto, parece que nada obsta para que el donante ordene – *rectius*, faculte – en la donación, que el exceso de la misma sea pagado en dinero. Cláusula que, desde lo que hemos defendido, si el donatario es a su vez legitimario, tendrá que aceptar el legitimario lesionado, sin que pueda exigir los bienes concretos que fueron objeto de la donación. Y esto, también, por interpretación analógica del art. 841 CCE, pues se respetan en este supuesto los que son, según DOMÍNGUEZ LUELMO, los dos requisitos de la conmutación: que se respete la intangibilidad cualitativa global y que haya una orden expresa¹⁸⁰⁸. Estamos aquí en un supuesto de conmutación impropia, pues no se producirá siempre en testamento, sino que puede producirse en el acto de la donación.

Más dudas ofrece la obligatoriedad de la cláusula cuando el destinatario de los bienes es un tercero. Aquí la mayoría de la doctrina, incluso la más avanzada, es reticente, pues parece que en cualquier caso habría que respetar la intangibilidad cualitativa global de la legítima. Y, aun existiendo, también, importante doctrina que sostiene lo contrario, nosotros nos hemos adscrito a esta posición mayoritaria.

Entendemos que esta conmutación, que se produce en el momento de la reducción de donaciones y no en el momento de la atribución de los bienes (y en eso se parece al art. 829 CCE), no se encuentra entre las contempladas en el Código civil español común, pero tampoco está prohibida por él. Hemos dado en llamarla, provisionalmente, impropia (cuando el destinatario es un legitimario y la conmutación se produce en el acto de la donación) y supone un nuevo supuesto de pago de legítima con dinero extraherencial.

Finalmente, cabe señalar que esta disposición la puede incluir el donante en el acto de la donación o el testador en el testamento. Y esto porque no se trata de una verdadera orden, sino de una facultad¹⁸⁰⁹, que en nada afecta al derecho adquirido del donatario. En efecto, la aplicación analógica del art. 842 CCE deja claro que estamos ante una facultad que se daría al donatario: la de enervar la acción del legitimario entregando el equivalente

bienes – o el montante de efectivo – que les sean entregado tengan un valor igual a la cuota a la que tiene derecho. En contra GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. p. 616, para quienes, si bien el testador puede señalar bienes para el pago de cuota (incluso efectivo), los mismos deben formar parte del as hereditario.

¹⁸⁰⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 222.

¹⁸⁰⁹ En contra, un pequeño sector de la doctrina que entiende que en este caso estaremos ante donaciones *sub modo*. Puede verse, por todos ellos, VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 829” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI*. cit. p. 359.

en dinero¹⁸¹⁰. Por tanto, no basta con que el donante/testador faculte o autorice la reducción *in valorem*, sino que será necesaria también para que ésta se lleve a cabo la voluntad del donatario.

También es esta interpretación y argumentación coherente con la base de la legítima – que es la familia¹⁸¹¹ (de ahí la conexión de la legítima con los alimentos¹⁸¹²) y la propiedad¹⁸¹³ – y con su evolución sociológica en los últimos tiempos. La legítima, en efecto, tiene un *telos* asistencial: busca proteger a la familia. Y es lógico que los cambios operados en el Derecho de familia acaben incidiendo en la configuración del Derecho de sucesiones en general, y en la legítima en particular¹⁸¹⁴.

Hoy, esta evolución se caracteriza por la concentración del grupo familiar (se pasa de una familia extensa o patriarcal a una familia nuclear) y por la aparición de nuevos modelos de familia. En efecto, actualmente el fenómeno de la familia está entrando en una nueva fase, caracterizada por la aparición de nuevos modelos de familia, más atómicas que la nuclear (como las familias monoparentales). Se produce un estrechamiento de los vínculos familiares y del grupo familiar. A la vez, aparecen nuevas formas de convivencia y afecto, sin vínculos jurídicos permanentes.

A esto suma DOSSETTI¹⁸¹⁵ el hecho de que, en la actualidad, los padres mantienen y sostienen económicamente a los hijos hasta edad avanzada. Éstos, cuando adquieren una cierta independencia económica, abandonan el núcleo familiar y rara vez contribuyen

¹⁸¹⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. cit. p. 127.

¹⁸¹¹ Desde sus orígenes romanos según CASTRO SÁENZ, Alfonso. *Herencia y mundo antiguo. Estudios de Derecho sucesorio romano*. cit. p. 154. BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. p. 2.

¹⁸¹² MUCIUS SCAEVOLA, QUINTUS. *Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XIV*. cit. p. 189.

¹⁸¹³ RESCIGNO, Pietro. “La successione a titolo universale e particolare” en RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni*. cit. p. 4. VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. p. 63. PANZA, Giuseppe y PANZA, Fabrizio. *Successioni in generale tra Codice civile e Costituzione*. cit. p. 3.

¹⁸¹⁴ Así lo afirman, para el Derecho italiano, sin titubeos: RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. p. 41. BILOTTI, Emanuele. “Fondamento costituzionale della tutela dei legittimari e prospettive di riforma” en VAQUER ALOY, Antoni (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. cit. p. 55.

¹⁸¹⁵ DOSSETTI, Maria. “Concetto e fondamento della successione necessaria” en BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. cit. p. 36, que añade (p. 39) que la regulación actual de la legítima “mette sullo stesso piano i figli minori, o comunque ancora bisognosi di assistenza, e quelli affetti da *handicap*, che mai potranno raggiungere l’autosufficienza, con i figli ormai indipendenti, ed anche con quelli che si sono allontanati dalla famiglia, eventualmente rifiutando di adempiere ai doveri di solidarietà familiare”.

a la conformación o sostenimiento del patrimonio común. Este hecho hace, a su vez, muy difícil justificar la existencia de un supuesto derecho a bienes concretos por parte del legitimario.

De ahí que sea necesario reflexionar, si bien no sobre la eliminación total de la legítima, al menos sí sobre la liberalización de su pago, de modo que el testador/donante pueda dejar los bienes a quien tenga por conveniente y que los legitimarios sólo puedan exigir de él un valor, no una cuota de bienes, lo que sin duda acabaría con gran parte de la litigiosidad existente.

Creemos que las cláusulas de reducción *in valorem*, modestamente, sirven a este propósito.

CONCLUSIONI

Come abbiamo visto nelle pagine precedenti e nel corso della ricerca svolta, la riduzione delle donazioni lesive della legittima, oltre ad essere un tema centrale del diritto privato (per le questioni ad esso legate), è un ambito denso per il quale è necessario il contributo del giurista.

Questo intervento non si limiterà solo a questioni teoriche e dogmatiche, ma si concentrerà anche sui problemi di applicazione pratica di un regime giuridico che, per la sua complessità, non è mai veramente completo, ma solo delineato.

Tali tematiche sono state l'oggetto del presente studio che qui concludiamo. Si è cercato un equilibrio tra quelli di natura dottrinale e quelli della pratica giuridica, per non essere accusati né di rimanere nel "cielo dei concetti" né di trascurare gli aspetti teorici dei problemi pratici.

In questo contesto, l'obiettivo generale della tesi di ricerca che si sta ora concludendo era approfondire il regime giuridico dell'istituzione delle donazioni lesive della legittima, come stabilito nel codice civile spagnolo. Tale scopo si è perseguito esaminando le interpretazioni che la dottrina ne ha fatto, così come il ricorso presentato dal Tribunale Supremo spagnolo, nonché completando e integrando tale regime giuridico, parziale e frammentario, con le soluzioni fornite dalla dottrina italiana. Come si è spiegato nel corso della presente ricerca, si è scelto questo ordinamento per le somiglianze che esistono tra i codici civili spagnolo e italiano e per la qualità tecnica con cui la dottrina italiana ha tradizionalmente affrontato la questione della legittima e della sua tutela¹⁸¹⁶.

Per farlo, in primo luogo, abbiamo analizzato le origini storiche della riduzione come meccanismo di tutela dell'intangibilità quantitativa, non qualitativa, della legittima. Abbiamo studiato la nascita dell'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima nel diritto romano e nel cosiddetto diritto germanico e ne abbiamo poi delineato l'evoluzione normativa da queste origini ai processi di codificazione, concentrandoci soprattutto sulle esperienze giuridiche di Spagna e Italia.

In secondo luogo, abbiamo approfondito il concetto di donazione inofficiosa o lesiva della legittima, prendendo come riferimento le due istituzioni che in essa si intersecano:

¹⁸¹⁶ MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit.

la donazione e la legittima. Abbiamo affrontato i suoi principali problemi teorici e dottrinali riportando il dibattito dottrinale, sia storico che attuale, e fornendo la nostra conclusione laddove fosse necessario.

In terzo luogo, abbiamo analizzato la riduzione come categoria di inefficacia, inserendola sistematicamente nell'ambito delle inefficacie negoziali.

In quarto luogo, abbiamo differenziato la riduzione delle donazioni da imputazione, riunione fittizia e collazione. Si tratta di un compito essenziale, poiché queste istituzioni non sono ben definite nel codice civile spagnolo¹⁸¹⁷ e, inoltre, mostrano tutta la particolare incidenza che il fenomeno della donazione (*lato sensu*) ha sul regime della successione *mortis causa* e viceversa. Anche queste operazioni sono state analizzate come *precedentemente necessarie* per l'esercizio dell'azione.

In quinto luogo, abbiamo elencato le diverse donazioni riducibili esistenti, sottolineando in particolare come ne va realizzata la riduzione. Abbiamo inoltre citato quei casi controversi che, avendo un elemento di gratuità, sollevano dubbi sul fatto che siano o meno riducibili. Qui è emerso con forza quanto affermato nel secondo capitolo: che con l'azione di riduzione delle donazioni, trascendendo non solo l'ambito successorio, ma anche il *nomen iuris* dell'atto o contratto, si possono impugnare negozi o atti diversi dalla donazione, purché questi presentino le note caratteristiche che sono evidenziate nel secondo capitolo. L'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima appare dunque come uno degli strumenti più efficaci per far fronte in futuro all'insieme di atti e negozi parasuccessori o paratestamentari che emergono attualmente e che, alla fine, cercano di evitare i classici controlli della successione testamentaria.

In sesto e ultimo luogo, in relazione con la natura della legittima esaminata nel secondo capitolo, abbiamo analizzato le modalità di effettuare la riduzione, *in natura* o *in valorem*. Abbiamo inoltre studiato la possibilità che l'ereditando, nell'atto della donazione o in un atto successivo, autorizzi il donatario a conservare *in natura* il bene oggetto della donazione, pagando al legittimario una somma di denaro extra-ereditario (commutazione indiretta o impropria).

Prima di enumerare le conclusioni raggiunte, procediamo ora a verificare se — o in che misura — gli obiettivi specifici indicati all'inizio del presente studio sono stati raggiunti.

¹⁸¹⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la herencia*. cit. pag. 337.

Il primo obiettivo che ci siamo prefissati era di conoscere e approfondire il contesto storico dell'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima. A tal fine, abbiamo condotto un'ampia ricerca storica sull'azione di riduzione. Ne abbiamo analizzato le origini romane¹⁸¹⁸ e germaniche¹⁸¹⁹, così come l'evoluzione nel diritto medievale, grazie al rinascimento del Diritto romano¹⁸²⁰, e la sua influenza all'inizio del movimento di codificazione sia in Italia che in Spagna¹⁸²¹.

Questa ricerca storica ci ha permesso di verificare come alcuni dei problemi esistenti nel regime giuridico dell'azione di riduzione, nonché in quello della legittima e della donazione, non siano altro che una conseguenza di questa evoluzione storica. Riteniamo quindi che tale obiettivo sia stato sufficientemente raggiunto e che abbia dato alcuni risultati di grande interesse.

Per quanto riguarda il secondo obiettivo, ci siamo proposti di conseguire un concetto di donazione lesiva della legittima, studiando le due istituzioni che in essa si intersecano: la donazione e la legittima, al fine di *qualificare* il negozio che può essere interessato dall'azione di riduzione. Come si può supporre, qui l'aspetto rilevante era riuscire a stabilire una serie di note essenziali che permettessero di qualificare il negozio che può essere contestato attraverso l'esercizio dell'azione di riduzione. Non si tratta di una questione futile in un periodo come quello attuale, caratterizzato da una serie di atti che, pur non trattandosi di donazioni o testamenti, servono anch'essi a stabilire la destinazione dei beni dell'ereditando al momento della sua morte.

Per questo obiettivo, abbiamo analizzato il concetto di donazione, integrato nel suo regime giuridico, sia nel diritto spagnolo che in quello italiano. Lo abbiamo esaminato in relazione con le diverse concezioni della legittima (limite che stabilisce il carattere

¹⁸¹⁸ SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima*. cit. pag. 15. VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo*. cit. pag. 727. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. "Los complementos de la legítima" in *Anuario de Derecho Civil*. cit. pag. 143. D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. cit. pag. 44.

¹⁸¹⁹ BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. cit. pag. 244. PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. cit. pag. 361. MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. cit. pag. 25. DOSSETTI, Maria. "Concetto e fondamento della successione necessaria" in BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni. Vol. III*. cit. pag. 7. DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. cit. pag. 11.

¹⁸²⁰ BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. cit. pag. 185. FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. cit. pag. 209. DE MONTAGUT ESTRAGÉS, Tomás. "Testamento inoficioso en las partidas y sus fuentes" in *AHDE*. cit. pag. 243.

¹⁸²¹ VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. cit. pag. 64.

inofficioso o meno della donazione) e con le restanti limitazioni alla donazione presenti in ogni ordinamento [il divieto di donare beni futuri (artt. 635 CCE e 771 CCI) ed esclusivamente per il diritto spagnolo, il divieto di donare la totalità dei beni (art. 634 CCE)].

Per raggiungere questo obiettivo, ha avuto particolare importanza l'analisi della dottrina italiana, che ne fornisce le chiavi, attraverso lo studio e l'interpretazione dell'art. 769 CCI, con cui individuare l'atto o negozio che può essere contestato dall'azione di riduzione.

Tralasciando l'astrusa discussione sulla natura giuridica della donazione, chiusa nella dottrina italiana¹⁸²² e ancora aperta nel diritto spagnolo¹⁸²³, abbiamo stabilito che il negozio suscettibile di essere contestato per l'azione di riduzione delle donazioni deve avere un elemento oggettivo, conferitogli dal binomio arricchimento-impoverimento¹⁸²⁴, e un elemento soggettivo, legato allo spirito di liberalità o coscienza di non agire secondo alcun obbligo¹⁸²⁵. Si è così giunti, per il diritto spagnolo, al concetto di atto/negozio donativo, che non si identifica né con il negozio gratuito¹⁸²⁶ né con l'atto compiuto nel rispetto di obblighi naturali¹⁸²⁷.

Tale concetto può servire, con alcune riserve¹⁸²⁸, come abbiamo indicato nel quinto capitolo, ad integrarvi alcuni atti o strumenti paratestamentari o parasuccessori, che cercano di articolare una trasmissione di beni *quasi mortis causa*, separata dai canali tradizionali del diritto successorio.

¹⁸²² CAPOZZI, Guido. *Successioni e donazioni. III*. cit. pag. 1599. GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. cit. pag. 976

¹⁸²³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. cit. pag. 35. ANDERSON, Miriam. "Comentario al artículo 618" in CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III*. cit. pag. 91.

¹⁸²⁴ TORRENTE, Andrea. *La donazione*. cit. pagg. 5 e segg. AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. pag. 766. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. cit. pag. 68.

¹⁸²⁵ AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. cit. pag. 778. Nota 3.

¹⁸²⁶ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. pag. 69. BARTOLUCCI, Lorenzo. "La donazione" in BALESTRA, Luigi. *Successioni e donazioni*. cit. pag. 1589.

¹⁸²⁷ BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. cit. p. 79. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero*. cit. pag. 19.

¹⁸²⁸ RUBIO GARRIDO, Tomás. "Las donaciones inoficiosas" in EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de Liberalidades*. cit. pag. 1336. Anche, VAQUER ALOY, Antoni y DOMINGO MARTÍNEZ, Raquel. *El seguro de renta vitalicia y la herencia*. cit. pag. 108

Il terzo obiettivo indicato all'inizio di questa indagine era di inserire la riduzione delle donazioni lesive della legittima, come categoria di inefficacia negoziale, all'interno delle diverse tipologie di inefficacia contemplati dal diritto. Per questo, facendo una distinzione tra invalidità e inefficacia¹⁸²⁹, abbiamo analizzato brevemente nullità, annullabilità (nel Diritto spagnolo), revoca, risoluzione e rescissione. Abbiamo tenuto conto della prospettiva della dottrina spagnola e, soprattutto, di quella italiana¹⁸³⁰, chiara e precisa su questo punto.

È posizione comune di quest'ultima che la riduzione non è né risoluzione né rescissione¹⁸³¹. Come si è visto, gli argomenti addotti sono i seguenti: l'azione di riduzione rappresenta un fenomeno di inefficacia successiva, totale o parziale, dell'atto di disposizione lesivo. Pertanto, la sentenza di riduzione non comporterà una nuova trasmissione dei beni oggetto della donazione al patrimonio del defunto, ma prevede che l'atto di disposizione lesiva sarà considerato come mai avvenuto per il legittimario.

La dottrina spagnola mostra più dubbi a riguardo e il dibattito sul tipo di inefficacia in cui consiste la riduzione non è unanime né risolto. Questo tema non è stato nemmeno oggetto di un monografico, e l'opera di GARCÍA PÉREZ¹⁸³² è l'unico tentativo serio, dal punto di vista dottrinale, di affrontare la questione con una certa autonomia. Gli autori restanti ne parlano in opere di carattere generale, dedicate principalmente al diritto dei contratti, al diritto successorio o alla donazione come istituzione giuridica.

Dopo aver raccolto tutte queste opinioni, e averle presentate in modo sistematico, abbiamo concluso che la riduzione ha un regime specifico correlato alla legittima. Da questo punto di vista, la riduzione è strettamente legata alla rescissione, ma non coincide con essa, né con nessuna categoria di rescissione che l'ordinamento giuridico spagnolo riconosce.

Al contrario, costituisce un tipo specifico di rescissione caratterizzato da peculiarità, descritte alla fine del secondo capitolo e che derivano dal fatto che la riduzione è una categoria di inefficacia indissolubilmente vincolata alla legittima.

¹⁸²⁹ CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Humberto. "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato" in DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. cit. pag. 61.

¹⁸³⁰ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. pag. 89.

¹⁸³¹ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. pag. 713.

¹⁸³² GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. cit.

Il quarto obiettivo previsto era di distinguere la riduzione delle donazioni da imputazione, la riunione fittizia e la collazione di donazioni. Nel terzo capitolo si menziona la necessità di queste tre operazioni per il computo e la determinazione della legittima, presupposto per l'esercizio dell'azione di riduzione.

Per quanto riguarda queste operazioni, ci siamo concentrati soprattutto sulla valutazione dei beni, questione molto importante, poiché da questa non scaturisce solo il pregiudizio, ma anche la relativa quantità o entità, aspetto che, a sua volta, determinerà il volume o importo della riduzione.

Tale questione della valutazione, sebbene sia chiaramente determinata nel codice civile italiano del 1942 (art. 556, in relazione agli artt. 747-750 del CCI) e nella dottrina italiana¹⁸³³, è oggetto di un dibattito lungo e irrisolto nella dottrina spagnola. Nel terzo capitolo e poi nel quarto capitolo, abbiamo analizzato le diverse posizioni dottrinali, i solidi argomenti e principi contenuti nella legislazione e nella dottrina italiana, offrendo la nostra soluzione, che riteniamo si basi sufficientemente sia nel diritto positivo sia nella riflessione dottrinale e giurisprudenziale. A tal fine, è stato altrettanto utile il metodo comparativo.

Ci siamo poi soffermati sul tema della imputazione, in quanto rappresenta l'operazione in cui il sistema italiano e quello spagnolo differiscono di più, almeno apparentemente. L'imputazione è, secondo il codice civile italiano (art. 564, comma 2 CCI), un onere a carico del legittimario che vuole esercitare l'azione di riduzione¹⁸³⁴. Tuttavia, per la stragrande maggioranza della dottrina spagnola, si tratta di un'operazione che va eseguita in ogni caso, al fine di determinare quale porzione ideale di eredità è stata usata dall'ereditando con attribuzioni gratuite (*inter vivos* o *mortis causa*)¹⁸³⁵. Nel diritto spagnolo, quindi, devono essere imputate tutte le attribuzioni gratuite, quelle fatte a legittimari o a terzi al di fuori dell'ambito parentale (che saranno imputate alla parte di libera disposizione). Ciò serve per determinare l'importo finale di ciascuna delle parti in cui l'eredità è suddivisa in teoria e, quindi, indipendentemente dall'esercizio dell'azione

¹⁸³³ PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. cit. pag. 224

¹⁸³⁴ GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. cit. pag. 725.

¹⁸³⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*. cit. pag. 168.

di riduzione (sebbene, come già indicato, occorrerà procedere con queste operazioni, con eccezioni, ogni volta che si desidera esercitare l'azione di riduzione).

L'apparente differenza, dunque, in realtà non esiste. Ci sono voci nella dottrina italiana che sostengono la natura di operazione generale e preventiva che l'imputazione ha anche nel codice civile italiano¹⁸³⁶. È inoltre palese che, all'interno del diritto spagnolo, l'imputazione sia un onere a carico del legittimo che voglia agire in riduzione.

In ogni caso, a effetti metodologici e dogmatici, ci è sembrato più opportuno argomentare in questo studio che l'imputazione è un'operazione di carattere generale, che va sempre svolta per la determinazione della legittima e della parte di libera disposizione, indipendentemente dal fatto che si eserciti o meno l'azione di riduzione.

Infine, nel terzo capitolo, per soddisfare quanto proposto nell'obiettivo, abbiamo incluso una sezione con le differenze più notevoli, a livello dottrinale e pratico, tra riunione fittizia, imputazione, collazione e riduzione.

Successivamente, per il quinto obiettivo ci siamo prefissati di analizzare il regime giuridico dell'azione di riduzione, concentrandoci sui problemi che presenta la prassi giuridica in tutto il quarto capitolo, che è descrittivo. È stata effettuata un'accurata e attenta rassegna della giurisprudenza più rilevante, al fine di individuare i problemi pratici più frequenti che si presentano nell'esercizio dell'azione; li abbiamo organizzati in modo sistematico, per sezioni e sottosezioni; abbiamo aggiunto e studiato le risposte o soluzioni dottrinali, sia quelle spagnole che quelle italiane, per via delle somiglianze esistenti; e, infine, abbiamo offerto una soluzione personale e originale dove lo abbiamo ritenuto necessario, a volte innovando del tutto e, in altre occasioni, offrendo una nuova argomentazione a sostegno di una soluzione già segnalata da qualche autore.

Le conclusioni a cui siamo giunti, in relazione a ciascuno dei problemi individuati, sono espresse di seguito, in modo separato e numerato.

Il sesto obiettivo proposto era di sistematizzare le diverse tipologie di donazioni riducibili e come ne va effettuata la relativa riduzione, secondo le proprie caratteristiche specifiche. Esistono molteplici manifestazioni del fenomeno della donazione¹⁸³⁷. Ciò

¹⁸³⁶ PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. cit. pag. 247.

¹⁸³⁷ DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*. cit. pag. 26.

significa che la riduzione delle donazioni lesive della legittima, essendo la stessa in tutti i casi, va effettuata in modo diverso in ciascuno dei essi. Nel quinto capitolo, come è stato possibile verificare, abbiamo identificato ciascuna delle diverse donazioni esistenti nell'ordinamento giuridico spagnolo e, dopo aver analizzato la giurisprudenza e la dottrina spagnola e italiana, abbiamo stabilito l'opportuna riduzione di ciascuna, al fine di risolvere gli eventuali problemi che la prassi giuridica può presentare.

Al contempo, abbiamo esaminato i negozi gratuiti che, nonostante abbiano carattere gratuito, non sono contestati dalla riduzione e quelli che, al contrario, possono essere ridotti, ma in modo speciale (come il contratto di assicurazione sulla vita in caso di morte o l'assicurazione di rendita vitalizia¹⁸³⁸).

Infine, come ultimo obiettivo, ci siamo proposti di analizzare i modi in cui può essere effettuata la riduzione delle donazioni, al fine di chiarire se si possano articolare modalità nuove o generali, diverse da quelle esistenti, capaci di ridurre i contenziosi salvaguardando gli interessi di tutte le parti.

Nel sesto capitolo, abbiamo individuato due modalità principali, almeno teoriche, di procedere alla riduzione: *in natura*, ossia consegnando al legittimario (ove possibile) lo stesso bene oggetto della donazione¹⁸³⁹, o *in valorem*, cioè consegnandogli una somma di denaro (del donatario) invece del bene oggetto della donazione. Nel primo caso, il donatario — o il terzo acquirente dei beni nel caso dell'azione di restituzione ai sensi del diritto italiano¹⁸⁴⁰ — viene privato del bene oggetto della donazione e si salvaguarda la cosiddetta intangibilità qualitativa della legittima¹⁸⁴¹. Nel secondo caso, il donatario — o il terzo — può conservare il bene, offrendo al legittimario una somma di denaro pari al valore della riduzione da effettuare.

Questa è, invece, una possibilità che, nel diritto italiano, si offre sempre al terzo (art. 563, comma 3 CCI).

In questo sesto capitolo, ci siamo chiesti se tale facoltà potesse anche interessare il donatario e, nel caso del diritto spagnolo, come si potesse articolare, in coerenza con il regime giuridico della legittima e dell'azione di riduzione delle donazioni lesive della

¹⁸³⁸ ACOSTA MÉRIDA, María del Pino. *Seguro de vida y derecho de sucesiones*. cit. pag. 67.

¹⁸³⁹ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo. *La legítima en el Código civil*. cit. pag. 149

¹⁸⁴⁰ Con determinati requisiti, come si evince dall'art. 563 del codice civile italiano.

¹⁸⁴¹ DE FUENMAYOR, Amadeo. "La intangibilidad de la legítima" in *Anuario de Derecho civil*. cit. pag.

legittima. A tali domande abbiamo poi dato una risposta partendo dalle clausole di riduzione *in valorem*, accettate, almeno per ora, sia dal Tribunale supremo spagnolo che dalla dottrina.

Pertanto, riteniamo che gli obiettivi che ci siamo prefissati all'inizio del presente studio siano stati raggiunti.

Chiarito questo punto, passiamo ora a riassumere e definire quelle che sono, a nostro avviso, le principali conclusioni di questa tesi, che presentiamo in modo separato e numerato.

1. **L'atto o negozio contro che può essere impugnato con l'azione di riduzione delle donazioni è un negozio di carattere donativo, sebbene non necessariamente una donazione propriamente detta.** Nelle pagine precedenti abbiamo analizzato, oltre ad altre tematiche, il concetto di donazione nel diritto spagnolo e nel diritto italiano, a partire dalle definizioni giuridiche (artt. 618 e 619 CCE e artt. 769 e 770 CCI).

L'intuizione che ci ha guidato è che l'azione di riduzione delle donazioni lesive della legittima, nonostante la dizione letterale delle norme che la regolano, dovrebbe poter rivolgersi ad atti diversi da quelli strettamente qualificati come donazioni.

La riflessione della dottrina italiana è stata di particolare importanza a questo riguardo. Infatti, mentre nel diritto spagnolo, il nucleo del dibattito è incentrato sulla natura giuridica della donazione¹⁸⁴², in Italia la questione è stata chiusa dal codice civile del 1942, che nel suo art. 769 definisce la donazione come un contratto (sebbene la collochi sistematicamente nel libro delle successioni, opzione non del tutto svincolata dalla storia di questa istituzione¹⁸⁴³). La dottrina italiana, quindi, si è concentrata sull'individuazione delle note caratteristiche che definiscono il negozio donativo.

Queste note hanno un carattere oggettivo (arricchimento) e soggettivo (lo spirito di liberalità), contribuendo a separare la donazione dagli altri atti o negozi gratuiti e ad avvicinare loro altri tipi di atti di liberalità che, come ben

¹⁸⁴² A questo proposito, si può vedere ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. cit. pag. 4714.

¹⁸⁴³ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. cit. pag. 607.

suggerisce l'art. 809 CCI, senza essere donazioni, saranno comunque soggette al regime giuridico dell'azione di riduzione.

Analogamente, saranno esclusi i negozi gratuiti, con argomenti diversi¹⁸⁴⁴, tutti incentrati sulla nozione oggettiva dell'arricchimento.

Arrivati a questo punto, per quanto riguarda l'elemento oggettivo dell'atto/negozio, abbiamo concluso nel secondo capitolo che ciò che è rilevante per la riduzione della disposizione lesiva della legittima non è l'arricchimento, ma il *relativo impoverimento* subito dall'ereditando con la realizzazione dell'atto/negozio. In effetti, la riduzione è un meccanismo di tutela quantitativa della legittima¹⁸⁴⁵, che mira a porre rimedio al pregiudizio individuale subito dal legittimario in relazione con la sua quota di legittima. Per questo motivo, il fattore determinante affinché si attivi non sarà l'arricchimento che il donatario (o beneficiario) riceve, ma l'*impoverimento* subito dall'ereditando o dante causa. Ci si riferisce infatti all'*impoverimento*, soluzione offerta in assenza di equivalenti, come a ciò che mette in pericolo la sussistenza del patrimonio e, con esso, della legittima futura.

Pertanto, l'atto che potrà essere contestato con l'azione di riduzione delle donazioni, al di là del *nomen iuris* donazione, sarà quello che provoca un impoverimento a chi lo compie per spirito di liberalità.

Ciò spiega, inoltre, la riduzione speciale che deve essere effettuata in alcuni casi specifici, come quello dell'assicurazione sulla vita in caso di morte.

Il criterio dell'impoverimento ci permette di abbandonare il concetto rigoroso di donazione e avvicinarci ad atti ad essa assimilabili, anche quelli in cui lo spirito di liberalità è alquanto diffuso, come il caso storico della dote.

2. La riduzione, come categoria di inefficacia negoziale, non costituisce di per sé un tipo di inefficacia, ma non è sussumibile, *in toto*, in alcuna delle categorie già esistenti nell'ordinamento.

La riduzione non può essere una categoria di invalidità. Nella dottrina italiana è posizione comune, e in quella spagnola maggioritaria, che la azione

¹⁸⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. cit. pag. 129. PALAZZO, Antonio. *Le donazioni*. cit. pag. 10.

¹⁸⁴⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias. Tomo II*. cit. pag. 315.

di riduzione delle donazioni lesive della legittima abbia come presupposto oggettivo il pregiudizio della legittima e che questo debba essere stato causato da una donazione (in senso lato) valida¹⁸⁴⁶.

La donazione lesiva della legittima sarà quindi un atto valido e pienamente efficace (art. 651 CCE). Qualora, una volta effettuate le operazioni di computo della legittima, tale donazione fosse lesiva della legittima, il legittimario avrà il diritto potestativo di richiederne la riduzione¹⁸⁴⁷.

Da questo punto di vista, la riduzione andrebbe inclusa tra le categorie di inefficacia, non di invalidità. In Spagna vari autori la assimilano invece alla revoca e, soprattutto, alla rescissione¹⁸⁴⁸.

A nostro avviso, tuttavia, la riduzione non può essere assimilata, senza riserve, a nessuna di queste categorie di inefficacia, ma nemmeno si può separare completamente da tutte, per il caso spagnolo, poiché non ha entità sufficiente per creare una nuova categoria. Ciò ci ha portato a concludere nel secondo capitolo che la riduzione è un sottotipo di rescissione: è diretta contro un negozio/atto valido; è basata su una lesione o pregiudizio; genera un'inefficacia con effetti *ex nunc*; conferisce legittimazione esclusivamente al soggetto leso; scompare la possibilità di impugnazione con il risarcimento economico e genera azioni sussidiarie¹⁸⁴⁹.

La riduzione ha però una serie di caratteristiche che la rendono unica e un tipo speciale di rescissione: quanto si ottiene a seguito della riduzione diverrà parte del patrimonio del legittimario e non dell'ereditando¹⁸⁵⁰; non è in alcun modo correlata al momento della celebrazione del contratto; non può applicarsi per tutti i tipi di negozi, ma solo per quelli di natura donativa, nel

¹⁸⁴⁶ PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. cit. pag. 558.

¹⁸⁴⁷ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y los legados” in MONJE BALMASEDA, Oscar. *El patrimonio sucesorio*. cit. pag. 918.

¹⁸⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. cit. pag. 154.

¹⁸⁴⁹ Caratteristiche che evidenzia JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana*. cit. pagg. 60-62, per tutte le azioni rescissorie.

¹⁸⁵⁰ ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. “Las acciones de reducción o supresión de donaciones como mecanismo de protección legal del crédito: una aproximación desde el derecho catalán” in *Anuario de Derecho Civil*. cit. pag. 793.

senso sopra esposto; e, infine, possono esercitarla anche i legittimari non esistenti al momento della donazione¹⁸⁵¹.

Queste particolarità ci portano a concludere che la riduzione, come categoria di inefficacia, senza essere del tutto coincidente con la rescissione, è articolata come un sottotipo di questa.

3. **L'azione di riduzione delle donazioni, nella sua applicazione pratica, richiede un lavoro importante da parte del giurista teorico e pratico. Infatti, all'interno del suo regime giuridico sussistono rilevanti lacune, che ci hanno comportato un arduo lavoro di identificazione, sistematizzazione e riflessione.** Dalle conclusioni raggiunte in questa analisi, estraiamo qui quanto segue:

In primo luogo, abbiamo chiarito, con l'aiuto della dottrina italiana, la questione della legittimazione attiva, che non è sufficientemente chiara nel codice civile spagnolo (art. 655.1 CCE) né nella dottrina spagnola¹⁸⁵².

In secondo luogo, il legittimario vittorioso non acquisirà, se non ce l'avesse già, la condizione di erede. Nonostante il codice civile italiano definisca la legittima come quota di eredità, da un punto di vista tecnico, riteniamo più precisa la posizione degli autori che sostengono che il legittimario, a meno che non sia erede testamentario o *ab intestato*, non acquisirà tale condizione in conseguenza dell'esercizio dell'azione. Ciò perché, come fa notare qualche autore, l'azione di riduzione incide sui rapporti tra donatario e legittimario, ma non tra legittimario ed ereditando.

Quanto sopra si ripete, forse anche con più forza, per il diritto spagnolo, dove la posizione di maggioranza argomenta che il legittimario, in quanto tale, non sarà erede, ma legatario di una parte aliquota¹⁸⁵³. L'azione di riduzione, infatti, è esercitata a difesa dell'intangibilità quantitativa della legittima. In definitiva, in quanto azione di contenuto patrimoniale, serve per reclamare un importo e non, al contrario, una posizione giuridica concreta. Il

¹⁸⁵¹ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. cit. pag. 458

¹⁸⁵² CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo II*. cit. pag. 254. Nota 1.

¹⁸⁵³ BERNAD MAINAR, Rafael. "Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legítima en la futura reforma de sucesiones del Código civil" in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. cit. pag. 392.

legittimario acquisirà ciò che gli corrisponde secondo la legittima, ma non una posizione determinata all'interno della successione.

In terzo luogo, l'azione di riduzione delle donazioni non può essere sussunta o identificata con le altre azioni di riduzione del diritto spagnolo (artt. 815 e 817 CCE). Pur condividendo con queste innegabili somiglianze (che hanno portato qualche autore a postulare il suo trattamento unitario¹⁸⁵⁴, come fa il codice civile italiano negli artt. 553 e segg. CCI¹⁸⁵⁵), l'azione di riduzione delle donazioni differisce da esse per il relativo scopo, dinamica e funzionamento. L'azione di riduzione delle donazioni, infatti, va oltre l'ambito successorio e interessa individui e disposizioni che ne sono al di fuori; inoltre, è l'unica, tranne nel caso dei legati conferiti, ad aver carattere rescissorio¹⁸⁵⁶.

In quarto luogo, l'ordine nella riduzione delle donazioni è lo stesso negli artt. 656 CC e 559 CCI. Si basa su due principi: primo, quello dell'irrevocabilità delle donazioni e, secondo, che la riduzione deve iniziare dove è cominciata la lesione della legittima. Per questo motivo, salvo alcune eccezioni, tale ordine non è disponibile per l'ereditando.

In quinto luogo, la valutazione dei beni oggetto di riduzione va effettuata con un unico criterio che, inoltre, deve essere lo stesso di quello utilizzato per la riunione fittizia e l'imputazione. Infatti, come si evince dal codice civile italiano e dalla dottrina di questo Paese¹⁸⁵⁷, le operazioni del calcolo della legittima devono riferirsi tutte allo stesso momento, pena la generazione di rischi di squilibri e di pregiudizi nelle valutazioni. Questo è anche il criterio seguito dall'iter legislativo del codice civile spagnolo¹⁸⁵⁸.

A tal proposito, abbiamo concluso, quindi, che il bene va valutato in base allo stato in cui si trovava al momento della donazione, ma aggiornato a

¹⁸⁵⁴ Con alcune riserve, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. pag. 502.

¹⁸⁵⁵ Va sottolineata l'opinione dissenziente di FERRI, Luigi. *Legittimari*. cit. pag. 202, secondo cui esiste solo un'azione di natura reale.

¹⁸⁵⁶ Attenua questa opinione BUSTO LAGO, José Manuel. "Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas" in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. pag. 454, secondo il quale anche l'azione di riduzione dei legati ha carattere rescissorio quando il legato è stato conferito ed è già in possesso del legatario.

¹⁸⁵⁷ CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni*. Tomo I. cit. pag. 522.

¹⁸⁵⁸ Come esempio, GARCÍA GOYENA, Florencio. *Comentarios y concordancias*. Tomo II. cit. pag. 98.

quando si realizzano le operazioni di divisione ereditaria o, in alternativa, a quando si apre la successione. Questo criterio è quello che comporta meno pregiudizi per il legittimario e il donatario.

Quanto detto sulla valutazione vale esclusivamente per il diritto spagnolo, poiché nel diritto italiano esiste un criterio chiaro e uniforme.

4. **Nel caso di donazioni diverse dalla pura e semplice donazione (remuneratoria, per meriti, modale, ecc.), il criterio per la riduzione sarà che la relativa misura va fornita dall'arricchimento effettivamente percepito dal donatario.**

Le donazioni che sono accompagnate da un onere, un servizio o un merito che, *prima facie*, riduce il valore di quanto donato hanno provocato accesi dibattiti dottrinali per quanto riguarda la definizione del modo della sua riduzione¹⁸⁵⁹.

A nostro avviso, il fattore determinante in questo caso, più che la natura del servizio, onere, merito o atto, è se questo provoca una *riduzione effettiva* di quanto ricevuto dal donatario. Se è così, allora anche la riduzione deve essere minorata, vale a dire che solo la parte non tassata sarà riducibile. Se non lo è, allora la donazione sarà completamente riducibile. La misura della riduzione sarà determinata, quindi, non dalla natura dell'onere, in senso lato, né dalla natura del negozio, ma dall'arricchimento effettivo percepito dal donatario.

5. **La tendenza a sostenere che il legittimario ha il diritto di recuperare i beni della riduzione *in natura* deve lasciare spazio ad altri tipi di restituzione, più in linea con la realtà sociale del tempo in cui la norma va applicata.**

Studiando le modalità per effettuare la riduzione, ci siamo imbattuti in casi in cui l'ereditando-donante ha disposto che, se la donazione si considerasse in futuro lesiva della legittima, il donatario conserverebbe i beni oggetto della donazione, versando il corrispettivo in denaro extra-ereditario al legittimario. Ci siamo quindi interrogati sulla validità di queste clausole.

¹⁸⁵⁹ NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio*. cit. pag. 25.

Uno dei dogmi tradizionali del diritto castigliano è, ancora oggi, quello dell'intangibilità qualitativa della legittima, secondo la quale il legittimario deve essere soddisfatto con i beni dell'eredità¹⁸⁶⁰.

Si deduce dalla dizione letterale dell'art. 806 CCE e dalla concezione della legittima come *pars hereditatis* o *pars bonorum*. Tuttavia, questo principio è attenuato anche dall'attuale codice civile spagnolo, che ammette, in alcuni casi, che il pagamento della legittima sia effettuato con beni o denaro extra-ereditari.

Ci riferiamo, ovviamente, ai casi di commutazione. Il più comune nell'ambito della riduzione è quello dell'art. 821 CCE. A questo vanno aggiunti quelli degli artt. 829, 1056.II e, soprattutto, quello degli 841 e segg. CCE. Interpretando questi casi di commutazione in modo sistematico (art. 3.1 CCE), si raggiungono le seguenti conclusioni.

In primo luogo, che il principio di intangibilità qualitativa della legittima individuale viene meno a favore del principio di intangibilità qualitativa globale della legittima. L'ordinanza attenua i requisiti per il pagamento della legittima con denaro extra-ereditario quando il destinatario dei beni relitti è un legittimario (normalmente, un discendente). Questo si riscontra nell'art. 829 e, soprattutto, nella commutazione degli artt. 841 e segg. CCE.

In secondo luogo, il legislatore stesso è arrivato a comprendere che i casi di commutazione sono eccezionali e, di conseguenza, dovrebbero avvenire solo in circostanze specifiche o rispetto a determinati beni (art. 821 CCE o 1056.II CCE), fino a stabilire una commutazione generale, basata unicamente sul libero arbitrio dell'ereditando-testatore (artt. 841 e segg. CCE). Pertanto, almeno dall'introduzione di questi articoli, la commutazione non può essere vista come un fenomeno eccezionale.

In terzo luogo, la regola generale è stata ribaltata fino all'inserimento degli artt. 841 e segg. CCE. Ora, la legittima si pagherà come prescritto dall'ereditando, a condizione che sia rispettata l'intangibilità quantitativa, mentre, in assenza di una disposizione espressa, sotto forma di beni dell'ereditando.

¹⁸⁶⁰ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. "Comentario al artículo 821" in BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios*. pag. 6089.

A questa terza conclusione si potrebbe aggiungere che, in ogni caso, va rispettata l'intangibilità qualitativa globale della legittima¹⁸⁶¹.

Nel diritto spagnolo, appare quindi chiaro che il defunto possa stabilire, nell'atto *mortis causa*, il modo (*in natura* o *in valorem*) in cui il legittimario riceverà la sua legittima.

Siamo del parere che la stessa facoltà debba essergli riservata nell'introdurre, nell'atto di donazione o in uno successivo, quelle che qui abbiamo chiamato clausole di riduzione *in valorem*, la cui validità va ammessa se si capisce che il presupposto dell'art. 841 e segg. CCE non vada interpretato in modo restrittivo.

Difatti, ci troviamo qui di fronte a una commutazione indiretta o impropria, che nulla ostacolerà in teoria, nemmeno il principio dell'intangibilità qualitativa globale della legittima, quando il donatario è un legittimario.

Problemi maggiori emergono quando il destinatario della donazione è una terza parte, sebbene abbiamo argomentato che possa averne altrettanto facoltà.

In realtà, nulla di ciò che è stato detto dovrebbe sorprendere, poiché la commutazione non è altro che un modo di evitare che entri in gioco il meccanismo della riduzione attraverso compensazioni *in valorem*.

Infatti, nella commutazione si assiste allo stesso presupposto di fatto che segna l'attivazione del meccanismo della riduzione: un'eccessiva attribuzione (in questo caso, ad uno dei legittimari) che, come tale, produce un pregiudizio nella quota che spetta ad un altro legittimario. La azione di riduzione sarà neutralizzata dalla facoltà/ordine di pagamento in contanti al beneficiario dei beni.

Quanto detto si vede chiaramente nel *patto di famiglia* (artt. 768 bis e segg. CCI), che non costituisce un caso di commutazione, ma che funziona in modo analogo all'istituzione di cui all'art. 1056.II CCE.

¹⁸⁶¹ Anche se non in tutti i casi e non secondo tutti gli autori. DÍEZ SOTO, Carlos. "El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar" in *Revista de Empresa Familiar*. cit. pag. 30, con coraggio, fa notare, commentando l'art. 1056.II CCE, che si può lasciare l'azienda o pacchetti di azioni a un estraneo nell'interesse dell'impresa stessa.

Infatti, proprio per il requisito che siano presenti tutti i legittimari, gli assegnatari dei beni e i non assegnatari, pena la nullità¹⁸⁶², si indica che l'importo che percepiscono i non assegnatari come risarcimento della propria quota altro non è che un modo per impedire l'attivazione del meccanismo della riduzione¹⁸⁶³. Il codice civile italiano stesso lo suggerisce quando afferma che le attribuzioni effettuate sulla base di questo negozio non sono soggette a riduzione (art. 768 *quater*, ultimo comma, CCI).

Un'altra istituzione a sostegno della nostra argomentazione sono gli accordi per la reintegrazione della legittima¹⁸⁶⁴, che aggiungono un'ulteriore conclusione a quelle qui raggiunte: visto che la legittima è un diritto potestativo del legittimario, l'intangibilità qualitativa non funziona mai in modo imperativo per quest'ultimo, che può decidere che la sua quota venga soddisfatta mediante beni o denaro extra-ereditario.

La conclusione raggiunta non mette in discussione nessuno dei dogmi della successione necessaria né la posizione del legittimario, come abbiamo sostenuto nel sesto capitolo. Al contrario, nel rispetto dei tempi nuovi e delle ultime trasformazioni avvenute nel diritto di famiglia, per il legame tra legittima e famiglia, occorrerà apportare profonde variazioni alla successione necessaria.

Dopo aver esplicitato le principali conclusioni, è opportuno menzionare i due limiti principali di questo studio. In primo luogo, la donazione lesiva — e il suo legame con la legittima — rappresenta una delle istituzioni più “oscuere”¹⁸⁶⁵ del diritto privato. Tuttavia, come abbiamo già accennato, quasi tutta la bibliografia in merito a questa istituzione appare generalmente in opere di gran peso, dedicate alla successione *mortis causa* o alla successione necessaria. Sebbene abbia una natura descrittiva, il presente studio ha cercato di unificare con carattere monografico queste informazioni disperse, raggruppando i problemi sollevati, le opinioni dottrinali e proponendo alcune soluzioni laddove opportuno.

¹⁸⁶² DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. cit. pag. 142.

¹⁸⁶³ OBERTO, Giacomo. “Il patto di famiglia” in SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. cit. p. 1853.

¹⁸⁶⁴ NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. cit. pag. 187.

¹⁸⁶⁵ Espressione di FERNÁNDEZ OTERO, José Ramón. “La donación según el Código civil” in SEOANE SPIEGELBERG, José Luis (Dir.). *Derecho de sucesiones. Donación*. cit. pag. 413.

In secondo luogo, troviamo alcune questioni (donazione, legittimità, riduzione, ecc.) su cui si sono espresse le voci più eminenti del diritto privato spagnolo e italiano, limitando senza dubbio la possibilità di offrire una risposta originale. Tale ricerca, quindi, non può che essere una riflessione ponderata, incentrata sui problemi teorici e pratici e sulle soluzioni già fornite dagli illustri civilisti che ci hanno preceduto.

La quinta conclusione di questa tesi è alla base di quelli che, a nostro avviso, dovrebbero essere le ricerche future da effettuare. Da un lato, si dovrebbe approfondire il rapporto tra commutazione e riduzione, analizzandole come due meccanismi di tutela dell'intangibilità quantitativa della legittima: il primo, quello imposto o consentito dal testatore, e il secondo di natura prevalentemente giudiziaria. Ad ogni modo, entrambi i meccanismi perseguono lo stesso obiettivo: salvaguardare l'intangibilità quantitativa, vale a dire che il legittimario riceva il valore di ciò che gli spetta secondo la legittima, anche se non sotto forma di beni ereditari.

D'altro lato, sarebbe necessario approfondire la natura della legittima, tenendo maggiormente conto delle prospettive fornite dagli studi incentrati sulla riduzione e sulla commutazione. Quanto intravisto in questo studio suggerisce che un'indagine sulla legittima da questa prospettiva potrebbe aiutare a chiarire la questione della sua natura giuridica, molto dibattuta nel diritto spagnolo. Nel presente scritto, abbiamo interpretato la legittima come il diritto a un valore, come un diritto di credito protetto in modo molto speciale. Si tratta di una legittima caratterizzata da intangibilità quantitativa, ma in cui quella qualitativa tende ad essere più diffusa e può venir meno in certi casi di fronte alla soddisfazione del legittimario. Sarebbe conveniente determinare se uno studio più dettagliato in merito confermerebbe questa ipotesi o, al contrario, la confuterebbe.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho de contratos: cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*. Madrid: Dykinson. 2011.

ACEDO PENCO, Ángel. *Introducción al Derecho privado*. Madrid: Dykinson. 2013.

ACETO DI CAPRIGLIA, Salvatore. *Nuove frontiere della successione necessaria*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2008.

ACOSTA MÉRIDA, María del Pino. *Seguro de vida y derecho de sucesiones*. Madrid: Dykinson. 2005.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch y Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1958.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil V. Derecho de sucesiones. Volumen primero: Parte general*. Barcelona: Bosch. 1979.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Comentario al artículo 636” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. 1991. pp. 1614-1615.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*. Madrid: EDIOSFER. 2015.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *La donación*. Madrid: Centro de Estudios Registrales. 2006.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y DE CASTRO GARCÍA, Jaime. *Código civil. Doctrina y jurisprudencia. Tomo III. Arts. 609 a 1087*. Madrid: Trivium. 1991.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario a los artículos 654-656” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. 1991. pp. 4992-5014.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Comentario al artículo 618” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013, pp.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “La reducción de las disposiciones inoficiosas: especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRELL, M^a Pilar; TORRES LANA, José Ángel. *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista. Tomo I*. Madrid: Dykinson. 2014. pp. 913-939.

ALONSO, Ricardo. “Los contratos de seguro” en MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel (Dir.). *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. Navarra: Aranzadi. 2019. pp. 315-339.

ALONSO MARTÍNEZ, Manuel. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid: Plus-Ultra. 1947.

ALPA, Guido. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*. Bologna: Il Mulino. 2018.

ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José A. *Curso de Derecho Hereditario*. Madrid: Civitas. 1990

ANDERSON, Miriam. *Las donaciones onerosas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2005.

ANDERSON, Miriam. “Comentario al artículo 618” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.- De los*

diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087). Pamplona: Civitas-Thomson Reuters. 2011.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia. “Las acciones de reducción o supresión de donaciones como mecanismo de protección legal del crédito: una aproximación desde el derecho catalán” en *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 68. Num. 3. 2015. pp. 761-800.

AZNAR DOMINGO, Antonio y MARTÍN SUÁREZ, Sandra. “La legítima y la acción de reducción de donaciones inoficiosas”. *Actualidad Civil*. N° 4. 2018. (LALEY 3265/2018) [en línea]. Disponible en: [https://laleydigital--laleynext--es.us.debiblio.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAFWQT0_DMAzFP81yiYSylf075MC244QOK9y9xGstsgQStlu_PS7IAJF-
iuX3ZD_5q8M81HhnewQdsJl1xqBnuoIedAANztHYu1RRe9QZffe_41MERYli0RTTh
aQuUFQZYorD1da5Q8VwLnZuzGztRuZCJTWKS2ElrIWNsB11o8BxB-
GQnN2MnfVYw9muVMoe826wRnFiCK9Y7KJSpU23Z-
ipAZYkO8jTWvLeHmojb7Fabucb1WMuYrDv1GBkVC017VHgyV8QsmtfoEF7alPml
xV-gPJ5VyF-
SJBtjz55e8Kbpejxvofsn6Ifb6iovEXJWiD89U5zdx2z7D5znDTlgvwHYNxDwOh_U38
DUpqlgpEBAAA=WKE](https://laleydigital--laleynext--es.us.debiblio.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAFWQT0_DMAzFP81yiYSylf075MC244QOK9y9xGstsgQStlu_PS7IAJF-
iuX3ZD_5q8M81HhnewQdsJl1xqBnuoIedAANztHYu1RRe9QZffe_41MERYli0RTTh
aQuUFQZYorD1da5Q8VwLnZuzGztRuZCJTWKS2ElrIWNsB11o8BxB-
GQnN2MnfVYw9muVMoe826wRnFiCK9Y7KJSpU23Z-
ipAZYkO8jTWvLeHmojb7Fabucb1WMuYrDv1GBkVC017VHgyV8QsmtfoEF7alPml
xV-gPJ5VyF-
SJBtjz55e8Kbpejxvofsn6Ifb6iovEXJWiD89U5zdx2z7D5znDTlgvwHYNxDwOh_U38
DUpqlgpEBAAA=WKE) [Consulta: 13 de marzo de 2020].

ASCOLI. *Trattato delle donazioni secondo il Diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libreria. 1935.

AZZARITI, Giuseppe. *Le successioni e le donazioni*. Padova: CEDAM. 1982.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel. *Las donaciones colacionables en el Derecho civil balear*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007.

BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro (dir.). *Successioni e Donazioni*. Padova: CEDAM. 2008.

BALLESTER GINER, Eladio. *Derecho de sucesiones. Aspecto civil y fiscal*. Madrid: EDERSA. 1989.

BARBA, Vincenzo. “Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell’acquisto da parte di terzi” en *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*. Num. 3. 2018. pp. 51-111.

BARBA, Vincenzo. “Testamentos y actos de última voluntad en el Derecho Italiano” en *Derecho Privado y Constitución*. Num. 35. 2019. pp. 11-55.

BARBA, Vincenzo. *La successione dei legittimari*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2020.

BARRAL VIÑALS, Immaculada. *La reserva de la facultad de disponer en la donación*. Barcelona: Bosch. 1996.

BERMEJO PUMAR, María Mercedes. “El cálculo de la legítima” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.) y GARRIDO MELERO, Martín (Coord.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 4º*. Navarra: Aranzadi. 2015. pp. 253-565.

BERNAD MAINAR, Rafael. “De la legítima romana a la reserva familiar germánica” en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*. N° 14. 2015. pp. 1-63.

BERNAD MAINAR, Rafael. “Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legítima en la futura reforma de sucesiones del Código civil” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N° 10 bis. 2019. pp. 374-413.

BESTA, Enrico. *Le Successioni nella storia del Diritto italiano*. Milano: Giuffrè. 1961.

BIONDI, Biondo. *Successione testamentaria e donazioni*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1943.

BIONDI, Biondo. *Le donazioni*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese editore. 1961.

BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano. Volume sesto: Le successioni. Parte generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1974.

BONILINI, Giovanni (dir.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni. Vol. III. La successione legittima*. Milano: Giuffrè. 2009.

BORRELL Y SOLER, Antonio M. *Derecho civil español. Tomo V. Sucesiones por causa de muerte*. Barcelona: Bosch. 1954.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve. “El cálculo de la legítima de los descendientes en los derechos civiles españoles” en VAQUER ALOY, Antoni; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BOSCH CAPDEVILLA Esteve (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Marical Pons. 2018. pp. 147-191.

BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio. “Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español” en *Anuario de Derecho civil. Vol. 71. Num. 2*. 2018. pp. 339-393.

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. Contratos mercantiles, Derecho de los títulos-valores y Derecho concursal*. Madrid: Tecnos. 2019.

BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*. Barcelona: Editorial Labor. 1936.

BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*. Padova: CEDAM. 1971

BUSTO LAGO, José Manuel. “Pago de la porción hereditaria en casos especiales. Arts. 841 a 847” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi. 2006.

BUSTO LAGO, José Manuel. “Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.). *Derecho de Sucesiones*. Madrid: Tecnos. 2009. pp. 414-530.

CABRERO, María del Carmen. “El Derecho de sucesiones en la *Electra* de Sófocles” en *Emérita: Revista de Lingüística y filología clásica*. Vol 67. Número 2. 1999. pp. 341-354.

CAÑIZARES LASO, Ana; ZUMAQUERO GIL, Laura; PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo; DE LA HUCHA CELADOR, Fernando. “El contrato de donación. Donaciones por razón de matrimonio” en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo II. Contratos de finalidad traslativa del dominio (II)*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 2014. pp. 331-529.

CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Nulidad e impugnabilidad del testamento” en *Anuario de Derecho civil. Volumen 40. Num. 1*. 1987. pp. 3-88.

CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. “Comentario a los arts 818 y 819” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PALBO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.- De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters. 2011.

CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo I*. Milano: Giuffrè Editore. 2009.

CAPOZZI, Guido; FERRUCCI, Annamaria; FERRENTINO, Carmine. *Successioni e donazioni. Tomo II*. Milano: Giuffrè Editore. 2009.

CARINGELLA, Francesco y GIOVAGNOLI, Roberto. *Studi di Diritto Civile I. Famiglia e Successioni*. Milano: Giuffrè Editore. 2007.

CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo VI. Volumen II. Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa.* Madrid: Editorial Reus. 1979.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones.* Madrid: Editorial Reus. 1988.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María. “Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español” en *Anuario de Derecho Civil. Vol. 17. N° 2.* 1964. pp. 367-382.

CASTRO SÁENZ, Alfonso. *Herencia y mundo antiguo. Estudios de Derecho sucesorio romano.* Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 2002.

CICU, Antonio. *Successione legittima e dei legittimari.* Milano: Giuffrè. 1943.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Dictámenes jurídicos. Tomo III. Sucesiones.* Barcelona: Bosch. 1958.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones, contratos y Derecho de familia.* Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín. 1959.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil. Tomo III. Derecho de sucesiones.* Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín. 1959.

CLEMENTE MEORO, Mario. “El régimen económico matrimonial” en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. *Derecho de familia.* Navarra: Aranzadi. 2012. pp. 539-589.

CODINA ROSSÁ, María Dolores. *La acción de complemento de legítima.* Barcelona: Bosch. 2008.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de contratos.* Barcelona: Bosch. 2003.

COSTAS RODAL, Lucía. “Capítulo I. Disposiciones generales. Arts. 1315-1324” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi. 2006. pp. 1578-1592.

COSTAS RODAL, Lucía. “Contrato de donación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.). *Tratado de contratos. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. pp. 2497 a 2572.

DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel (ed.). *El ordenamiento de leyes que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho*. Madrid: Librería de los Señores Viuda e Hijos de D. Antonio Callejas. 1847.

DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Derecho civil español común. Volumen II*. Madrid: REUS. 1931.

DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho civil*. México D.F.: Editorial Porrúa. 1977.

DE BUEN Y LOZANO, Demófilo. Anotaciones a COLIN Ambrosio y H. Capitant. *Curso elemental de Derecho civil. Tomo VIII*. Madrid: Reus. 1981.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas. 1985.

DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho civil. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1988.

DE FUENMAYOR, Amadeo. “La intangibilidad de la legítima” en *Anuario de Derecho civil. Vol. I. Num. 1*. 1948. pp. 46-77.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Compendio de Derecho sucesorio*. Madrid: La Ley. 2011.

DE LA OLIVA, SANTOS, Andrés “Los principios del proceso” en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. pp. 209-225.

DE LA REGUERA VALDELOMAR, Juan. *Extracto de las Leyes del Fuero Juzgo*. Madrid: Imprenta de la Viuda e Hijo de Marín. 1798 [ed. Facsímil de 2015].

DE LA RIPIA, Juan. *Prácticas de Testamentos y modos de suceder*. Madrid: Imprenta de Ángel Pascual Rubio. 1718.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús (Coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Cizur Menor: Aranzadi. 2007.

DELLE MONACHE, Stefano. *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*. Milano: Giuffrè Editore. 2008.

DE LOS MOZOS, José Luis. *La colación*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1965.

DE LOS MOZOS, José Luis. *La donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*. Madrid: Dykinson. 2000.

DE MONTAGUT ESTRAGÉS, Tomás. “Testamento inoficioso en las partidas y sus fuentes” en *Anuario de Historia del Derecho Español*. N° 62. 1962. pp. 239-326.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “Los herederos forzosos y su posición jurídica” en PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel (coord.). *Curso de Derecho civil (V). Derecho de sucesiones*. Madrid: Colex. 2013. pp. 267-295.

DE VALDEAVELLANO, Luis G. *La comunidad patrimonial de la Familia en el Derecho español medieval*. Salamanca: Universidad de Salamanca. 1956.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. *Derecho civil II. Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant. 2019.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Tomo I. Introducción y Teoría del contrato*. Madrid: Civitas. 1993.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Tomo IV. Las particulares relaciones obligatorias*. Navarra: Aranzadi. 2010.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo 2. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Tecnos. 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tomo 1. El contrato en general. La relación obligatoria*. Madrid: Tecnos. 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Tomo I. Derecho de familia*. Madrid: Tecnos. 2018.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tomo 2. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento si causa. Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Tecnos. 2018.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. “Comentario al art. 1064” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PALBO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.- De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters. 2011.

DÍEZ SOTO, Carlos. “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar” en *Revista de Empresa Familiar. Vol 1. N° 1*. 2011.

DI LELLA, Luigi. *Querela inofficiosi testamenti. Un contributo allo studio della successione necessaria*. Napoli: E. Jovene. 1972.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Madrid: Tecnos. 1989.

DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M^a. “La revocación de la donación modal” en *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 36. N^o 1. 1983. pp. 65-108.

D’ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: EUNSA. 2008.

DURÁN RIVACOBBA, Ramón. *Donaciones encubiertas*. Barcelona: Bosch. 2009.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*. Madrid: Marcial Pons. 1996.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Comentario al artículo 806” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PALBO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.- De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters. 2011.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Comentario al artículo 1056” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo VI*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. “Igualdad por razón de filiación y derecho de sucesiones” en *Actualidad jurídica iberoamericana*. N^o 10. 2019. pp. 336-365.

ESPÍN, Diego. *Manual de Derecho civil español. Volumen III. Obligaciones y contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1978.

FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*. Madrid: Librería de Leocadio López, Editor. 1880.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. “La reforma del Derecho de sucesiones por la Ley 41/2003” en *Jaldo: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*. Año 2. N^o Extra 1. 2004. pp. 21-44.

FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel. “Fianza, donación y legítima. Una aproximación a su posible incorporación práctica ante la insolvencia del donatario” en PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO, Agustín (dir.). *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez. Tomo I*. Madrid: Dykinson. 2013.

FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel. “Posibilidad jurídica e instrumentación práctica de la fianza, ante la insolvencia del donatario inoficioso”. *Actualidad Civil. N° 3*. 2016. pp. 74-87.

FERNÁNDEZ OTERO, José Ramón. “La donación según el Código civil” en SEOANE SPIEGELBERG, José Luis (Dir.). *Derecho de sucesiones. Donación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 1995. pp. 411-430.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*. Granada: Comares. 2006.

FERRANTE, Riccardo. *Codificazione e cultura giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2008.

FERRI, Luigi. *Legittimari*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore. 1981.

FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián. “La sucesión y la institución hereditaria” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (Dir.) y GARRIDO MELERO, Martín (Coord.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo V. Sucesiones. Volumen 1º*. Navarra: Aranzadi. 2015.

GAGLIARDI, Lorenzo. *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 2002.

GALGANO Francesco. *Diritto Privato*. Assago: Wolters Kluwer Italia. 2017.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo. *La legítima en el Código civil*. Oviedo: Gráficas Lux Santa Ana. 1964.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Topográfico-Editorial. 1852.

GARCÍA PÉREZ, Rosa. *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. Valencia: Tirant. 2004.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La colación hereditaria*. Madrid: Tecnos. 2002.

GARDANI, Licia. *Delle Donazioni*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore. 1976.

GENGHINI, Lodovico y CARBONE, Carlo. *Le Successioni per causa di morte. Tomo primo*. Padova: CEDAM. 2012.

GENNARI, Giuseppe. *Successioni e donazioni. Percorsi giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè Editore. 2009.

GENSOLIN, Rinaldo R. *Las donaciones mortis causa*. Barcelona: GASA S.A. 1962.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen; LLOBET AGUADO, Josep; SOLÉ RESINA, Judith; YSÁS SOLANES, María. *Derecho de sucesiones*. Barcelona: Cálamo. 2006.

GETE-ALONSO Y CLARERA, M^a del Carmen (dir). *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo II*. Pamplona: Civitas. 2016.

GHISALBERTI, Carlo. *La codificazione del Diritto in Italia. 1865/1942*. Bari: Editori Laterza. 1985.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. Tomo I. El proceso de declaración. Parte general*. Madrid: Ediciones jurídicas Castillo de Luna. 2017.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel. “La donación” en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (dir.). *Instituciones de Derecho privado. Tomo III*.

Obligaciones y contratos. Volumen 2º. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 2015. pp. 491-873.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel. “De la donación” en SALAS CARCELLER, Antonio (coord.). *Código civil. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.* Madrid: SEPIN. 2009. pp. 1839-1950.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Comentario al art. 767 CC* [en línea]. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/231875> [consulta: 20 de octubre de 2018].

GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo tercero.* Madrid: Lex Nova. 1863.

GUTIÉRREZ, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español. Tomo quinto.* Madrid: Lex Nova. 1869.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada. “Restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*: Las legítimas” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.). *Compendio de Derecho civil. Sucesiones.* Madrid: Dykinson. 1998. pp. 473-523.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano. Instituciones de Derecho romano.* Barcelona: Ariel, S.A. 1987.

INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, José Ramón y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Rafael. *Derecho matrimonial y donación.* Hospitalet de Llobregat: Bosch. 2014.

IRURZUN GOICOA, Domingo. “¿Qué es la legítima para el Código civil español?” en *Revista de Derecho civil. Vol. II. Num. II.* 2015. pp. 257-279.

JORDANO FRAGA, Francisco. *La sucesión en el “ius delationis”. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria “mortis causa”.* Madrid: Civitas. 1990.

JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana: algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente.* Granada: Comares. 2001.

KASER, Max. *Derecho romano privado*. Madrid: Reus. 1968.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. Anotaciones a BINDER, Julius. *Derecho de sucesiones*. Barcelona: Labor, S.A. 1953.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, III. Contratos y cuasicontratos*. Barcelona: Bosch. 1986.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Dykinson. 2007.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones II*. Barcelona: Bosch. 1973.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch. 1981.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero: Parte General. Teoría general del Contrato*. Madrid: Dykinson. 2011.

LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*. Madrid: Marcial Pons. 2019. p. 157.

LEICHT, Pier Silverio. *Storia del Diritto italiano. Il Diritto privato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1960.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Derecho de sucesiones. Vol. I. Delación, legítimas, reservas*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto. 1989.

LLORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús. *Manual de Historia del Derecho*. Valencia: Tirant lo blanch. 2012.

LÓPEZ GÜETO, Aurora. *Pietas romana y sucesión mortis causa*. Valencia: Tirant. 2016.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo V*. Madrid: Reus. 1972.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español. Tomo VI. Volumen I*. Madrid: Reus. 1973.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coord.). *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de familia*. Madrid: EDIOSFER. 2016.

MASIDE MIRANDA, José Enrique. *Legítima del cónyuge supérstite*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios. AÑO.

MASTROBERARDINO, Francesco. “Rimedi alla lesione della quota di legittima tra esecuzione volontaria e rinuncia all’azione di riduzione” en *Famiglia e Diritto*. Num. 8-9. 2018. pp. 760-769.

MENDEZ, Rosa M. y VILALTA A. Esther. *Donación: acciones de revocación y reducción*. Barcelona: Bosch. 2001.

MENGONI, Luigi. *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1992.

MENGONI, Luigi. *Scritti I. Metodo e Teoria Giuridica*. Milano: Giuffrè Editore. 2011.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto civile e commerciale. Volume Terzo. Parte seconda*. Milano: Giuffrè. 1952.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. “Comentario al artículo 1321” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo VII*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013, pp. 9336-9340.

MORENO QUESADA, Bernardo. “La disolución del Matrimonio. Medidas y efectos comunes” en SANCHO CALERO, Francisco Javier (Coord.). *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant lo blanch. 2019. pp. 125-145.

MUCIUS SCAEVOLA, QUINTUS. *Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XI*. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1944.

MUCIUS SCAEVOLA, QUINTUS. *Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XIV*. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1944.

MURGA GENER, José Luis. *Derecho romano clásico II. El proceso*. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza. 1983.

NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. Padova: CEDAM. 1999.

NIETO ALONSO, Antonia. *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*. Madrid: Trivium. 1998.

NIETO ALONSO, Antonia. “Comentario al art. 636” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PALBO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.- De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters. 2011.

NOLASCO DE LLANO, Pedro (ed.). *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. Madrid: Imprenta y Librería de Don Manuel Martín. 1777.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*. Madrid: DIJUSA. 2009.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo V. Derecho de sucesiones*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2016.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código civil comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley. 2019.

PACHECO CABALLERO, Francisco Luis. “Derecho histórico y codificación. El derecho sucesorio” en *Anuario de Historia del Derecho español*. Num. 82. 2012. pp. 113-147.

PALAZZO, Antonio. *Le donazioni. Artt. 769-809*. Milano: Giuffrè Editore. 1991.

PALAZZO, Antonio. *Le Successioni*. Milano: Giuffrè Editore. 1996.

PANZA, Guisepe y PANZA, Fabrizio. *Successioni in generale tra Codice civile e Costituzione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2004.

PASQUAU LIAÑO, Miguel (dir). *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. Tomo II*. Granada: Comares. 2009.

PATTI, Salvatore. *Codificazioni ed evoluzione del Diritto privato*. Bari: Editori Laterza. 1999.

PELLEGRINI, Lorenzo. *Donazione obbligatoria*. [en línea]. Disponible en: https://studiolegale-leggiditalia-it.ezproxy.unibo.it/#id=94GI0000005089,highlight=1,__m=document [consulta: 10 de abril de 2020]

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “El Anteproyecto de del Código civil en 30 de abril de 1888” en *Anuario de Derecho civil*. Vol. 13. N° 4. 1960. pp. 1171-1194.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “La naturaleza de la legítima” en *Anuario de Derecho Civil. Volumen 38. Número 4*. 1985, pp. 849-908.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “La naturaleza de la legítima. Nota final” en *Anuario de Derecho Civil. Volumen 39. Número 2*. 1986, pp. 571-580.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derecho de familia*. Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1989.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. Madrid: Consejo General del Notariado. 2006.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa. “¿Por qué el cónyuge viudo no colaciona?”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad. N° 8*. 2016. pp. 82-100.

PÉREZ MARTÍN, Antonio (ed.). *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. 2015.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. 1993.

PIRAS, Salvatore. *Successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi. 1965.

PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. Barcelona: Bosch. 1957.

POLO ARÉVALO, Eva María. “Concepto y naturaleza de la legítima en Derecho sucesorio español: Precedentes y actualidad” en *Revista Internacional de Derecho Romano. N° 10*. 2013. pp. 331-376.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen II*. Barcelona: Bosch. 1956.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo V. Volumen III*. Barcelona: Bosch. 1991.

PUIG BRUTAU, José. *Diccionario de acciones en Derecho civil español*. Barcelona: Bosch. AÑO.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil. Tomo V. Volumen II. Relaciones sucesorias en particular*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1963.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. Cáceres: Librería Técnica Universitaria "Figuerola 2". 1997.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. "Comentario a los arts. 806-818" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. "Comentario a los artículos 821, 829, 841 y 842" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo V*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013.

REBOLLEDO VARELA, Ángel L. "El legitimario ante la desheredación de hecho" en SEOANE SPIEGELBERG, José Luis (Dir.). *Derecho de sucesiones. Donación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 1995. pp. 227-301.

REPÁRAZ PADRÓS, María. "La crítica contemporánea al Proyecto de Código civil de 1851" en *Anuario de Derecho Civil. Vol. 50. N° 3*. 1997. pp. 1015-1220.

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1990.

RESCIGNO, Pietro. *Successioni e Donazioni. Vol. I*. Padova: CEDAM. 1994.

RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice Civile*. Roma: Editori Laterza. 1999.

RESCIGNO, Pietro. *Codici. Storia e geografia di un'idea*. Roma-Bari: Editori Laterza. 2013.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones común y foral*. Madrid: Dykinson. 1987.

ROBLES LATORRE, Pedro y PASQUAU LIAÑO, Miguel. *Nociones de Derecho de contratos*. Madrid: Editorial Universitaria. 2008.

ROCA JUAN, Juan. “Comentario a los arts. 1041 y 1042 CC” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XIV*. Jaén: Edersa. 1978.

ROCA SASTRE, Ramón M^a. Anotaciones a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho civil. Tomo quinto. Derecho de sucesiones I*. Barcelona: Bosch. 1976.

ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Estudios sobre sucesiones. Tomo II*. Madrid: IDE. 1981.

ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. FALTA AÑO.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones. Tomo II*. Barcelona: Bosch. 1991.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia. “Comentario al art. 655” en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PALBO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Directores). *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III.- De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters. 2011.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. “Donación disimulada en Escritura Pública” en *Anuario de Derecho civil. Vol. 68. Num. 2*. 2015. p. 369-407.

RONDINONE, Nicola. *Storia inédita della codificazione civile*. Milano: Giuffrè Editore. 2003.

ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*. Sevilla: Editorial Edelce. 1951.

RUBIO GARRIDO, Tomás. *La partición de la Herencia*. Cizur Menor: Aranzadi. 2017.

RUBIO GARRIDO, Tomás. “Las donaciones inoficiosas” en EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (dir). *Tratado de Liberalidades*. Cizur Menor: Aranzadi. 2017. pp. 1321-1355.

RUBIO GARRIDO, Tomás. “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima” en CAPILLA RONCERO, Francisco; ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel y ARANGUREN URRIZA, Francisco José (directores). *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 2019. pp. 141-163.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Lecciones de Derecho civil. Derecho de sucesiones I. La sucesión mortis causa en general. El testamento y las legítimas*. Madrid: REALIGRAF. 1979.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Historia del Derecho español*. Barcelona: Cálamo. 2001.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz. “Límites constitucionales a la libertad de testar” en VAQUER ALOY, Antoni; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BOSCH CAPDEVILLA Esteve (Coords.). *La libertad de testar y sus límites*. Madrid: Marical Pons. 2018. pp. 7-38.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.1. Derecho de sucesión*. Navarra: Analecta Editorial. 2008 (ed. Facsímil 1910).

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.2. Derecho de sucesión*. Navarra: Analecta Editorial. 2008 (ed. Facsímil 1910).

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios sobre Derecho civil. VI.3. Derecho de sucesión*. Navarra: Analecta Editorial. 2008 (ed. Facsímil 1910).

SANGUINETTI, Andrea. *Dalla querella alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca imperiale e giustiniana*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1996.

SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique. “El contrato de seguro” en CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SANJUAN MUÑOZ, Enrique. *Manual de Derecho Mercantil*. Navarra: Aranzadi. 2018. pp. 369-390.

SANPONS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón y FERRER Y SUBIRANA, José (ed.). *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X, con la glosa del Lic. Gregorio López. Tomo III*. Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes y C^a. 1843.

SARMIENTO RAMOS, Juan. “Comentario al artículo 1035” en BERCOVITZ, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. 1991.

SCUDERI, Simona. “Sul rapporto tra l'azione di simulazione proposta dai legittimari e l'azione di riduzione” en *Famiglia e Diritto. Num. 12*. 2018. pp. 1079-1085.

SERRANO SÚÑER, Ramón y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, José. Notas a DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho civil. Tomo II. Volumen I. Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho hereditario*. Madrid: Instituto Editorial REUS. 1944.

SESTA, Michele (cur). *Codice delle successioni e donazioni. Volume I. Costituzione e Quattro Codici*. Milano: Giuffrè Editore. 2011.

SIRVENT GARCÍA, Jorge. *La donación con cláusula de reversión*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

SIRVENT GARCÍA, Jorge. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*. Valencia: Tirant lo blanch. 2003.

TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente. *El modo en el Derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo. 1967.

TORRENTE, Andrea. *La donazione*. Milano: Giuffrè Editore. 2006

TORRES GARCÍA, Teodora F. (coord.). *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier. 2012.

TRINGALI, Fabio. *Le donazioni*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2010.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Apuntes de Derecho Sucesorio III. Atribución de la legítima por actos *inter vivos*” en *Anuario de Derecho civil*. Vol. 7. Num. 3. 1954. pp. 655-694.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Panorama de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch. 1973.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Los complementos de la legítima” en *Anuario de Derecho Civil*. Volumen 26. Número 1. 1973, pp. 3-214.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Las legítimas. Tomo I*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1974.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre donaciones*. Madrid: Editorial Montecorvo. 1978.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario a los arts. 806 a 857” en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI. Arts. 806 a 857*. Jaén: Edersa. 1978.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima” en *Anuario de Derecho Civil. Volumen 39. Número 1*. 1986, pp. 3-68.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima” en *Anuario de Derecho Civil. Volumen 39. Número 3*. 1986, pp. 833-849.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios de Derecho sucesorio. Vol. II*. Madrid: Montecorvo. 1989.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Comentario al art. 818” en BERCOVITZ, Rodrigo; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CORDECH, Pablo; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (dir). *Comentario del Código Civil. Tomo I*. Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. 1991. pp. 2019-2025.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Madrid: Reus. 2012.

VAQUER ALOY, Antoni y DOMINGO MARTÍNEZ, Raquel. *El seguro de renta vitalicia y la herencia*. Barcelona: Atelier. 2015.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario” en *Revista de Derecho civil. Vol. V. Num. IV*. 2018. pp. 333-360.

VISMARA, Giulio. *Famiglia e Successioni nella storia del diritto*. Roma: Editrice Studium. 1970.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. *La protección económica de la discapacidad*. Barcelona: Bosch. 2009.

VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Successione ab intestato e successione testamentaria*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1963.

VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano. Volume primero. Introduzione e Parte generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1967.

VOCI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1994.

WACKE, Andreas. “Una porción hereditaria para Jesucristo. La influencia del cristianismo sobre el Derecho de sucesiones” en *Studia et documenta historiae et iuris*. N° 66. 2000. pp. 277-288.

ZUBERO QUINTANILLA, Sara. “La legítima formal como límite o medio de protección de la voluntad del testador” en *Actualidad jurídica iberoamericana n° 12*, 2020. pp. 778-795