

1.

INTRODUCCIÓN GENERAL

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Regulación europea. – 3. Derecho foral de Cataluña. – 4. Derecho común. Código civil.

1. INTRODUCCIÓN

“Aquellos que los juristas llaman voluntad no es siempre la voluntad históricamente cierta de un hombre en particular. El que ellos hayan ido en busca de la voluntad individual con instrumentos sofisticados, es algo seguro. Pero es igualmente cierto que han reconstruido la voluntad individual con criterios de verosimilitud y racionalidad: es decir, atribuían a un hombre aquello que era razonable que pensase conforme a un resultado tal y como él podría haberlo programado, quizá más allá de la probable capacidad del individuo en particular, y al margen de los datos de la situación”¹.

Decidir la suerte que va a tener un patrimonio que se ha cultivado y trabajado durante toda una vida es un afán tan noble como natural, y no son pocos, como expongo en este libro, los textos de fuentes tanto jurídicas como literarias que testimonian la familiaridad con la que en Roma se trataba la grave tarea de transmitir el patrimonio que se ha la-

¹ “*Quella che i giuristi chiamano volontà non è sempre la volontà, storicamente certa, di un dato uomo. Che essi siano andati alla ricerca della volontà individuale, e con strumenti raffinati, è sicuro. Ma è altrettanto sicuro che essi hanno ricostruito volontà individuali con criteri di verosimiglianza e di ragionevolezza: cioè hanno attribuito a un uomo quel che era ragionevole che egli pensasse, ricercando il risultato buono quale essi potevano pensarlo, magari oltre le probabili capacità dell'individuo di cui si trattava, e sicuramente oltre i dati della situazione*”: cfr. VOCI, *Linee storiche del diritto ereditario romano. I. Dalle origini ai Severi*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. 2, Principat. Recht* (Berlín-Nueva York, 1982) XIV, 441.

brado en vida. Sin embargo, en el prelegado hay una tensión entre voluntad y formas. De hecho, en el análisis de los textos que introduzco en este trabajo no pocas veces se constatan colisiones entre estos dos aspectos.

El prelegado une la figura del heredero con la del legatario, haciendo a un heredero además adquirente de un legado. Sucesión universal y sucesión particular se cruzan, por lo tanto, dando lugar a una serie de efectos patrimoniales que merece la pena estudiar.

Bien es cierto que la exégesis de las fuentes pueden llevar a interpretar que el prelegado en ocasiones produce efectos contrarios a la voluntad del testador. De hecho, Pietro Bonfante² comenta acerca de dicha institución que le resulta “*repugnante non solo, ma in antitesi alla volontà del defunto, parrebbe quasi uno scherzo diabolico, l’abuso piú sfrenato del sillogismo*”.

Desde el tratado orgánico de Buchholtz en 1850 titulado *Die Lehre von den Prälegaten*, así como el estudio de Arndts, – continuación de la obra de Glück – *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar begründet von C.F. Glück. Vermächtnissnehmer, die zugleich Erben des Vermächtnissgebers sind – Prälegat*, los autores³ constatan la complejidad y disparidad de efectos de la teoría

² En *Corso di Diritto Romano*, VI, *Le successioni* (Milán, 1974) 504.

³ NIETO, *Tractatus academicus de praelegatis*, en *Meermannii (Gerardi), Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Continens Varia et Rarissima Optimorum Interpretum, Inprimis Hispanorum et Gallorum, Opera tam Edita antebac, quam Inedita, &c. Hagae – Comitum, 1751-1753*, tomo VIII, 643-667, PAMPALONI; *Il prelegato a favore dell’erede fiduciario*, en *Studi giuridici offerti da Bensa Enrico, Bensa Paolo Emilio, Bianchi Ferdinando (e 31 altri) Professori di diritto per il XXXV anno d’insegnamento di Filippo Serafini* (Florencia, 1892) 453-465; VANGEROW, *Von den Anwachsungsrecht bei Prälegaten*, en *Archiv für die civilistische Praxis* 35, 1852, 260-322; BERNSTEIN, *Zur Lehre von römischen Voraus*, en *ZSS* 15, 1894, 92 ss.; BONFANTE, *Il rapporto dell’eredità coi “legata” e la teoria del prelegato nel Diritto romano e nel Diritto Civile*, 430 ss.; así como *Il prelegato e la successione*, en *Famiglia e successione* (Turín, 1926) 444 ss. y el capítulo que le dedica en el tomo sexto de su *Corso* (Milán, 1974) 493-510; BESELER, *Zur Lehre vom Prälegat*, en *ZSS* 49, 1929, 155, 155-157; FERRINI, *Contributi alla teoria del prelegato*, en *Studi vari di diritto romano e moderno sui diritti reali e di successione* (Milán, 1930) 237 ss.; *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il Diritto romano con riguardo all’attuale giurisprudenza* (Roma, 1976) 184 ss. La edición original de esta obra es Milán, 1889. Yo utilizo la reedición de 1976, y por lo tanto las referencias serán de esta segunda. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*. Trad. Fairén (Barcelona, 1960) 477 ss.; SCHULZ, *Derecho romano clásico*. Trad. Santa Cruz Teijeiro (Barcelona, 1960) 305; CLEMENTE DE DIEGO, *El prelegado en el Derecho romano y en*

de esta institución jurídica romana. Los resultados de los estudios llevados a cabo causan dudas y dificultades a quien se acerca al prelegado, ya que en él concurren conceptos de nulidad, caducidad, pugna entre los conceptos de herencia y legado; así como identidad de sujeto activo y pasivo. Estas cuestiones y dificultades serán expuestas en este trabajo.

Dos obras más recientes sobre la materia, una, de Maurizio D'Orta, – *Il legatum per praeceptionem, dal dibattito del giuristi classici alla riforma giustiniana* (Turín, 2004) ⁴ –, y la segunda, de Markus Wimmer, *Das Prälegat* (Viena-Colonia-Weimar, 2004) contribuyen sin duda al conocimiento del prelegado.

El estudio que presento ocupa un espacio propio: la obra de D'Orta se centra, como su propio título indica, en el *legatum per praeceptionem* y la diferente visión que de él tienen las escuelas sabiniana y proculeyana. Aporta, desde luego, datos, fuentes y perspectivas de gran interés para este trabajo. La obra de Wimmer, por su parte, se ocupa principalmente del problema de la nulidad y el *concursum causarum* en la adquisición de la cosa prelegada ⁵.

En el presente trabajo, sin embargo, me ocupo de los orígenes, la institución de la *praeceptio* y sus implicaciones léxicas, del legado *per praeceptionem* y de puntos concretos de Derecho intermedio.

La idea de la propiedad, el señorío sobre una cosa, es tan intuitivo y tan perceptible para todos que puede decirse que va inherente al hombre. El sentimiento de propiedad sin pulir, animal – y vengativo cuando ésta, la propiedad, se arrebató – es patente en los niños de

el Derecho moderno, Madrid, 1927, *passim*; SCUTO, *La teoria del prelegato nel Diritto romano* (Palermo, 1909); PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano* (Milán, 1968) 173 ss., y la recensión de esta obra por KASER, en *ZSS* 100, 1970, 539-544; GROSSO, *I legati nel Diritto Romano* (Turín, 1962) 226 ss.; KLAMI, *Zur römischen Prälegatsterminologie und D. 34, 3, 8, 6 en SDHI* 34, 1968, 249 ss.; MEINCKE, *Zur Anwachsung beim Prälegat*, en *Studien im römischen Recht: Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern* (Berlín, 1973) 95 ss.; IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 11 ed. (Barcelona, 1997) 718 y 719; D'ORTA, *Il legatum per praeceptionem, dal dibattito del giuristi classici alla riforma giustiniana* (Turín, 2004); WIMMER, *Das Prälegat* (Viena-Colonia-Weimar, 2004).

⁴ Así como otra obra del mismo autor, en que se tratan aspectos interesantes para el prelegado, “*Sterilis beneficii conscientia*”. *Dalla “praeceptio” al “legatum per praeceptionem”* (Turín, 2005) sobre todo en 33, 84 y 148.

⁵ Vid. *infra* epígrafe segundo de este mismo capítulo.

corta edad; y a medida que el hombre crece ese sentir aumenta progresivamente y se tecnifica. Por ello, el modo de transferirla importa no sólo al Derecho como algo técnico, social y de orden; sino que para el hombre es tomado como cosa grave⁶.

Acabo de recordar la evidencia de que la familia en Roma era la célula vital, una célula que superaba lo estrictamente doméstico abarcando la sociedad entera, con el *paterfamilias* a la cabeza. La sucesión de ese *paterfamilias* era vital para una sociedad conformada como estaba la romana. De la idea de familia, de patrimonio y de muerte derivan en una cuarta idea, la sucesión. “Roma, pues, y la muerte. Roma y la *successio*. Todo ello procede del amor a la tierra y la fidelidad a la casa paterna que perviven en la estructura mental de los romanos hasta muy avanzada la historia⁷”.

Y es que los bienes – también las deudas – no pueden quedar en terreno de nadie, como parece que quedan las personas al irse del mundo tangible. Acercarse a ellos a través de la búsqueda de benevolencia de los Manes, sobre todo en las Feralia cada 21 de febrero, fecha en que visitaban las tumbas ofreciendo comida y bebida. Ello ilustra más si cabe la importancia de trasladar debidamente el dominio sobre las cosas del causante: aunque no queden superados los con-

⁶ IGLESIAS, *Derecho Romano...* cit., 226 y ss. – hace un recorrido paradigmático de lo que importa a la sociedad romana. Se refiere al *paterfamilias* y su poder político – agnaticio, y cognaticio, si es que hay relaciones de sangre –, y al modo de transferir la propiedad más solemne, es decir, la *mancipatio* y la *in iure cessio*. Matiza Iglesias que la propiedad es básica en la sociedad romana, de manera que los ritos más importantes de transmisión se utilizan, también, para temas familiares – adopción, emancipación, traspaso de la tutela legítima de las mujeres etc. –.

Acerca de la propiedad, sobre todo en sus formas más primigenias, que es lo que aquí procede destacar, entre una ingente bibliografía, BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà*, en *Scritti* II, 1 ss.; SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano* I (Roma, 1928) y II (Roma, 1931); WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic* (Oxford, 1968).

La bibliografía que brinda KASER a quien se acerca a la idea de propiedad es rica. Concretamente, vid. *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht* (Weimar, 1943 – 2º ed. Colonia-Graz 1956), *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, en *ZSS*, 68 (1951) 131 ss.; *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (Munich, 1974) 119 y ss., 400 ss.; *Der römische Eigentumsbegriff*, en *Deutsche Landesreferate zum VI internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg* (Berlín, Tubinga, 1962) 19 ss.; también en *Ausgewählte Schriften*, 2 (Nápoles, 1976) 49 ss.

⁷ CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo: estudio de Derecho sucesorio romano* (Sevilla, 2002) 45.

flictos familiares, el ganado, las tierras, la casa, el dinero, etc. van atribuidos a los herederos.

El heredero – la *heredis institutio*⁸ – es la pieza maestra de un sistema en el que el ordenamiento jurídico dispone la sustitución del sujeto que ha dejado de existir en todas las relaciones que abandona, lo mismo si esas relaciones son activas como si en la herencia no existe nada o sólo deudas.

Tal y como señaló Cicu⁹, la sucesión por causa de muerte responde a un imperativo social de seguridad que exige que las relaciones jurídicas se perpetúen. Dada esta necesidad, en su organización intervienen criterios de política legislativa, por lo que será muy distinta según la relevancia que se dé a factores como el interés familiar, la perpetuación de la propiedad o los intereses sociales.

Dicho lo cual, el juego de herencia y legado puede justificarse desde una óptica iusnaturalista partiendo de los conceptos de propiedad, personalidad, libertad y familia; a lo que podría añadirse el valor moral e incluso “obligacional” que crean los vínculos de sangre, y la legitimidad del deseo de configurar un capital familiar que no esté ceñido necesariamente a la vida del que lo enriquece – o lo devalúa –.

Por todo ello, los argumentos con más asiduidad esgrimidos en contra de la sucesión y a favor, en consecuencia, de gravar fuertemente con impuestos la herencia son los dimanantes de las tesis de Marx y Engels¹⁰.

⁸ Acerca de la *heredis institutio*, entre otros, PAMPALONI, *Studi sull'istituzioni di erede nel diritto romano e odierno*, en *Studi senesi per l'VIII centenario delle Università di Bologna* (Siena, 1888) 1 ss. (*Estratto*); LENEL, *Zur Geschichte der "heredis institutio"*, en *Essais in legal history* (Oxford, 1913), reimp. LABEO 12, 1966, 358 ss.; VISMARA, “*Heredem instituere*” (Milán, 1940); así como *Appunti intorno alla heredis institutio*, en *Scritti di storia giuridica. VI, Le successioni ereditarie* (Milán, 1988) 39-109; VOCI, *Diritto ereditario romano I* (Milán, 1963) 110 ss.

La bibliografía es, de todos modos, muy extensa. Hay un elenco en CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo...* cit., 360 ss.

⁹ CICU, *Derecho de sucesiones*. Parte General. Trad. González Porras (Bologna-Barcelona, 1964) 3.

¹⁰ Al poner en duda la legitimidad de la propiedad privada, consecuentemente, el régimen comunista niega la legitimidad de la herencia. Marx y Engels consideran la herencia como un privilegio protector de la burguesía. Bajo su punto de vista, es la sociedad la única que está legitimada para recibir los bienes de los individuos, a modo de recompensa por los servicios por ella prestados. Efectivamente, en la revolución obrera, y según escriben en el Capítulo II del *Manifiesto*, el proletariado se valdrá

Pensando en que las sucesiones son el modo de transferir la riqueza que ha creado el padre¹¹, éstas se erigen en garantía de normalidad de la vida económica y de la continuidad moral y espiritual de la especie humana a través de la perpetuación de las relaciones jurídicas más allá de los límites de la vida del individuo. Si el propietario no pudiera transmitir sus bienes, su derecho

del Poder para ir despojando paulatinamente a la burguesía de todo el capital, de todos los instrumentos de la producción, centralizándolos en manos del Estado, es decir, del proletariado organizado como clase gobernante, y procurando fomentar por todos los medios y con la mayor rapidez posible las energías productivas. Claro está – prosigue el Manifiesto – que, al principio, esto sólo podrá llevarse a cabo mediante una acción despótica sobre la propiedad y el régimen burgués de producción, por medio de medidas que, aunque de momento parezcan económicamente insuficientes e insostenibles, en el transcurso del movimiento serán un gran resorte propulsor y de las que no puede prescindirse como medio para transformar todo el régimen de producción vigente. Estas medidas no podrán ser las mismas, naturalmente, en todos los países. Para los más progresivos – continúa el Manifiesto – mencionaremos unas cuantas, susceptibles, sin duda, de ser aplicadas con carácter más o menos general, según los casos. 1.a Expropiación de la propiedad inmueble y aplicación de la renta del suelo a los gastos públicos. 2.a Fuerte impuesto progresivo. 3.a *Abolición del derecho de herencia*. 4.a Confiscación de la fortuna de los emigrados y rebeldes. 5.a Centralización del crédito en el Estado por medio de un Banco nacional con capital del Estado y régimen de monopolio. 6.a Nacionalización de los transportes. 7.a Multiplicación de las fábricas nacionales y de los medios de producción, roturación y mejora de terrenos con arreglo a un plan colectivo. 8.a Proclamación del deber general de trabajar; creación de ejércitos industriales, principalmente en el campo. 9.a Articulación de las explotaciones agrícolas e industriales; tendencia a ir borrando gradualmente las diferencias entre el campo y la ciudad. 10.a Educación pública y gratuita de todos los niños. Prohibición del trabajo infantil en las fábricas bajo su forma actual. Régimen combinado de la educación con la producción material, etc.

Tan pronto como – siguen Marx y Engels –, en el transcurso del tiempo, hayan desaparecido las diferencias de clase y toda la producción esté concentrada en manos de la sociedad, el Estado perderá todo carácter político. El Poder político no es, en rigor, más que el poder organizado de una clase para la opresión de la otra. El proletariado se ve forzado a organizarse como clase para luchar contra la burguesía; la revolución le lleva al Poder; mas tan pronto como desde él, como clase gobernante, derribe por la fuerza el régimen vigente de producción, con éste hará desaparecer las condiciones que determinan el antagonismo de clases, las clases mismas, y, por tanto, su propia soberanía como tal clase: cfr. *Karl Marx and Frederick Engels: Selected Works in Two Volumes*, 1 (Moscú, 1969) 104 ss.

¹¹ Ello está analizado por FERNÁNDEZ BARREIRO, *Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, 2005, 239-249.

no pasaría de ser una especie de usufructo con consecuencias imprevisibles ¹².

Justiniano, con una constitución del año 529 ¹³ fusionó los diferentes tipos de legado, dando a todos los legatarios una acción personal y, si fuese menester, una acción *in rem* y una acción hipotecaria. En una constitución del año 531 ¹⁴ equiparó los legados a los fideicomisos ¹⁵.

Las reglas del prelegado no se aplicaron más allá de la época bizantina, ya que Justiniano unificó la diversidad de legados tomando como base el *legatum per vindicationem* y eliminó las complicadas consecuencias del acrecimiento entre colegatarios. Sin embargo, y como veremos ¹⁶, la obra legislativa de Alfonso X, que intenta eliminar el vigor de los derechos propios locales con el fin de substituirlos por un derecho general romanizado, hace revivir la institución del prelegado en Castilla (tanto la Partida quinta – que se refiere a contratos y obligaciones – como la sexta – reguladora de herencias, sucesiones, testamentos y últimas voluntades – son en realidad un extracto o un traslado de la regulación del Digesto y de las constituciones del Código de Justiniano ¹⁷).

¹² Por todo ello, es pertinente traer aquí unos párrafos de BONFANTE, en *Corso di diritto romano*. VI, *Le successioni* (Milán, 1974) 93 ss., en las páginas donde empieza su estudio acerca de la *hereditas*. Recuerda BONFANTE que el concepto de evolución aplicado al Derecho se asomó por primera vez en los albores del siglo XIX, por obra de Savigny. Desgrana cómo la necesidad de la jefatura familiar y de transmisión son tan inherentes al hombre, que Roma va tejiendo, en cada momento con sus implicaciones, lo que es, a la postre, el gran sistema de la sucesión clásica y postclásica.

¹³ C. 6, 43, 1.

¹⁴ C. 6, 43, 2.

¹⁵ Sobre dicha reforma, vid. sobre todo, GROSSO, *I legati...* cit., 129 ss. También ARNDTS, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld...* cit., XXX-XXXII, 36 ss. y 496 ss.; FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il Diritto romano...* cit., 41 ss. y 413 ss.

¹⁶ Cfr. cap. 8.

¹⁷ En opinión del historiador MARTÍNEZ-MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el código de D. Alonso el sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas* (Madrid, 1808) 336 ss.

Se queja el Autor de que “nuestros colectores hubieran contraído mayor mérito, y su obra sería de grande estima, y más digna de alabanza, si evitando las proximidades y otros defectos comunes a las Partidas, y desprendiéndose del excesivo amor a los textos orientales le hubieran abandonado en ciertos casos”.

2. REGULACIÓN EUROPEA

A partir del siglo XVIII comienzan a surgir críticas a la doctrina romana del prelegado. Ello crea una conciencia abolutiva; en la dirección de considerarlo un legado ordinario, que cristaliza por vez primera el Código civil prusiano, al que siguen el austríaco, suizo y griego¹⁸. El *Code* francés se pronuncia expresamente en su artículo 843, diciendo que los legados a favor de heredero se considerarán *extra partem hereditatis*:

“Tout h ritiere, meme bénéficiaire, venat à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu’il a reçu du defunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement; il ne peut retenir les dons à lui faits par le defunt, à moins qu’il ne aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport.

*Les legs faits à un héritier sont réputés faits per préciput et hors part, à moins que le testateur n’ait exprimé la volont  contraire, auquel cas le legataire ne peut réclamer son legs qu’en moins prenant”*¹⁹.

El Código civil italiano de 1942 decide de manera positiva una cuestión que había sido dejada abierta desde el Código civil de 1865 donde, a falta de una específica previsi n normativa, se planteaba el problema de la eficacia de la disposición a título particular, con referencia a la parte de la misma que habría sido a cargo del beneficiario, en paralelo a su condición de heredero. Efectivamente, el artículo 661 del vigente “Codice civile”, bajo el epígrafe de *Prelegato* expresa que el legado a favor de uno de los coherederos y a cargo de toda la herencia se considera como legado por el entero montante:

¹⁸ ROCA-SASTRE, *Estudios de Derecho civil especial de Cataluña*, Bosch (Barcelona, 1983) 622 ss.

¹⁹ [=Todo heredero, incluso el beneficiario, llamado a una herencia, tiene que comunicar a sus coherederos todo lo que ha recibido del difunto, por donación *inter vivos*, directa o indirectamente; no puede retener las donaciones hechas para él por parte del difunto, a menos que le hayan sido hechas expresamente por medio de *praeceptio* y *extra partem*, con dispensa de comunicación.

Los legados hechos a un heredero se reputan hechos por *praeceptio* y *extra partem* a menos que el testador no haya expresado la voluntad contraria; en ese caso, el legatario no puede reclamar sus legados sino tomando lo menor de él].

*“Il legato a favore di uno dei coeredi e a carico di tutta l’eredità si considera come legato per l’intero ammontare”*²⁰.

Por lo tanto, legatario que sea también heredero tiene derecho a obtener en su totalidad las disposiciones a título particular de antemano y, además, su cuota de la herencia que le pertenece a él por vía testamentaria o ab intestato. Es necesario además especificar que para el Derecho italiano existe prelegado en sentido propio sólo cuando la provisión se carga a la herencia (es decir, todos los herederos), mientras que en los demás casos, habrá un legado ordinario²¹.

La regulación que hace el BGB alemán es más prolija que en los demás casos. El principio general se encuentra en su artículo 2150. No hay duda de que en la redacción del mismo, el legislador tuvo en su mente la idea romana de nulidad en la cuota que gravaba al beneficiado; ya que el precepto se limita a tratar esto:

*“(Vorausvermächtnis) Das einem Erben zugewendete Vermächtnis (Vorausvermächtnis) gilt als Vermächtnis auch insoweit, als der Erbe beschwert ist”*²².

Pero, además, en el artículo precedente – 2149 – se hace mención al supuesto de que al heredero legítimo se le distingue con un prelegado:

*“(Vermächtnis an den gesetzlichen Erben) Hat der Erblasser bestimmt, daß dem eingesetzten Erben ein Erbschaftsgegenstand nicht zufallen soll, so gilt der Gegenstand als den gesetzlichen Erben vermacht (...)”*²³.

Asimismo, se regula en los artículos 2110.2, y 2373 el supuesto de que una herencia que cambia de heredero. El primero, es abierto, ya que el legislador no expresa el motivo de esta mutación de sujeto:

²⁰ [=El legado hecho a favor de uno de los coherederos y a cargo de toda la herencia se considera como legado por todo el montante.]

²¹ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice Civile* (Napoli, 1982) 515 ss.

²² [= (Legado de preferencia) El legado atribuido a un heredero (prelegado) vale como legado aun en aquello en que el heredero mismo esté gravado.].

²³ [= (Legado para el heredero legítimo) Si el causante ha determinado que un objeto de la herencia no debe corresponder al heredero instituido, dicho objeto vale como legado al heredero legítimo.].

*“Das Recht des Nacherben erstreckt sich im zweifel nicht auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis”*²⁴.

El segundo describe un caso particular; en concreto, el de compraventa de la herencia:

*“Ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse der Kaufes durch Nacherbfolge oder infolge des Wegfalls eines Miterben anfällt, sowie ein dem Verkäufer zugewendetes Vorausvermächtnis ist im zweifel nicht als mitverkauft anzusehen (...)”*²⁵.

3. DERECHO FORAL DE CATALUÑA

De acuerdo con la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, el régimen jurídico vigente en Cataluña hasta que fue confeccionada la Compilación de su Derecho civil, tenía un sistema de fuentes dispuesto de la siguiente manera: **1º** - Leyes generales posteriores al Código Civil. **2º** - Título Preliminar de éste, con exclusión del artículo 6. **3º** - Disposiciones del título 4º, libro 1º que regulan las formas de matrimonio. **4º** - Leyes especiales promulgadas para Cataluña y generales promulgadas para toda España, posteriores al 16 de enero de 1716 (fecha del Decreto de Nueva Planta). **5º** - Costumbres según ley y fuera de ley relativas a materias reguladas por las fuentes mencionadas. **6º** - Costumbres de toda clase referentes a materias reguladas por las fuentes que siguen. **7º** - Derecho indígena anterior al Decreto de Nueva Planta. **8º** - Derecho canónico. **9º** - Derecho romano. **10º** - Código civil español. **11º** - Principios generales del Derecho.

Sin embargo, por sentencia de 19 de octubre de 1929²⁶ se redefine

²⁴ [=El derecho del heredero sucesivo no se extiende, en la duda, a un prelegado atribuido al heredero previo.].

²⁵ [=Una porción hereditaria que, después de la conclusión de la compraventa, se defiende al vendedor por sucesión sucesiva o a consecuencia del fallo de un coheredero, así como un prelegado atribuido al vendedor, en la duda no ha de entenderse como convenido (...)].

²⁶ Según referencia de BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, Tomo I *Bosch* (Barcelona, 1944) 15 y 16. Sobre la recepción del Derecho romano en Cataluña, R. FERNANDEZ, *El fideicommissum familiae relictum y la cuota legítima, como limitaciones a la disponibilidad del patrimonio familiar, en las fuentes histórico-jurídicas*, RUC 93, 2000, 300 ss.; IGLESIA FERREIRÓS, *¿El primer testimonio de*

la prelación, que queda de la siguiente manera: **1º** - Título preliminar título IV del libro I del Código civil **2º** - Leyes generales posteriores al Decreto de nueva Planta **3º** - *Usatges*, Constituciones, Capítulos o actos de Corte, Pragmáticas, Concordias y Sentencias reales y arbitrales que constituyen la Recopilación del Derecho catalán **4º** - Derecho canónico **5º** - Derecho romano **6º** - Código civil.

Tras el matrimonio de Ramón Berenguer IV con Petronila en 1137, termina la época de disgregación del poder que causaba el feudalismo. En virtud de la situación geográfica catalana y de las buenas relaciones tanto comerciales como políticas que mantenía con Occitania, rápidamente participa del proceso de la Recepción del Derecho romano, que se inicia con la escuela de los glosadores, y lleva a utilizar como cuerpo normativo el *Corpus Iuris Civilis*.

El trabajo que realizaban los glosadores italianos repercute en el desarrollo jurídico catalán, ya que existía la necesidad de dotarse de un ordenamiento. Además, ésto se une a que las universidades de Bolonia y Montpellier comienzan a ser visitadas con frecuencia por estudiantes y docentes catalanes²⁷.

No obstante el esfuerzo de Jaime I en 1251 para conservar el Derecho indígena, y que, a falta de norma aplicable, se acudiese a la razón natural, el Derecho romano se impone, y en 1599 se declara mediante Constitución la aplicabilidad de este conjunto de reglas²⁸.

Borrell y Soler²⁹, en su Tratado de Derecho Civil vigente para Cataluña – en particular sobre prelegado – expone exclusivamente Derecho romano, incluso con alusión al senadoconsulto Neroniano. Es decir, que se puede afirmar que el complicado régimen de aplicación de este instituto jurídico ha tenido vida hasta hace poco. Si bien este

la recepción del Derecho romano en Cataluña, en *RJCA*, 1978, 277 ss.; ORTUÑO, *La institución de heredero en el Derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, *Edisofer* (Madrid, 1999) 147 ss.; IGLESIAS, *Cataluña y el Derecho romano*, así como *En torno al fideicomiso familiar catalán*, en *Estudios, Seminario de Derecho romano* (Madrid, 1985).

²⁷ ORTUÑO, *La institución de heredero en el Derecho sucesorio de Cataluña...* cit., 147 y 148.

²⁸ BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña...* cit., 25. En concreto, regiría el *Corpus Iuris Civilis*.

²⁹ BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña...* cit., Tomo 5, 313 ss.

jurista, así como Roca-Sastre³⁰ comentan que, la mayor parte de las veces, los testadores que decidían disponer un prelegado no terminaban de comprender el mecanismo, y, en la práctica, casi no se aplicó, y, si por casualidad se daban los requisitos, no se conocía que se trataba de tal figura de Derecho sucesorio.

Por ley 40/1991 de 30 de diciembre, el Parlamento de Cataluña aprobó el Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de este territorio. En el preámbulo se dice expresamente que esta modificación del Derecho sucesorio tradicional es realizado para adaptarlo a la realidad social.

En dicho texto legal se sigue previendo la posibilidad de que un heredero sea, a su vez, legatario. Dicha regulación comienza en el artículo 256³¹ que, si bien no se refiere de manera directa al tema que ocupa este trabajo, sí trata dos cuestiones³². La primera, que se sigue manteniendo la dualidad de título de adquisición del prelegado; y, la segunda, su independencia, ya que, aunque los herederos tengan cuotas o porciones desiguales, si el testador no ha señalado otra cosa, y se ha limitado a llamarlos conjuntamente como legatarios, en el legado lo serán por partes iguales.

Sí se ocupa del prelegado el artículo siguiente, el 257³³, en el que se destierra la dualidad de títulos de adquirir un legado del Derecho romano. Es similar al artículo 890 del Código civil, pero con una formulación más rotunda que éste. El favorecido será libre, en virtud

³⁰ MARTÍNEZ-MARINA, *Estudios de Derecho civil especial de Cataluña...* cit., 629.

³¹ Art. 256 CS: “Salvo voluntad contraria del testador, el legado ordenado conjuntamente a favor de diferentes personas les corresponderá por partes iguales, aun si habiendo sido instituidos herederos fueran desiguales sus cuotas hereditarias. El testador podrá dejar al arbitrio de la persona gravada con el legado o de un tercero la determinación de las participaciones de los colegatarios. Esta determinación deberá hacerse en escritura pública, con sujeción a las tres última reglas del artículo 210 y dentro del plazo del artículo 310, transcurrido el cual sin haberse efectuado la determinación se atenderá a lo dispuesto en el primer párrafo del presente artículo. En la duda, se entenderá que el legado a favor de distintas personas es conjuntivo y no alternativo”.

³² Según interpretación de ALBIOL MARÉS, en su *Comentario al Código de Sucesiones de Cataluña* (Barcelona, 1993) 908 ss.

³³ Art. 257 CS: “El coheredero o el heredero único favorecidos con algún legado, lo adquirirá íntegramente a título de legatario y no de heredero, aunque el testador lo haya impuesto determinadamente a cargo de ellos mismos”.

del artículo 268.3³⁴, de adquirir herencia y legado, o de aceptar una cosa y rechazar la otra, o rechazar ambas, ya que, en virtud de los dos artículos precedentes – 256 y 257 – las instituciones son independientes.

Además, aunque no se alude expresamente al término “prelegado”, existen dos preceptos más en la legislación catalana en los que se prevé dicha institución.

Concretamente, los artículos 358³⁵ y 360³⁶, en los que se trata de aquél legitimario que resulte ser, además, por disposición del testador, legatario; así como del régimen al que estarían ceñidos los bienes afectados por la disposición.

4. DERECHO COMÚN. CÓDIGO CIVIL

El Código Civil dedica la Sección décima, Capítulo II, Título III del Libro III a las mandas y legados. En el Derecho positivo, el prelegado se equipara al legado ordinario. En efecto no existe ninguna mención específica al prelegado, pero el artículo 858 se refiere al sujeto gravado con un legado, y dice que podrá ser tanto un heredero como un legatario³⁷.

³⁴ Art. 268.3 CS: “El heredero favorecido con un legado podrá aceptar la herencia y repudiar el legado e inversamente”.

³⁵ “La institución de heredero y el legado a favor de quien resulte ser legitimario implicarán atribución de legítima, aunque no se exprese así, y se imputarán a ella siempre que el causante no disponga otra cosa, aunque el legitimario repudie la herencia o renuncie al legado. El legado dispuesto en concepto de legítima o imputable a ella que no sea legado simple de legítima puede consistir en una suma en metálico, aunque no la haya en la herencia, o en bienes en exclusiva, plena y libre propiedad del causante, salvo que no los haya en aquella, sin contar a este solo objeto los bienes muebles de uso doméstico. Si los bienes no tienen aquella condición, el legitimario puede optar entre aceptar simplemente el legado o renunciarlo y exigir lo que por legítima le corresponda. La legítima también puede legarse en forma simple, utilizando la fórmula “lo que por legítima corresponda” y otras análogas o similares”.

³⁶ “(...)no obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta con la prevención expresa de que si el legitimario no acepta dichas limitaciones o cargas, su derecho se reducirá estrictamente a la legítima(...)”.

³⁷ Art. 858 CC: “El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo a su heredero, sino también a los legatarios. Éstos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado”.

Así como parece que se admite en los artículos 821.2³⁸, 833³⁹ y, sobre todo, en el artículo 890.2⁴⁰.

Actualmente, la doctrina llama prelegado al legado hecho a favor de un heredero o coheredero con precedencia o aparte de su porción hereditaria. Según García-Bernardo Landeta⁴¹ no es necesario que el heredero sea también el sujeto gravado ni en todo ni en parte con el legado. Y ello porque, a su entender, con la concurrencia en el prelegatario de las cualidades de heredero gravado y beneficiario del legado, se produce una serie de anomalías que no tienen cabida en el moderno Derecho civil. En cuanto a la controversia que se planteaba en el Derecho romano, de si el heredero prelegatario podía ser *heres ex asse*, actualmente *heredero universal* o no, Sánchez-Calero⁴² defiende la posibilidad, ya que la invalidez de la institución de heredero no afecta necesariamente al legado; ya que, si se acepta la herencia a beneficio de inventario, puede hacerse efectivo el legado en el período de liquidación. Además, -continúa este Autor- conforme al artículo 1029⁴³ del Código civil, el heredero, en cuanto que es legatario, puede exigir que los acreedores no reclamen contra el prelegado mientras en la herencia puedan quedar bienes suficientes para pagarles.

El prelegado se adquiere con un solo título; es decir, que no se produce la dualidad romana *iure legati* y *iure hereditario*. Ésto se expresa en el artículo 890.2.

Según Albaladejo⁴⁴, los efectos del prelegado actual difieren si exis-

³⁸ art. 821.2 CC: “El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima”.

³⁹ art. 833 CC: “El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar a la herencia y aceptar la mejora”.

⁴⁰ art. 890.2 CC: “El heredero que sea al mismo tiempo legatario podrá renunciar a la herencia y aceptar el legado, o renunciar a éste y aceptar aquella”.

⁴¹ G.B. LANDETA, *Prelegado y adjudicación testamentaria*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VIII, *Consejo General del Notariado* (Madrid, 1988) 226.

⁴² SANCHEZ-CALERO, *Comentario al Código Civil*, I (Madrid, 1991) 2170 ss.

⁴³ Art. 1029 CC: “Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.”.

⁴⁴ ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII (Madrid, 1981), 372 ss.

te un solo heredero o hay varios. En el primer caso, si acepta la herencia y el legado, recibe este último como legatario; y si repudia el legado, éste es absorbido por la herencia y recibe la cosa legada como heredero, esto es, responde *ultra vires* de las cargas que la gravan.

En el caso de que repudie la herencia y acepte el legado, solo responde, como legatario, de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de la cosa legada.

Si, por el contrario, existen varios herederos, habrá que observar si el testador quiere que la cosa forme parte del lote de bienes que se adjudicarán al coheredero o si desea que éste reciba la cosa además de su cuota hereditaria. Éste es el supuesto en que se encontraría el verdadero prelegado.

Si el legado es de cosa genérica o cantidad y no grava a ningún heredero en concreto, todos quedan obligados a su pago en la misma proporción en que son herederos⁴⁵, por lo que el legado será ineficaz en la porción que corresponda pagar al favorecido.

Visto que el concepto de prelegado también existe en el Derecho positivo, cabe preguntarse si, de igual manera, existe la noción de prelegado en el sentido de disposición a favor de alguien – heredero o no – de un bien o complejo de bienes que podría esperar por unas expectativas fundadas en motivos sentimentales, o incluso jurídicos – como podría ser, siguiendo con el ejemplo de *dos praelegata* romana, un montante económico ofrecido por el padre de la esposa al que fuera futuro marido –. A cerca de ésto, García-Bernardo⁴⁶ mantiene que no pueden existir, y para ello se basa en el artículo 885 CC⁴⁷, ya que impide al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada. Además, argumenta la diferencia estructural y orgánica de la antigua familia romana y la moderna, que dificultan este tipo de disposiciones.

Sin embargo, sí que la doctrina detecta⁴⁸ residuos de otros tipos de prelegado no definidos por la condición de heredero del beneficiado.

⁴⁵ Art. 859 CC: “Cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él sólo quedará obligado a su cumplimiento. Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos”.

⁴⁶ *Prelegado y adjudicación testamentaria...* cit., 231 ss.

⁴⁷ Art. 885 CC: “El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.”.

⁴⁸ *Prelegado y adjudicación testamentaria...* cit., 232 ss.

En concreto, aquellos de legado de suma que se debía, en el actual “acto jurídico no negocial de reconocimiento”⁴⁹, en los artículos 2.2⁵⁰; y el art. 20.5.1⁵¹ de la Ley Hipotecaria; así como los artículos 540⁵² y 1647⁵³ del Código Civil.

⁴⁹ Sobre este tema, GARCÍA-BERNARDO, *Formalismo jurídico y documento notarial*, en *RDN* abril-junio 1962, 50 ss.; en que recoge referencias al Derecho romano y al intermedio.

⁵⁰ Art. 2.2 LH: “En los registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.”.

⁵¹ Art. 20.5.1 LH: “Cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante siempre que consten por escrito y firmados por éste.”.

⁵² Art. 540 CC: “La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme.”.

⁵³ Art. 1647 CC: “Cada veintinueve años podrá el dueño directo exigir el reconocimiento de su derecho por el que se encuentre en posesión de la finca enfiteútica. Los gastos del reconocimiento serán de cuenta del enfiteuta, sin que pueda exigírsele ninguna otra prestación por este concepto.”.