

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



LA ATÍPICA REGULACIÓN DEL PRELEGADO EN DERECHO ROMANO Y SU AUSENCIA EN LA REGLAMENTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

María Isabel Martínez Gómez



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© María Isabel Martínez Gómez

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

LA ATÍPICA REGULACIÓN DEL PRELEGADO EN DERECHO ROMANO Y SU AUSENCIA EN LA REGLAMENTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL*

María Isabel Martínez Gómez**

RESUMEN: Se trata de una figura de enorme interés teórico, sobre la cual no abundan las exposiciones en nuestra doctrina. Se inicia un estudio de la institución del prelegado en el Derecho romano con sus peculiaridades y antagonismos con el Derecho moderno. En lo referente a esta etapa, se destaca la ausencia de regulación en nuestro Código Civil, y se propone una nueva redacción al art. 890.2 que eliminara los puntos débiles de que adolece y acogiera de modo expreso la figura del prelegado, admitida en derecho foral, doctrina y jurisprudencia española. El trabajo, cumple con el propósito de ofrecer un estímulo y una modesta aportación a un tema tan complicado como es la materia sucesoria.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano, Derecho civil, sucesión, prelegado.

Dentro de los actos de última voluntad, el prelegado en derecho Romano, es el más sorprendente y peculiar en el que sobresale su marcado carácter antagónico con la concepción, más equilibrada, que de esta figura hace el derecho moderno. En el prelegado está implícita la idea de la preferencia, es una ventaja que se da a un coheredero respecto a los demás, asignándole un bien o derecho que se va a separar, preventivamente del caudal hereditario.

La problemática sobre el prelegado en derecho Romano, se planteaba ya, con relación a su estructura y en su relación con la praeceptio. Son muchas las teorías que han intentado enlazar ambas instituciones, para dar una salida al misterio que rodeaba, ya en ésta época, al prelegado.

No hay un texto en las fuentes romanas que defina al prelegado como el legado dejado al heredero; es cierto que hay escritos en donde el beneficiado con el legado es un heredero [D. 30. 37 pr (Pap. 18 quaest)], pero no obstante, también se pueden encontrar textos en donde, a pesar de no utilizarse el término praelegare, se habla de legado al heredero, e incluso existen otros en los que se usa tal término sin que al legatario se le reconozca la cualidad de heredero, como en el legado de dote [D. 31. 77. 12 (Pap 8 resp.)].

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 1999.

** Doctora en Derecho. Profesora de la Facultad de Estudios Sociales. Universidad Alfonso X el Sabio.

No se puede caer en el error de admitir, como lo han hecho algunos insignes autores como Ferrini¹ o Biondi², un doble significado de la palabra *praelegare* (origen del prelegado), que atribuyen una significación principal, como legado al heredero y otra secundaria, que supondría el legar algún objeto que ya fuese debido al legatario, o estuviere en posesión de él.

A mi juicio, en su primaria estructura, el legado per *praeceptionem*, era un acto de *capere*, es decir, el causante podía atribuir a los herederos cosas concretas, aunque no aparecía como legado; a través de la *praeceptio*, el causante instituía a sus herederos en cosas determinadas, para después imputarlas a su cuota. Con el transcurso del tiempo, se fue reconociendo al heredero la posibilidad de que recibiera un determinado objeto fuera de ella, convirtiéndose en el legado per *praeceptionem*. Mediante la *praeceptio* se favorece la atribución de cosas hereditarias a los coherederos; al principio consistía en un acto de autoridad del coheredero, tomando el objeto antes de la partición, para posteriormente imputarlo en su cuota hereditaria; más tarde se ejercitaba mediante la *actio familiae erciscundae*.

Es de notar, pues, que en un primer momento, el legado per *praeceptionem* no era un legado, sino parte integrante de la cuota. No se podía decir, en rigor que tal adquisición se realizaba a título de legado, ya que a los romanos les repugnaba la idea de que al sucesor universal se le atribuyeran cosas concretas, por eso se acudió al expediente de configurar la *praeceptio* como legado. Si bien es cierto que a la *praeceptio* se le une la cualidad de heredero, no se puede negar que tiene la estructura de un legado, al atribuir una cosa concreta. Una vez que se permite al heredero que reciba una cosa dentro de su cuota, con el tiempo se admite que lo reciba fuera de ella, convirtiéndose en el legado per *praeceptionem*, o atribución hecha a título particular al heredero, conservando de la *praeceptio* todos sus caracteres.

El prelegado romano podía nacer por disposición de última voluntad (testamento o codicilo) o en la sucesión forzosa. Este supuesto era poco frecuente dada la conocida máxima romana de incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada y la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento; no obstante, se daba cuando se disponía un legado a favor de un heredero ab intestato, el testamento se invalida y pierde su

¹ Ferrini, Contardo; *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano*, 1976, pgs. 187 y ss.

² Biondi, Biondo; *Sucesión testamentaria y donación*; 2ª edic. revisada, traducida por M. Fairén, 1960, pgs. 477 y ss.

fuerza, abriéndose la sucesión intestada y tal legado se mantiene porque así lo dispone la cláusula codicilar.

El prelegado romano, es la disposición patrimonial hecha por el causante, cuyo beneficiario es el heredero, a título de legado e independiente de la vocación hereditaria. El prelegatario va a obtener el prelegado, incluso cuando no acepte la herencia; es éste último caso, en el que el beneficiario va a conseguir el prelegado íntegramente, al no existir la causa de invalidez, al no estar gravado con ninguna porción, puesto que el efecto más característico del prelegado romano es su invalidez, en la porción que corresponde pagar al prelegatario en concepto de heredero, aunque sobre esto ya hablaremos...

Es una institución autónoma de la cualidad de heredero, pero debemos dejar bien claro que no todo legado dejado al heredero, recibe la denominación de prelegado. No es un prelegado el legado que un heredero recibe de un coheredero o de un legatario, más bien y según la teoría romana, al no estar el beneficiario gravado con él se le considera como un simple legado. En el prelegado romano, el heredero favorecido, tiene que estar a la vez, gravado con él. El llamado al *universum jus defuncti* va a tener una posición de privilegio entre sus compañeros, los otros coherederos; el causante le ha otorgado una preferencia, con exclusión de los otros sucesores universales. El punto decisivo es que el heredero beneficiario sea también gravado con él.

Una cuestión importante a destacar es la terminante teoría romanista [Bonfante³, Hert⁴] y en nuestra doctrina patria Iglesias⁵, según la cual no cabe el prelegado a favor del heredero *ex asse* (heredero único). Su fundamento es la completa invalidez a que está expuesto este legado, debido a la teoría de la invalidez del prelegado, por la parte en la que es gravado el mismo beneficiario. Si la eficacia del prelegado a favor de un coheredero, se salva por la porción correspondiente a la cuota del otro heredero, en este caso, todo el prelegado viene a menos (Ulp. 24, 22: *Hereditas a semet ipso legari non potest*).

³ Bonfante, Pietro; "Il prelegato e la successione", *SGV*, vol I, *Famiglia e successione*, 1926, pg. 446.

⁴ Bonfante, Pietro; "Il prelegato e la successione", *SGV*, vol I, *Famiglia e successione*, 1926, pg. 446.

⁵ Iglesias, Juan; *Derecho romano, Instituciones de Derecho privado*; 1ª reimpresión de la 9ª ed. , 1986, pgs. 718 y 719.

Un intento romano de salvar el prelegado a favor del heredero ex asse, sería el no aceptar la herencia, pero en tal caso decaería el testamento al no haber institución de heredero. Se me ocurre una situación en la que se podría salvar tal ineficacia dentro del Derecho romano y sería el supuesto en el que, destituido el testamento, el prelegado quede eficaz, debido a la existencia de sustitutos o herederos legitimarios y siempre que el prelegado se disponga a cargo de la herencia. O también el supuesto en el que el testamento pierda su fuerza, se abra la sucesión intestada, pero el prelegado persista porque así lo disponga la cláusula codicilar.

La base para negar eficacia al prelegado a favor del heredero único sería la conexión entre praeceptio y prelegatum, puesto que aquélla exigía la concurrencia de herederos, para uno de los cuales se aparta algo de la masa común. No soy partidaria de negar eficacia al prelegado a favor del heredero ex asse; incluso en las fuentes romanas no faltan textos que reconocen la validez de éste, como D. 30, 104, 6 (Iul. 1 Urs); en él se producen las características propias del prelegado romano, como su invalidez o el derecho de acrecer a favor del colegatario extraño. La eficacia de este prelegado se pone de manifiesto cuando el prelegatario no sea heredero, no acepte la herencia; igual que también lo adquirirá si muere después del dies cedens, pero antes de la aceptación de la herencia. Incluso tiene el requisito indispensable de que el gravamen del prelegado recaea sobre la cuota hereditaria del mismo beneficiado.

En la teoría del prelegado romano es fundamental y a esto ya he hecho alusión anteriormente, la invalidez de la porción que grava la cuota hereditaria del prelegatario, que en el caso de que exista derecho de acrecer, acrecerá a los restantes prelegatarios y en el caso de que no proceda tal derecho, el prelegatario recibirá ésta cuota, no a título de legado, sino a título hereditario, con las correlativas consecuencias en cuanto a deudas, etc...

Tal teoría romana, ha dado lugar a la elaboración de dos posiciones por parte de la doctrina, en relación a la verdadera naturaleza de la invalidez del prelegado. la primera corriente aboga por una ineficacia ab initio de la parte que grava la cuota hereditaria del prelegatario y está representada fundamentalmente por juristas alemanes como Vangerow o Krteschmar; la segunda corriente, a la que me adhiero por considerarla más acorde con la realidad, reconoce la plena validez inicial del prelegado, por más que pueda llegar a perder tal eficacia si concurren determinadas circunstancias, como

luego expondré. Esta tesis está plenamente desarrollada por Ferrini⁶, teniendo el mérito de esclarecer el tema con su admirable exégesis que hizo del párrafo primero, fragmento 75, título I, del libro 31 del Digesto, llegando a alcanzar el mayoritario asentimiento entre los juristas. En mi opinión, la teoría que propugna la invalidez ab initio de la disposición que ordena el legado, es del todo errónea, puesto que no existe fundamento que avale esta tesis en el supuesto de que el prelegatario no acepte la herencia.

No existe tal nulidad inicial, lo que realmente se da es una validez inicial, que sucesivamente se convertirá en nulidad sólo en el caso de que el heredero prelegatario acepte la herencia y respecto de la cuota en la que el prelegatario esté gravado. Desde un punto de vista general, el prelegado es íntegramente válido en todos los casos en que el heredero no llegue a adir la herencia; por ello, si el heredero muere antes de haber aceptado, pero después del dies cedens, según los principios generales, sus herederos no podrán aceptar la herencia, pero el prelegado será válido y se transmitirá a los herederos íntegramente (la porción de prelegado que haya caducado por la cualidad de heredero del prelegatario, no forma parte del derecho hereditario que pasa al sustituto).

Esta plena validez inicial del prelegado romano tiene la excepción, claro está, de los herederos necessarii, en donde al transmitirse la herencia ipso iure, el prelegado es inicialmente nulo, a no ser que el instituido ejerza su *beneficium abstinendi*.

Con el dies cedens, el prelegatario no va a adquirir, de un modo definitivo, el prelegado; el dies cedens es una delatio, una atribución del derecho al legado en abstracto. La adquisición definitiva no se ha producido, dado que la relación jurídica no se ha constituido de modo completo. Antes de que el prelegatario adquiera la herencia, no existe razón para la ineficacia del prelegado, así como tampoco podemos decir que el prelegado sea válidamente adquirido, puesto que todavía no hay una relación susceptible de ser ejercitada. Es después del dies veniens cuando el prelegado deviene inválido en la parte que recae sobre su cuota, si acepta la herencia, o válido plenamente cuando decide no adir la herencia.

No resulta fácil encontrar la razón por la que, en Derecho romano, se invalida parcialmente el prelegado; creo que la más aceptable sería la consistente en estimar que el heredero, por la parte de prelegado relativa a su cuota, no es un legatario, ya que debido a la máxima heredi a semet ipso legari non potest, el legado se excluye por los propios principios jurídicos.

⁶ Ferrini, C.; op. cit., pg. 204 y ss.

La imposibilidad, causa de nulidad del prelegado, se encuentra, probablemente, en el presupuesto fundamental del legado romano, es decir, la relación jurídica (distinta, según que el legado sea de eficacia real u obligacional) entre el heredero gravado y el legatario. No obstante, es muy difícil encontrar una justificación exacta que explique por qué los romanos consideraban inválida la parte que grava al heredero.

Sobre ésto se han elaborado muchas teorías [Biondi⁷, Scuto⁸...] que no logran encontrar una base sólida suficiente. Probablemente sea la naturaleza de la hereditas, abismalmente diferente a la herencia moderna; para aquella, la figura del prelegado depende en todo momento de la herencia. La herencia romana no transmite el patrimonio, sino que confiere un título personal; para el sistema romano, el legado es una sustracción hecha al heredero; es una disposición patrimonial hecha por el causante, que en el supuesto del prelegado y por necesidad jurídica, actúa de un modo contrario a la verdadera voluntad del causante (el difunto tiene la intención de dejar al heredero un bien o derecho, por otro título íntegramente y fuera de su asignación de heredero).

Son aplicables al prelegado todas las normas relativas a los legados, con lo cual, están sujetos a la reducción que se opera en virtud de la Lex Falcidia. Se debe salvar la Falcidia, vigente en Derecho romano, con lo que a veces, debe ser precisa la reducción, para que a cada coheredero le quede libre su "cuarta" específica. El prelegado no debe ser imputado en la "cuarta", pero hay que tener en cuenta que una parte del prelegado, concretamente la que grava la cuota del beneficiado, que es causa de invalidez, la recibe iure hereditario; esta parte sí va a poder imputarse en la "cuarta"; sólo lo que el heredero recibe legatorum nomine es lo que podrá reducirse.

En lo referente a la responsabilidad del prelegatario por deudas hereditarias (no olvidemos su doble cualidad de heredero y legatario); al ser sucesor universal, su responsabilidad es ultra vires hereditatis, excepción hecha del beneficio de inventario, que no aparece hasta la época justiniana. La cuota de prelegado que el prelegatario adquiere a título hereditario (la cuota en la que él está gravado), sí está sujeta a responsabilidad por deudas, si ésta cuota es suficiente para pagar a los acreedores, la otra parte del prelegado que recibe iure legati (la parte en la que están gravados los demás

⁷ Biondi, B.; op. cit., pg. 483 y ss.

⁸ Scuto, C.; op. cit., pg. 107 y ss.

coherederos no prelegatarios), permanecerá intacta y libre, aunque siempre está expuesto a perder esta parte del prelegado, por su responsabilidad ultra vires.

Al ser independiente el prelegado de la vocación hereditaria, si en el prelegatario falta, por cualquier razón, la condición jurídica de heredero, por ejemplo porque no acepta la herencia, no existe ningún obstáculo que se interponga para la plena validez del prelegado; la causa de invalidez habría sido eliminada.

La teoría romana del prelegado, con la invalidez de la parte que el prelegatario recibe a título hereditario, da motivos para recurrir a la doctrina del derecho de acrecer. Prelegado un mismo objeto a varios coherederos sin especial designación de partes, cada prelegatario va a dejar vacante aquella porción de prelegado que recae sobre su cuota hereditaria y que no puede adquirir, basándose en la regla heredi a semet ipso legari non potest. Cada prelegatario adquirirá iure legati aquellas porciones que provengan de los coherederos gravados y iure hereditario la porción de su propia cuota hereditaria, que va a ser la que acrecerá a favor de los coherederos prelegatarios.

A mi juicio, los resultados a que se puede llegar en *Derecho romano* son los siguientes:

- 1) Si el destinatario del prelegado es un heredero único, instituido conjuntamente con un extraño, el heredero prelegatario perderá su derecho al bien legado, que corresponderá íntegramente al extraño; curioso supuesto en donde la exactitud jurídica es plenamente contraria a la voluntad del causante.
- 2) Si los beneficiados con el prelegado son uno de los coherederos y varios extraños conjuntamente, el heredero prelegatario, sólo adquirirá la parte que reciba de los coherederos no prelegatarios (iure legati) y la parte que recae sobre su cuota acrecerá a los legatarios extraños.
- 3) En el caso de que se ordene un prelegado conjunto a favor de todos los herederos instituidos en cuotas iguales o diferentes, el coheredero prelegatario obtendrá una parte en el prelegado iure legati de modo directo y otra, también a título de legado indirectamente, es decir, por derecho de acrecer.
- 4) Cuando el beneficiado sea uno sólo de los coherederos, no existe el derecho de acrecer, con lo que la parte que reciba de los

coherederos gravados será iure legati y la que reciba de su propia cuota la recibirá iure hereditario.

- 5) Si se ordena un prelegado por cuotas, a favor de varios coherederos instituidos en partes iguales o diferentes, no habrá derecho de acrecer y el coheredero prelegatario adquirirá una parte de su prelegado iure legati y la otra iure hereditario.
- 6) El heredero único favorecido con un prelegado, adquirirá el objeto, pero tal adquisición se producirá totalmente iure hereditario.

Si se dispone un prelegado a favor de varios coherederos instituidos en partes iguales, con derecho de acrecer, no habrá problema alguno, porque el prelegado se distribuirá en partes iguales y el resultado final será que cada prelegatario tendrá la misma porción de prelegado iure legati, debido a la igual distribución en las cuotas hereditarias hecha por el causante. Si bien parte de la cuota la adquiere a título de legado directamente y parte a título de legado indirectamente, por derecho de acrecer.

Los problemas y las desigualdades de la institución romana del derecho de acrecer en el prelegado se originarán cuando sean dos herederos instituidos en cuotas desiguales; el resultado es peculiar: el sucesor universal que ha sido instituido en una porción mayor de herencia, recibirá menos cuota de prelegado y viceversa, el heredero que haya sido instituido en una cuota menor, será el que más prelegado reciba [D. 30, 34, 12 (Ulp. 21Sab)].

Es a partir del siglo XVIII cuando se empieza a criticar de un modo constante la doctrina del prelegado romano, no faltan autores que la califican de "hipersutil y no natural", unos deploran la labor de los jurisconsultos romanos y compiladores justinianos que no supieron cancelar semejante construcción jurídica; otros la califican de dogma falso e irracional, fruto de una infiltración del sentido jurídico oriental y de un exagerado escolasticismo.

La consecuencia de todo esto es que en el Derecho moderno y en contra de todo lo establecido en Derecho romano, el prelegado es válido íntegramente, perdiendo todas las peculiaridades que tenía anteriormente y adquiriendo las características propias del legado. Una de las teorías que justifican la inadmisibilidad del prelegado romano, es la naturaleza de su hereditas, abismalmente diferente a la herencia moderna; hoy en día, herencia y legado son dos figuras paralelas, no tiene sentido, a diferencia de lo que ocurre con otras figuras jurídicas, la configuración romana del prelegado. Lo que sí va a subsistir en el prelegado moderno es su

característica esencial, es a cargo de toda la herencia, gravando incluso al beneficiado, el prelegatario; no es aceptable, a mi entender, la tesis de Messineo⁹ según la cual lo característico es la persona del gravado (debe ser un llamado a la herencia a título universal) resultando un punto secundario que el gravamen recaiga sobre toda la herencia o afecte a alguno de los coherederos.

Son numerosos los autores partidarios de la distinción entre prelegado en sentido propio y el anómalo (sería el aludido anteriormente), Pfeiffer o Buchholtz¹⁰ en la doctrina alemana o incluso en nuestra patria Roca Sastre¹¹, Puig Brutau¹² o Díaz Cruz¹³. Así como tampoco es exacto entender, que lo esencial en la figura del prelegado está en la reunión en la misma persona de las dos cualidades de heredero y legatario, siendo indiferente que el gravamen recaiga sobre la herencia o sobre algún coheredero.

El prelegado hoy, se adquiere íntegramente iure legati, eliminándose la tesis romana de la nulidad de la porción de prelegado que recae sobre la cuota hereditaria del prelegatario. Participa de todos los efectos del legado, la única diferencia con él está en la persona que se beneficia, que debe ser, en el prelegado un heredero, importando poco que sea legítimo o extraño. Esto no sólo lo ha reconocido la doctrina, sino también la jurisprudencia de un modo reiterado, excepción hecha de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 1934, que mantiene un criterio distinto: "... pero en tales alegaciones olvida la recurrente que en la cláusula octava de su testamento, don J. G. dispone no lega a favor de su esposa e hijas y con referencia a conceptos de rentas y usufructo vidual, que no agotan la sustancia económica de las fincas en cuestión y que aún en la hipótesis de que quisiera legar, su voluntad quedaría en cierto modo mediatizada por las facultades que a los albaceas confieren la necesidad de distribuir la plena propiedad de las cosas, la primacía de los deudores sobre la herencia, lo incondicionable

⁹ Messineo, Francesco; *Manual de Derecho civil y comercial*, Tomo VII, "Derecho de las sucesiones por causa de muerte. Principios de Derecho privado internacional"; 1971; traducido por S. Sentís Melendo, pg. 440.

¹⁰ Citados por Clemente de Diego, F.; *El prelegado en el Derecho romano y en el Derecho Moderno*; 1927; pg. 43.

¹¹ Roca Sastre, Ramón M^a; *Estudios sobre sucesiones*, tomo II, "La supresión de la regulación romana del prelegat"; 1981, pg. 249 y 250.

¹² Puig Brutau, José; *Fundamentos de Derecho Civil*; tomo V, vol. II, "El testamento. Su otorgamiento y contenido"; 1954, pgs. 366 y 367.

¹³ Díaz Cruz, Mario; *Los legados*; 1951, pg. 503.

de los derechos legítimos de la viuday, en fin, "la ambigua naturaleza del prelegado que no puede ser equiparada al legado puro y simple. "

Adentrándonos ya de manera específica en nuestra legislación, el Código civil no contempla la figura del prelegado, siendo la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de elaborar una regulación. Nuestro Código, al igual que su homólogo el Código Civil italiano de 1865, guarda silencio en lo que a la regulación del prelegado se refiere; ni lo plantea ni siquiera lo define, aunque es evidente su admisibilidad a la vista del art. 890. 2 CC: "El heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar éste y aceptar aquélla". (precepto de idéntica redacción que el art. 875. 2 del Proyecto de 1882).

De la interpretación de este precepto se llega a la conclusión de lo que ya es un principio en materia de sucesiones, es decir, la independencia y compatibilidad de dos instituciones, herencia y legado; permite la coincidencia en una persona, de las dos cualidades, heredero y legatario, ya que la aceptación o renuncia se pueden producir independientemente; cuando respecto al legatario se produce esta coincidencia, es porque tanto el causante como el beneficiado tienen un interés especial en distinguir y separar ambas cualidades. La base de este art. 890. 2 CC fundamenta la posibilidad de que el heredero además y aparte de su herencia, reciba un legado, a cargo de su cuota hereditaria, en donde va a ser punto característico y primordial que el beneficiado, dada su condición de sucesor universal, resulte gravado con el legado y además beneficiado con él, recibiendo todo el prelegado a título de legado.

El llamado podrá aceptar el legado y repudiar la herencia o viceversa, como se pone de relieve en el art. 890. 2 CC; pero lo que no aclara es si el beneficiado puede aceptar ambas instituciones a la vez. Esto no se resuelve en este precepto del CC, al que, por ello, se puede calificar de incompleto, ya que ni se plantea tal cuestión. No obstante, la posibilidad de que en nuestro sistema sucesorio se pueda ser a la vez, legatario y heredero es patente (cfr. art. 821 CC), al ser dos tipos de adquisiciones autónomas y al considerar a ambos como sucesores, sin que sea necesario en el CC que frente al legatario exista un heredero.

Si bien de los términos del art. 890. 2 CC no se desprende expresamente la posibilidad de que una persona sea a la vez heredera y legataria, tampoco parece aceptable una interpretación del mismo en el sentido de que se deba optar por uno de los dos modos de adquirir, sino que da a entender la libertad en que se deja al sucesor universal, que al mismo tiempo es legatario, para aceptar una u otra posibilidad jurídica. Del espíritu del

precepto, se puede sacar la conclusión de que no se tiene que optar forzosamente por uno de los dos modos de adquirir; dada la mente de nuestro legislador, aún contemplándose al llamado, hay que deducir que se acepta al sucesor.

Pero sería preferible que para llegar a esta conclusión, no hubiera que acudir a un esfuerzo de interpretación, sino que se pudiera obtener directamente del tenor literal del propio art. 890. 2 CC, con una nueva redacción, que podría ser: "el legado hecho a favor de un heredero y a cargo de la herencia, tendrá la consideración de legado por todo su importe".

Sería oportuna una norma que de modo expreso recogiera la figura del prelegado, como así hacen el art. 257 del Código de Sucesiones catalán y de forma sucinta en la legislación balear (art. 15) y la navarra (ley 216).

El prelegatario podrá reclamar su prelegado a los coherederos, incluso antes de que se proceda a la partición hereditaria. Si el prelegado tiene eficacia obligatoria (como por ejemplo si el objeto es una cosa ajena), el beneficiado podrá reclamar a los coherederos antes de la partición, el total objeto, ya que todo él lo recibe iure legati, teniendo en cuenta que el beneficiado debe contribuir a la prestación del prelegado en proporción a su cuota hereditaria. Si el prelegado tiene eficacia real (por ejemplo si recae sobre cosa cierta y determinada), el prelegatario adquiere recta vía la propiedad de la cosa legada, debiendo sólo reclamar a los coherederos la posesión de sus cuotas participativas en el prelegado.

Art. 833 CC "El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora".

Este precepto es una aplicación del contenido del art. 890. 2. ¿Cuál es el supuesto que se recoge en éste artículo? El legitimario es llamado a su legítima estricta a título de herencia y a la mejora a título de legado (o viceversa, si interpretamos adecuadamente el artículo). Hay también una doble delación y como consecuencia de ella, una divisibilidad de aceptaciones, situación que no sería posible si el legitimario hubiese sido llamado a la legítima amplia a título de heredero (no cabe la aceptación pro parte de la herencia, art. 990 CC)

No son solamente éstos artículos los que admiten la concurrencia en una misma persona del carácter de heredero y legatario, sino que ello también se desprende del art. 821. 2 CC: "Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará éste 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 la legítima, podrá retener toda la finca, con tal de que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Este supuesto se refiere al caso del prelegatario que recibe como manda una finca que no admite cómoda división, en este caso, el legatario-legitimario se queda con la finca si el valor de éste no supera lo que le corresponde por legítima, más la cuota disponible. En el caso de que la supere, puede quedarse con el inmueble si retribuye en dinero a la herencia el exceso de valor recibido; es razonable pensar que siempre será menor la cantidad que el prelegatario deba abonar a la herencia, que la que ésta tenga que abonar al prelegatario, al concurrir en él la doble cualidad de heredero y legatario.

El art. 821. 2 CC debe interpretarse, como se puede comprobar, conjuntamente con el primer párrafo, no siendo necesario que al prelegatario le sea atribuida la mayor parte de la finca para que pueda ejercitar de un modo preferente la opción a quedarse con ella, abonando el exceso en dinero. Tampoco hay obstáculo para extender su aplicación a otros bienes que sean indivisibles o que no admitan una cómoda división que implicaría su menoscabo.

Si la finca legada excede de la parte disponible, el exceso se ha de imputar a la legítima del prelegatario; si también excede de la legítima, éste pagará el exceso en dinero; lo que no se admite, lógicamente, es la retención sin compensación. La legítima a que se refiere el art. 821. 2 es la legítima larga; el cómputo debe realizarse imputando primero el legado a la parte libre, después a la legítima y por último a la mejora, a tenor de lo dispuesto en el art. 828 CC.

El prelegado es una disposición testamentaria que recibe el heredero aparte de su cuota hereditaria; por lo tanto, si el legado entra dentro de los bienes que se adjudican al heredero en pago de su legítima, no se le puede considerar como prelegado, ya que sólo tendrá tal consideración el bien o derecho que reciba el sucesor universal aparte de su cuota hereditaria y a título de legado. Recordemos que el art. 815 CC, permite atribuir la legítima por cualquier título, con lo que, si la voluntad del testador era que la cosa o derecho formase parte de su porción hereditaria, será una atribución de legítima a título de legado, pero no un prelegado, porque no lo recibe además de su cuota hereditaria, sino *intra partem hereditatis*.

Si los gravados con el prelegado, ven afectada su legítima por él, se producirá una reducción del prelegado, porque en virtud del art. 813. 2 CC,

sobre la legítima no se puede imponer gravamen ni condición alguna¹⁴. En el caso de un heredero único que reciba un prelegado, que a su vez grave la legítima parcialmente, sólo será prelegado la porción de bienes que exceda de la legítima, por analogía con el caso anterior.

Al ser herencia y legado dos instituciones compatibles e independientes, cabe la posibilidad de que el heredero prelegatario acepte sólo el legado, en el caso de que la herencia tuviera demasiadas cargas, o aceptar ésta y renunciar al legado en el supuesto de existencia de gravámenes en él. Este art. 890. 2 CC, da un tratamiento que se aparta de lo establecido en los arts. 889. 1 y 890. 1 CC. El art. 889. 1 CC admite la aceptación o renuncia pro parte de un legado, siempre que sea divisible y siempre que sea o enteramente oneroso o enteramente gratuito.

Art. 889. 1 CC: "El legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuera onerosa".

El art. 890. 1 CC admite una aceptación o repudiación independiente, de dos o más legados dejados a una misma persona, como en el caso anterior, pero también aquí se señala un límite: si uno es oneroso y el otro gratuito no podrá aceptar éste y repudiar aquél, a no ser que el difunto ordene lo contrario. El fundamento de esto se encuentra en el Principio General del Derecho, de evitar el enriquecimiento injusto; la idea es que el legatario no se lucre rechazando el gravamen impuesto.

Pues bien, éstos límites enunciados, no los recoge el art. 890. 2 CC, en donde se proclama la aceptación o repudiación libres y sin distinciones, de la herencia y el legado, a no ser otra la voluntad del causante.

Cuando el testador ordena un prelegado, está clara su intención de beneficiar; el poder aceptar, el heredero prelegatario ambas instituciones, le supone el sustraer el bien legado al poder de los acreedores, a no ser que no queden en la herencia bienes suficientes para pagar las deudas; con esto se produce una separación de bienes que recibe el heredero prelegatario en lo que a deudas hereditarias se refiere.

Art. 1029 CC: "Si después de pagados los legados aparecieran otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles".

Si el activo hereditario no basta para pagar todos los legados y la herencia es aceptada a beneficio de inventario, el prelegatario concurrirá co

¹⁴ En la reducción se observará lo dispuesto en el art. 820. 1 CC si el prelegado lesiona las legítimas y el art. 887 CC en el supuesto de que no las lesione pero no existan bienes para cubrir todos los legados.

legatarios extraños (si los hubiera) y el prelegado se calcularía íntegramente en la reducción proporcional a que se sujeten los legados.

Es en la partición hereditaria en donde se va a detraer de la cuota hereditaria del prelegatario la parte en que él mismo ha sido gravado, aunque puede hacer valer su derecho antes de la partición, pero si lo hace valer cuando se procede a ella podrá exigir de los coherederos que de la masa hereditaria se detraiga el objeto prelegado, si se encuentra en el patrimonio hereditario, o que se extraiga de la masa lo necesario para que pueda realizarse la prestación total, en caso de que no se encuentre el objeto prelegado en el patrimonio hereditario.

El prelegatario puede verse obligado a colacionar el prelegado. La regla general establece que la colación se limita a los bienes que el heredero a recibido en vida del causante, por actos de liberalidad; el art. 1037 CC se aparta de tal regla y admite la posibilidad de traer a colación la cosa prelegada si el causante así lo dispone, o si no quedan a salvo las legítimas.

Art. 1037 CC: "No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas".

Este precepto supone una agregación de determinados bienes dejados por el causante en testamento a ciertos coherederos, en el supuesto de que concurren con otros coherederos. No obstante, afirmo (creo que con todo fundamento), que carece de base lógica tal colación, puesto que al ser el prelegado una liberalidad testamentaria dejada al heredero, es patente que la intención del difunto es que no se colacione a la masa partible, sino que lo que desea y pretende al disponer el prelegado, es que lo reciba aparte de su cuota hereditaria, otorgándole un privilegio con respecto a los otros coherederos, no siendo acertado el texto del art. 1037 CC: "No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario...". Si el causante se preocupa de otorgar un prelegado al heredero, resulta absurdo que luego lo sujete a colación.

El prelegatario no podrá ocupar por su propia autoridad la cosa prelegada (art. 885 CC), sino que debe pedir la entrega y posesión al heredero o albacea expresamente autorizado. El Código civil no ha contemplado expresamente (sin que tampoco la haya excluido) la posibilidad de una autorización del testador para que pueda el legatario, por acto propio, tomar posesión de la cosa legada. El Reglamento Hipotecario admite incidentalmente aquella posibilidad (al regular la práctica de la inscripción de inmuebles legados específicamente), estableciendo en su art. 81 que la inscripción se practicará en virtud de escritura de manifestación de legado

otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada (art. 81, apartado a).

Parece que no hay razón para admitir la posibilidad de la autorización del testador si se trata de legado de cosa mueble, por una argumentación basada en la analogía, por más de que en tal caso no proceda una inscripción.

A pesar de que el Reglamento Hipotecario no recoge de modo expreso el supuesto del prelegado, creo y así lo pone de manifiesto la doctrina, que al coincidir en el beneficiado la cualidad de heredero y prelegatario y al ostentar por el primer título la "posesión civilísima" de los bienes hereditarios, no es necesario que se le entreguen los bienes prelegados en el caso de que tenga ya la posesión de los mismos, con tal de que no existan los obstáculos antes mencionado; así como tampoco si es un heredero único.

El prelegatario puede pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad (art. 42. 7 LH), ya que existe un periodo transitorio, desde la muerte del testador, en donde si bien es cierto que el derecho al legado existe, no puede reclamarse inmediatamente su efectividad, así, , , en las zonas forales el tiempo de confección de inventario a efectos de la detracción de la cuarta falcidia, durante la formación del inventario y el término para deliberar. . Por tanto, hasta que no llegue el momento de la exigibilidad del prelegado, es justo arbitrar medios para evitar que el heredero pueda frustrar los intereses del prelegatario.

La responsabilidad del prelegatario por deudas de la herencia será siempre *intra vires* y *pro viribus*, a tenor del art. 858. 2 CC .

Finalmente, debe considerarse al prelegado como un propio legado, participando de todas sus características, aunque sea, ciertamente, un supuesto de escasa frecuencia.