

Institución de heredero en el remanente, imputación de prelegados y mejora de los nietos no legitimarios

Comentario a la Sentencia del TS de 28 septiembre de 2005 (RJ 2005, 7154)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

SUCESION HEREDITARIA: LEGITIMA: naturaleza: no constituye una «pars reservata bonorum»: sistema de «reglamentación negativa»: libertad para la atribución del contenido patrimonial de la legítima por actos «inter vivos» y «mortis causa»: cálculo de la legítima adicionando al valor del «relictum» el del «donatum»: carece de derecho a reclamarla el legitimario que la hubiera recibido íntegramente por herencia, legado o donación; intangibilidad de la legítima: límite al poder dispositivo del causante por actos «inter vivos» y «mortis causa»: acciones en defensa cuantitativa de la misma: acciones de complemento, de reducción de legados excesivos y de donaciones inoficiosas; MEJORA: posibilidad de mejorar al nieto viviendo el hijo legitimario: antecedentes históricos de su reconocimiento; TESTAMENTO: interpretación: función del Juzgador de instancia: impugnación en casación: revisabilidad de la interpretación efectuada en la instancia en beneficio de la lógica y del respeto a la propia ley; PARTICION: cuaderno particional del contador-partidor dirimente: impugnación en juicio ordinario: procedencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Los antecedentes de hecho reproducidos por la Sentencia no son todo lo claros que sería de desear, ni siquiera añadiendo a los hechos consignados como tales por la Sentencia, todos los demás que se relacionan en el primer Fundamento de Derecho. En cualquier caso, para evitar el riesgo de una interpretación sesgada por nuestra parte, reproducimos íntegramente todos los que han sido publicados.

El TS declara haber lugar al recurso directo interpuesto, casa y anula la Sentencia dictada el 16-01-1999 por el Juzgado de Primera Instancia núm 1 de Córdoba y, estimando la demanda interpuesta por los recurrentes, rectifica el cuaderno particional a que se refiere el suplico de dicha demanda en el sentido de: a) eliminar de cada uno de los lotes correspondientes a doña Andrea, don Clemente y don Imanol el valor de 2.551.781 ptas., que se les reconoce para ser satisfecho en concepto de legítima estricta, con bienes en nuda propiedad, b) distribuir dichos valores entre los herederos instituidos «en el remanente de la herencia», en la forma que en el testamento se expresa, con respeto de las legítimas y d) modificar consecuentemente los porcentajes de la participación de dichos herederos en el referido remanente de la herencia y los totales resultantes, para ajustarlos a las rectificaciones señaladas.

PRIMERO.—Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Córdoba, D. Serafín, D^a Carina, D^a Fátima y D^a Andrea (esta última menor de edad representada por su madre D^a Constanza), promovieron demanda de menor cuantía en oposición parcial al cuaderno particional presentado en su día en los autos de Juicio Voluntario de Testamentaría número 835/1995, seguido en el referido Juzgado. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: «se dicte sentencia por la que, estimándola: 1.—Se acuerde la rectificación

parcial del cuaderno particional presentado por el Contador Partidor Dirimente Don Ricardo, haciendo en ella las modificaciones solicitadas, que son las especificadas en el hecho cuarto de esta demanda y, en particular, las siguientes: Rectificar el apartado IX (Haberes y Adjudicaciones) en el sentido siguiente: a.-Se mantienen intactos los haberes de la Sra. viuda D^a Rebeca y D. Benito. b.-En cuanto a los restantes haberes (D^a Andrea, D. Clemente y D. Imanol, Hnos. Luis Carlos Alfredo Regina Ángela y Hnos. Fátima Serafín Carina Estefanía), se practicarán las siguientes rectificaciones: a'.-En los haberes de D^a Andrea, D. Clemente y D. Imanol se eliminará la atribución que se les hace de 2.550.781 ptas. "por su legítima estricta, en nuda propiedad", pasando dicha cantidad a distribuirse entre los cinco "instituidos en el remanente" a partes iguales: de manera que cada uno de ellos (D^a Andrea, D. Clemente y D. Imanol, Hnos. Ángela Luis Carlos Alfredo Regina y Hnos. Serafín Carina Estefanía Fátima) recibirá 1.-por su legado, lo que le haya correspondido, y 2.-por su cuota hereditaria, la cantidad de 3.096.161 ptas. b'.-Se mantendrá la adjudicación de los bienes señalados en los números 1, 7, 8, 9 y 10 del inventario para cubrir la cuota hereditaria de los cinco instituidos pero modificando los porcentajes que se les habían atribuido, de manera que a cada uno corresponderá una participación indivisa del 17,5355 por ciento en la mitad indivisa de tales fincas con un valor de 3.096.196 ptas. c'.-Se modificarán los totales resultantes para ajustarlos a las rectificaciones mencionadas. 2. Se apruebe definitivamente dicha participación rectificada adjudicándose los bienes de conformidad con ella. 3.-Se condene a los demandados D^a Andrea, D. Clemente, D Benito y D. Imanol; D^a Regina, D^a Ángela, D. Alfredo y D. Luis Carlos y la Sra. Viuda del Causante D^a Rebeca, a estar y pasar por dicha rectificación y aprobación que se solicita, quedando con lo que les correspondiese en ella. 4.-Se condene al Contador Partidor Dirimente Don Ricardo a estar y pasar por las rectificaciones solicitadas».

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, la representación de D. Benito se personó en los autos a los solos efectos de manifestar su expreso acatamiento a la decisión que adopte el Juzgado respecto de la cuestión sometida a debate, suplicando: "... se dicte en su día Sentencia que en derecho proceda respecto de la cuestión litigiosa sometida a debate, rogando sean tenidas en cuenta en dicha resolución las expresadas manifestaciones de esta parte, sin imposición de costas a la misma».

La representación de D. Imanol, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... se dicte en su día Sentencia en la que desestimándola confirme la partición hecha por el Letrado don Ricardo, que fue designado contador dirimente, e imponga a los demandantes las costas de este proceso».

D. Ricardo, Abogado, Contador-Partidor Dirimente, en su propio nombre y derecho, presentó escrito contestando la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, suplicó: «... se dicte sentencia en que, desestimando la pretensión de los actores, declare ajustado a derecho el cuaderno particional confeccionado por el Letrado que suscribe, en su condición de Contador-Partidor Dirimente designado por los herederos de D. Ismael, y condene a los demandantes a estar y pasar por tal declaración y al pago de las costas de esta litis».

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 16 de enero de 1999 y con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: que desestimando íntegramente la demanda inicial de estos autos, deducida por la Procuradora Sra. Guerrero Molina en nombre y representación de D. Serafín, Dña. Carina, Dña. Fátima y Dña. Estefanía, contra Dña. Andrea y D. Imanol, Dña. Rebeca, D. Serafín y Dña. Regina, Dña. Ángela, D. Alfredo y D. Luis Carlos, representados por la Procuradora Sra. Novales Durán; D. Clemente, representado por el Procurador Sr. Giménez Guerrero; D. Benito, representado por la Procuradora Sra. González Santacruz; y D. Ricardo, en su calidad de contador-partidor dirimente, debo declarar y declaro no haber lugar a realizar modificación alguna en las operaciones particionales realizadas por dicho contador-partidor dirimente. Condenando a los demandantes a estar y pasar por esta declaración y al pago de las costas».

SEGUNDO.-D^a Carina y D^a Fátima, representadas por el Procurador de los Tribunales D. Alvaro Goñi Giménez, formalizó recurso de casación contra la Sentencia dictada con fecha 16 de enero de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Córdoba, con fundamento en los siguientes motivos:

I.-Con fundamento en el número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 808 en relación con el 823 del Código Civil.

II.-Con fundamento en el número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida de los artículos 1038 y 1047 del Código Civil.

III.—Con fundamento en el número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 675 del Código Civil relativo a la interpretación de los testamentos, así como la jurisprudencia reiterada de esta Sala. Sentencias de 1 de febrero de 1988 (RJ 1988, 581) y 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7461), entre otras.

VI.—Con fundamento en el número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 765 del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Los demandantes, sucesores mortis causa de su abuelo paterno, como herederos y, además, legatarios de cosa cierta, mostraron su disconformidad con las operaciones de división del caudal relicto y adjudicación de bienes a los coherederos y legatarios que eran, a diferencia de ellos, legitimarios, efectuadas por el contador partidario dirimente en un juicio voluntario de testamentaria, con lo que provocaron (artículo 1.688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) el juicio ordinario en que el Juzgado de Primera Instancia pronunció la sentencia desestimatoria de su demanda, recurrida directamente en casación.

Los hechos a los que el conflicto se refiere son los siguientes, en síntesis:

El causante, casado en régimen de gananciales y padre de seis hijos, otorgó testamento notarial abierto por el que (a) con expresión de que lo hacía con cargo a los tercios de mejora y de libre disposición, prelegó determinados bienes a cuatro de sus seis hijos y a ocho nietos, precisamente los hijos de los otros dos; (b) instituyó herederos a los doce legatarios (los hijos por cabezas y los nietos por estirpes); y (c) expresó que sus otros dos hijos (como se ha dicho, padres de los nietos instituidos) nada recibían por testamento al haber obtenido en vida «cantidades muy superiores a los derechos que pudieran corresponderles» en la herencia.

En las operaciones divisorias efectuadas en la testamentaria, una vez liquidada la sociedad conyugal, solamente fueron considerados titulares de un derecho a reclamar legítima los cuatro hijos instituidos herederos (además de legatarios). En ellas el contador declaró el derecho de cada uno de los legitimarios a bienes en pago de la legítima estricta, a la cosa legada y a la parte de la herencia que les correspondía como herederos.

Cuatro de los ocho nietos del causante se opusieron a ese particular del cuaderno particional, por entender que no era procedente reconocer a los legitimarios, en la sucesión mortis causa del abuelo, un derecho a percibir legítima estricta con bienes relictos, añadido e independiente del derecho a las cosas legadas y a la parte de la herencia que recibían como herederos.

Por ello, en la subsiguiente demanda, pretendieron que las cantidades atribuidas a los legitimarios «por su legítima estricta» se distribuyeran entre todos los herederos instituidos, ellos incluidos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y denegó modificar las operaciones impugnadas. Las razones en que se fundamentó tal decisión fueron dos, según la argumentación de la sentencia recurrida: el respeto a la voluntad del testador, que quiso diferenciar a sus hijos, por haber ya recibido dos, uno de ellos padre de los actores, bienes de valor superior a sus legítimas; y la afirmada imposibilidad legal de mejorar a quienes, como los nietos demandantes, no eran legitimarios.

Contra dicha sentencia interpusieron los actores recurso de casación directo, por cuatro motivos, que aparecen fundados en el artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En ellos se señalan como infringidos los siguientes preceptos del Código Civil: en el primero, el artículo 808, en relación con el 823; en el segundo, los artículos 1038 y 1047; en el tercero, el artículo 675; y en el cuarto, el artículo 765.

SEGUNDO.—Para resolver el recurso hay que partir de que, no obstante los términos del artículo 806 del Código Civil, que la define como porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados forzosos, en el sistema que dicho cuerpo legal sanciona la legítima no constituye una pars reservata bonorum, dado que el testador puede disponer de estos, inter vivos y mortis causa, bien que con una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que de su legítima haga el legitimario (sentencias de 31 de marzo de 1970 y 20 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 1710]), el cual puede recibir por cualquier título apto el contenido patrimonial a que tiene

derecho (artículo 815 del Código Civil y sentencias de 20 de junio de 1986 [RJ 1986, 4558] y 9 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3696]) y no solo como heredero.

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 (artículo 763.2 del Código Civil), 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 y sentencia de 24 de julio de 1986 [RJ 1986, 4619]) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (artículos 634, 651, 819 y 820 del Código Civil), aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (sentencia de 14 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6392]).

Como consecuencia, la legítima se calcula adicionando al valor del relictum el del donatum (artículo 818 del Código Civil y sentencias de 17 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2161], 27 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1334], 15 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1240] y 28 de febrero de 2002 [RJ 2002, 4148]) y se imputan a ella las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora (artículo 819 del Código Civil y sentencia de 21 de abril de 1997 [RJ 1997, 3248]).

Del mismo modo, el legitimario que hubiera recibido íntegramente la legítima por herencia, legado o donación, carece del derecho a reclamarla como heredero forzoso, independientemente del título de su atribución por el causante, pues no ha sido favorecido por una delación legal inmediata y directa.

TERCERO.—Con esos antecedentes se examina en primer término el motivo tercero del recurso, en el que los recurrentes señalan como infringido el artículo 675 del Código Civil, regulador de la interpretación del testamento. En la sentencia recurrida se afirma que el contador partidor respetó la voluntad del testador de dar un tratamiento diferenciado a sus hijos, ya que no instituyó a todos, sino sólo a cuatro. Los recurrentes sostienen que esa voluntad no basta para justificar las impugnadas operaciones y, aunque la cuestión no es sólo de interpretación de la voluntad del testador, pues la posición del legitimario vendrá determinada por ella dentro de los límites impuestos por la Ley, el motivo debe ser estimado, por las razones que siguen:

1ª) Señalan las sentencias de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10138), 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1334) y de 26 de abril de 1997 (RJ 1997, 3542), y las que ésta cita, que, aunque la investigación de la voluntad del testador, en que consiste la interpretación del testamento, constituye función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas, cabe un control casacional de la misma, en beneficio de la lógica y del respeto a la propia Ley.

2ª) De la lectura del testamento a que se refiere el conflicto resulta la evidencia de que el testador quiso diferenciar a sus hijos y por ello atribuyó bienes a unos y no a otros, ya que estos habían recibido la legítima en vida. Pero no hay base, para suponer que las donaciones recibidas por aquellos sirvieron para satisfacer la legítima de los donatarios y que no sucede lo mismo con las atribuciones mortis causa a favor de los legitimarios instituidos herederos y favorecidos con los legados.

CUARTO.—En el primero de los motivos los recurrentes denuncian la infracción del artículo 823 del Código Civil, regulador de la mejora como una de las dos terceras partes de la legítima de que pueden disponer el padre o la madre a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes.

La sentencia recurrida declaró que ese tercio de mejora solo podía corresponder a los legitimarios y, por ello, no a los nietos demandantes, que no ostentaban tal condición. Los recurrentes se manifiestan contrarios a esa interpretación, sosteniendo que en nuestro ordenamiento cabe la posibilidad de que resulten mejorados los nietos viviendo los hijos.

También en este particular debe ser estimado el recurso, por los argumentos que siguen:

1º) Si sólo se tratara de averiguar la voluntad del testador, argumento que es uno de los que sirven de base a la decisión recurrida, no habría duda de que aquel quiso mejorar a sus ocho nietos, pese a no ser legitimarios, pues les legó bienes disponiendo, de modo expreso, que los legados recaerían en los tercios de mejora y libre disposición (artículo 828 del Código Civil). Y no cabe negar al legado la condición de título apto para mejorar (artículo 828 del Código Civil y sentencias de 3 de junio de 1976 y 7 de octubre de 2004 [RJ 2004, 6230]).

2º) Aunque la mejora sea parte de la legítima (sentencias de 26 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8872] y 22 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8477]) y el artículo 808 del Código Civil no reconozca conjuntamente a los hijos y descendientes derecho a reclamar esta última, es interpretado el artículo 823 del Código Civil en el sentido de admitir la posibilidad de que el abuelo mejore al nieto pese a vivir el hijo y, por lo tanto, pese a no ser el mejorado legitimario de primer grado y, por ende, con derecho a reclamar legítima.

La posibilidad de que el causante mejore a nietos viviendo los hijos, además de no contradecir ninguno de los artículos del Código Civil que regulan la mejora, se basa en el precedente histórico, a partir de la Ley 18 de Toro, a cuyo tenor el padre o la madre, o cualquier de ellos pueden si quieren hacer el tercio de mejora que podían hacer a sus hijos o nietos conforme a la Ley del fuero á cualquier de sus nietos, o descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padre de los dichos nietos, o descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento alguno. Dicha Ley fue recogida en la Novísima Recopilación (10.6.2) con el epígrafe la mejora del tercio se pueda hacer al nieto aunque sus padres vivan. También se señala por la doctrina en apoyo de tal posibilidad el conocido rechazo de la tesis contraria al redactarse el artículo 654 del Proyecto de Código Civil de 1851.

La referida interpretación la ha admitido la jurisprudencia (sentencias de 19 de diciembre de 1903, 18 de junio de 1982 [RJ 1982, 3432] y 9 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3696]). En particular, la de 19 de diciembre de 1903 declaró la validez de una cláusula testamentaria en que se mejoraba a los nietos viviendo el padre de los mismos, con apoyo en el derecho tradicional de Castilla, hasta la publicación del vigente Código, claramente consignado en la Ley 18 de Toro. Según la referida sentencia esa norma resolvió las dudas suscitadas entre los expositores y comentaristas acerca del verdadero alcance e interpretación de las Leyes del... Fuero Real referente a la institución jurídica de las mejoras. En resumen, declaró la facultad del abuelo de aplicar el tercio de mejora a favor de sus nietos, aun con daño y menoscabo de la legítima de los hijos vivos, padres de éstos, sobre dos argumentos: (a) el respeto que expresó la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.888 al derecho anterior (la base 15, a interpretar junto con la 16, se refería al mantenimiento en esencia de la legislación vigente); y (b) la conveniencia de facilitar los medios para que el jefe de la familia pudiese atender a las necesidades y conveniencias de ésta dentro de las restricciones que la institución de la legítima le imponía y como compensación a su falta de libertad para testar, como no fuera del quinto de sus bienes.

QUINTO.—Sin necesidad de entrar en el examen de los motivos segundo y cuarto (por medio de los que los recurrentes denuncian, respectivamente, la aplicación indebida de los artículos 1038 y 1047 del Código Civil y la infracción del artículo 765 del mismo cuerpo legal, para insistir en que su posición en la sucesión del abuelo no era la de sus padres, salvo en no ser legitimarios, y en que, en tanto se hubieran respetado las legítimas de los demandados, el contenido de sus derechos hereditarios debía coincidir, en esencia y a salvo las particularidades expresamente señaladas en el testamento, con el de la de los demás), procede estimar el recurso y con él la demanda, con las modificaciones del cuaderno particional que en ella se solicitan y las declaraciones que vienen impuestas y proceden de oficio.

No formulamos pronunciamiento condenatorio en costas de la primera instancia, al haberse limitado los demandados a defender las operaciones practicadas en el juicio de testamentaria y ser susceptible de quedar subsumida tal circunstancia en la previsión del artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Tampoco formulamos especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto directamente, por D^a Carina y D^a Fátima, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Córdoba, la cual casamos y anulamos y en su lugar, con estimación de la demanda interpuesta por los recurrentes contra D^a Estefanía y D. Imanol y D^a Regina, D^a Ángela, D. Alfredo y D. Luis Carlos, rectificamos el cuaderno particional a que se refiere el suplico de dicha demanda en el sentido de (a) eliminar de cada uno de los lotes correspondientes a D^a Andrea, D. Clemente y D. Imanol el valor de dos millones quinientas cincuenta mil setecientos ochenta y una pesetas, que se les reconoce para ser satisfecho en concepto de legítima estricta, con bienes en nuda propiedad, (b) distribuir dichos valores entre los herederos instituidos «en el remanente de la

herencia», en la forma que en el testamento se expresa, con respeto de las legítimas y (d) modificar consecuentemente los porcentajes de la participación de dichos herederos en el referido remanente de la herencia y los totales resultantes, para ajustarlos a las rectificaciones señaladas.

COMENTARIO

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO

II. LA IMPUTACIÓN DE LOS PRELEGADOS EN EL CASO LITIGIOSO

III. LA MEJORA DE LOS NIETOS NO LEGITIMARIOS

I. PLANTEAMIENTO

La solución del interesante caso planteado en la Sentencia depende en buena parte de la voluntad del causante, que, como se suele decir, es ley que rige los efectos de la sucesión, mientras que no choque con la norma imperativa; la interpretación que pueda dársele a esa voluntad, y el significado que puedan tener las reglas legales de carácter cogente deberán ser la orientación fundamental que guíe este comentario.

No será demasiado difícil la interpretación de las normas legales que se aplican al supuesto, ni tampoco nos resulta excesivamente complejo averiguar la voluntad del causante. En cambio sí que supone cierta dificultad conocer los hechos con toda exactitud y precisión *cuantitativa* a través del texto de la Sentencia que ha sido publicado, y que acabamos de reproducir: sólo una más adecuada exposición de los mismos en la Sentencia hubiera permitido discernir sobre la corrección *cuantitativa* que precisaría la solución finalmente adoptada para poner fin al litigio.

Ciertamente la narración de los hechos predispone claramente contra el criterio de la Sentencia de Primera Instancia en cuanto que había incurrido en un error jurídico bastante burdo, que prácticamente no precisa comentario. En efecto, al decir de la Sentencia del Tribunal Supremo, la Sentencia recurrida, que había dado por bueno el cuaderno particional, había considerado que la posibilidad de mejorar a los nietos no legitimarios está excluida de nuestro Código Civil; siendo así que el causante de la herencia había ordenado la imputación de los prelegados hechos a esos nietos a la mejora y al tercio de libre disposición, desde esa errónea perspectiva, la conclusión se imponía: esos prelegados a los nietos debían imputarse exclusivamente a la parte libre, pero no a la mejora.

Obviamente, si se sigue la equivocada interpretación de la Sentencia de Primera Instancia, según la cual no es posible mejorar a los nietos no legitimarios, la legítima de los hijos resultaría más amplia que si se sigue la interpretación correcta. Esto es obvio: a más porción del tercio de mejora empleado efectivamente en mejorar, menos legítima efectiva existirá. Sabemos, por otra parte, que el núcleo problemático sobre el que se litiga es que si se respetaba la imputación de los prelegados ordenada por el testador, parece que algunos de los legitimarios no recibían a título de heredero bienes suficientes para cubrir su legítima. Pero, al reducirse la cuantía de esa legítima a causa de la mejora de los nietos no legitimarios, puede suceder que ya no exista el déficit en la legítima que se apreciaba al aplicar el criterio equivocado de que la mejora de los nietos no era posible. Si ello fuera así, no obstante, se debía haber ahorrado el Tribunal Supremo toda la argumentación relativa a la naturaleza de la legítima, así como las referencias al cálculo, imputación y atribución de la misma, pues hubiera bastado defender la indudable posibilidad de mejorar a los nietos no legitimarios.

Sin embargo, ya que la argumentación de la Sentencia no se limitó a corregir el criterio de la Sentencia de Primera Instancia relativo a la mejora de los nietos no legitimarios, podemos lícitamente pensar que el problema fáctico no se resolvía simplemente considerando que los prelegados a favor de los nietos debían imputarse también a la mejora. Por tanto, a pesar de esa imputación, y aunque dichos prelegados no invadieran el tercio de legítima estricta, sí que impedían que la porción viril de los legitimarios se percibiera a través de la institución de heredero, como había querido el testador. Por eso nosotros tendremos que ahondar principalmente en los argumentos adicionales que utiliza el Tribunal Supremo para referirse al problema de la imputación de los prelegados realizados *a favor de los legitimarios*, que son los únicos posicionamientos de la Sentencia que nos parecen discutibles. No estamos en desacuerdo con la Sentencia

en el criterio relativo a la imputación de los prelegados hechos a los nietos, sino con su tesis sobre la imputación de los prelegados realizados a favor de los legitimarios. No sabemos qué corrección cuantitativa merecerían las cuentas de la Sentencia, pero sí hay una cosa clara: en la solución que propugnamos se debiera haber revisado la partición para hacer recaer el suplemento de legítima sobre los bienes recibidos a título de heredero e imputables fuera de la legítima.

Por tanto, a nuestro juicio, desde el punto de vista dogmático-jurídico, dos son las cuestiones relevantes que se dilucidan en la Sentencia, resueltas ambas con fortuna dispar. Una primera cuestión, que se resuelve correctamente, aceptando la doctrina pacífica, que es la relativa a la posibilidad de mejorar a los nietos, aunque no sean legitimarios. La segunda cuestión, ésta resuelta sin acierto, es el alcance e interpretación de las normas de imputación aplicables a los prelegados realizados a los legitimarios con cargo al tercio de mejora y al libre.

Quedaría una tercera cuestión teórica, suscitada por la Sentencia, y a la que sus Fundamentos de Derecho otorgan una importancia decisiva en el litigio, que es la relativa a la naturaleza jurídica de la legítima. A pesar de que es materia a la que hemos dedicado atención en otras obras (especialmente en *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996, pgs. 349 y ss.) y que nos resulta atractiva desde varios puntos de vista, pensamos que su tratamiento al hilo del comentario de esta Sentencia no es pertinente, pues en realidad el problema de la naturaleza jurídica de la legítima no tendría mucho que decir en la resolución del caso. En realidad, la razón por la que el Tribunal Supremo se refiere al problema teórico de la naturaleza jurídica de la legítima nos parece que es la de denunciar que el cuaderno particional y la Sentencia impugnada aceptarían una doctrina sobre ella que nadie acepta, para así reforzar su propia solución. Sin embargo, en realidad la tesis de dicho cuaderno particional y de la Sentencia impugnada puede apoyarse sin ningún problema en la interpretación del testamento, y no depende necesariamente de la posición que se adopte sobre la discusión teórica relativa a la naturaleza jurídica de la legítima. Asimismo, aunque se acepte el planteamiento de la Sentencia del TS sobre la naturaleza jurídica, ello no aboca a compartir la solución a la que llega el fallo.

Es decir, más sencillamente explicado, que es perfectamente posible discrepar del criterio del fallo de la Sentencia comentada, sin aceptar por ello que la legítima implique una reserva legalmente impuesta o un llamamiento imperativo y necesario. Y asimismo pensamos que el fallo de la Sentencia no depende de la tesis sobre la naturaleza jurídica de las legítimas que utiliza su Segundo F., pues aun aceptando dicha explicación teórica, cabe perfectamente discrepar de la solución práctica a la que se llega en el fallo.

II. LA IMPUTACIÓN DE LOS PRELEGADOS EN EL CASO LITIGIOSO

El título de este apartado quiere hacer justicia a la idea de que en esta materia de imputación de los prelegados a efectos del cálculo y protección de las legítimas no cabe hacer fácilmente generalizaciones, sino que es más correcto ceñirse a los hechos concretos que se hayan producido en cada caso, puesto que estamos ante una cuestión que depende principalmente de la interpretación de la voluntad del causante, aunque en defecto de previsión expresa, naturalmente también tienen su importancia las normas legales relativas al modo de realizar la imputación.

Vayamos a los hechos que se nos presentaban en el litigio, para posteriormente intentar resolver el problema que planteaba en concreto la imputación de las diversas atribuciones testamentarias e *inter vivos* realizadas por el causante a favor de sus numerosos hijos y descendientes. Los hechos, siguiendo el relato del F. 1º, eran los que resumidamente se presentan a continuación.

El causante había dispuesto en testamento del modo siguiente: con expresión de que lo hacía con cargo a los tercios de mejora y de libre disposición, prelegó determinados bienes a cuatro de sus seis hijos y a ocho nietos, precisamente los hijos de sus otros dos hijos; instituyó herederos en el remanente a los doce legatarios (a los hijos por cabezas y a los nietos por estirpes); y expresó, finalmente, que sus otros dos hijos (los padres de los nietos instituidos) nada recibían por testamento al haber obtenido en vida «cantidades muy superiores a los derechos que pudieran corresponderles» en la herencia. Hasta aquí, pues, el criterio del testamento.

El contador partidario consideró que tres de los cuatro hijos instituidos herederos (que eran, además, prelegatarios), tenían derecho a recibir la cosa legada y la parte de la herencia que les correspondía como herederos, más una cantidad adicional en pago de la legítima estricta (no entramos en el problema que plantea el hecho de que esta atribución particional se realizara en nuda propiedad, pues es problema sobre

el que no versa el pleito; pagar la legítima con ese tipo de atribución sólo sería posible si el gravamen sobre los bienes ya existía en vida del causante, no si se ha impuesto en el testamento). Es precisamente esta última atribución la que resultó impugnada por cuatro de los ocho nietos del causante, que se opusieron a ella por entender que no era procedente la atribución particional de la legítima estricta a la que acabamos de hacer alusión. Según su criterio, los legitimarios sólo tenían derecho a las cosas legadas y, estrictamente, a la parte de la herencia que recibían como herederos. Así formulado el enfrentamiento entre las dos diferentes posturas, parecería que son los nietos del causante los que tienen razón a tenor de las disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento.

Para la Sentencia de Primera Instancia, ahora recurrida directamente en casación en virtud del art. 1688 LECiv/1881, no procedía la impugnación de la partición, sino que se debía considerar bien hecha. Al decir del Tribunal Supremo las razones en que fundamentó tal decisión fueron dos: «el respeto a la voluntad del testador, que quiso diferenciar a sus hijos, por haber ya recibido dos, uno de ellos padre de los actores, bienes de valor superior a sus legítimas; y la afirmada imposibilidad legal de mejorar a quienes, como los nietos demandantes, no eran legitimarios».

A pesar de lo escuetamente que el Tribunal Supremo describe la argumentación de la Sentencia impugnada, algunas cosas se pueden decir sobre ella. En nuestra opinión es obvio que la defensa del criterio del cuaderno particional no era procedente con base en este segundo argumento, porque es criterio asentado pacíficamente en la doctrina y en la Jurisprudencia que las mejoras a favor de los nietos no legitimarios son perfectamente posibles en nuestro ordenamiento; en cambio no resulta tan desatinado atender al primer argumento, relativo a la defensa de la voluntad del testador.

A pesar de ello, a juicio de la Sentencia de casación el problema se debe afrontar desde la consideración de la naturaleza jurídica de la legítima. Para la Sentencia, a pesar de los términos del artículo 806 CC, la legítima no supone una reserva legal en beneficio de los herederos forzosos, puesto que, a despecho de esa pretendida reserva, en nuestro sistema el testador puede disponer de sus bienes, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, si bien al hacerlo debe respetar la intangibilidad cuantitativa del legitimario. Para ello debe dejar al legitimario, por cualquier título apto (y no sólo como heredero) el contenido patrimonial a que tiene derecho. Se viene a aceptar así la caracterización del sistema como de reglamentación negativa, entendido esto en el sentido de que la Ley confía en que el causante cumpla voluntariamente su deber, y sólo para el caso en que no lo haga, confiere al legitimario la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de su legítima: la de reclamación del complemento (artículo 815 CC), la de reducción de legados excesivos (artículos 817 y 820 CC) y, en su caso, la de reducción de las donaciones inoficiosas (artículos 634, 651, 819 y 820 CC).

Por ello, sigue diciendo la Sentencia, «el legitimario que hubiera recibido íntegramente la legítima por herencia, legado o donación, carece del derecho a reclamarla como heredero forzoso, independientemente del título de su atribución por el causante, pues no ha sido favorecido por una delación legal inmediata y directa». A nuestro juicio este posicionamiento teórico de la Sentencia viene a ser difícilmente discutible, puesto que se trata de ideas que se encuentran perfectamente fundamentadas en el Código Civil, y que cuentan con la adhesión de la doctrina científica, aunque se pueda discrepar un tanto del valor o alcance que haya que dar a la caracterización del sistema como de *reglamentación negativa* (cuestión, no obstante, en la que no procede entrar en este momento, porque no afecta sustancialmente al caso debatido).

Ahora bien, en realidad el problema del caso se situaba no en que la partición pretendiera hacer valer, a favor de los legitimarios, una atribución fruto de una pretendida, e inexistente en nuestro sistema, delación legal inmediata y directa. Nosotros no pretendemos tampoco reivindicar semejante concepción, porque es cierto, a nuestro juicio, que el legitimario no es un título autónomo e independiente, sino que el derecho a legítima se integra en las atribuciones realizadas por el causante, en su caso sirviéndole de freno y modalizándolas. Pero, sin embargo, no creemos que la partición (y la Sentencia que la confirmó) se hubiera realizado sobre esas criticables bases teóricas; la razón más concluyente para poner de manifiesto que la partición no se fundamentaba en esa errónea teoría sobre la legítima la podemos encontrar en el primer antecedente de hecho de la Sentencia comentada. En efecto, en él queda meridianamente claro que en la partición sólo se habían atribuido los discutidos derechos legitimarios adicionales a tres de los hijos del causante. Pero, aparte de ellos, existían dos hijos más; a uno el causante le había dejado la totalidad de su legítima, o aún más, mediante disposiciones en vida, y a otro, se la había dejado mediante la misma institución de heredero que a sus otros hermanos. No obstante, ninguno de estos otros hijos percibió esa atribución *legitimaria* en la partición, por lo que mal puede creerse que dicha atribución obedeciera a un

error del partidor que considerara existente una delación legal, directa, imperativa y forzosa a favor de los legitimarios, pues entonces todos ellos la hubieran tenido asignada.

Por eso pensamos que, sencillamente, el legitimario instituido heredero al que no se le atribuyó legítima en la partición, o bien ya tenía cubiertos sus derechos forzosos por lo percibido como heredero más lo que hubiera percibido mediante alguna donación, o bien había renunciado a reclamar esa cantidad adicional y se aquietaba con lo que percibía como heredero y como prelegatario (esto último fuera o además de lo recibido por legítima en virtud de la expresa imputación del causante); asimismo debe darse por bueno, que los dos hijos del causante que no fueron instituidos habían recibido en vida, efectivamente, una cantidad de bienes suficiente para cubrir sus derechos. Pero, en cambio, los hijos que percibieron en la partición un *plus* en concepto de legítima estricta no debían haber recibido nada como donación ni tampoco podían percibir la legítima con cargo al prelegado —como impone la Sentencia de casación— por la sencilla razón de que éste había sido expresamente imputado por el testador al tercio libre y al de mejora. A este respecto la doctrina es clara en el sentido de que las atribuciones a causa de muerte se imputarán a la parte «que haya dispuesto el causante» (así LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pg. 111).

Para nosotros el único problema relevante que se presentaba en el caso se encuentra en la interpretación del testamento; en concreto, la interpretación que haya que dar a la voluntad del testador relativa a la imputación de los prelegados y asimismo el significado de la institución de los herederos *en el remanente*, así como la necesaria imputación de los beneficios obtenidos mediante la institución de herederos. En la sentencia recurrida, casada por la del TS, se afirmaba que la partición había respetado la voluntad del testador, y nosotros de algún modo estamos de acuerdo con ello (salvo en el extremo relativo a la mejora de los nietos en el cual claramente se conculcaba la voluntad del causante); no obstante, se fundamentaría mal dicha voluntad si se la quiere ver manifestada (como parece que pretendía la Sentencia de Primera Instancia) en el hecho de que el testador hubiera dado un tratamiento diferenciado a sus hijos al instituir sólo a cuatro de los seis que tenía, pues ese dato carece de relevancia a estos efectos. Los datos relevantes, a nuestro juicio, son exclusivamente la expresa imputación de los prelegados realizada por el testador, y la institución de herederos en el remanente de sus hijos legitimarios y de sus nietos; institución que, a falta de voluntad expresa, debe entenderse realizada con cargo a la legítima y a la parte libre, respectivamente.

En cualquier caso estamos en total desacuerdo con la pertinencia de la afirmación de la Sentencia comentada de que «la cuestión no es sólo de interpretación de la voluntad del testador, pues la posición del legitimario vendrá determinada por ella dentro de los límites impuestos por la Ley». Esto podrá ser cierto como idea general, que lo es, pero en el caso enjuiciado no se discute más que sobre el alcance de la voluntad del causante, sin que las normas imperativas de protección de las legítimas interfieran en ella ni tengan nada que decir para la resolución del problema. En efecto, como idea general se debe defender que la libertad de disposición del causante sólo encuentra como límite las reglas imperativas relativas a la legítima, lo que significa que a la hora de ordenar la imputación, exclusivo punto que ahora nos interesa, tendrá únicamente que respetar el destino predeterminado por la Ley para el tercio de legítima, atribuir el de mejora a los descendientes que elija, y nada más. Lógicamente esto significa que la imputación ordenada por el causante sólo será posible si el destinatario de cada concreta atribución es uno de los sujetos que pueden percibir bienes del tercio al que se hace la imputación, y si la cuantía concreta de la atribución no desborda el importe disponible en dicho tercio.

Para la Sentencia del Tribunal Supremo «de la lectura del testamento a que se refiere el conflicto resulta la evidencia de que el testador quiso diferenciar a sus hijos y por ello atribuyó bienes a unos y no a otros, ya que éstos habían recibido la legítima en vida. Pero no hay base, para suponer que las donaciones recibidas por aquellos sirvieron para satisfacer la legítima de los donatarios y que no sucede lo mismo con las atribuciones mortis causa a favor de los legitimarios instituidos herederos y favorecidos con los legados».

En las palabras acabadas de reproducir entendemos que está el núcleo del argumento que sustenta la solución del caso por parte del Tribunal Supremo, y en ellas se encuentra su principal debilidad. A diferencia de lo que la Sentencia entiende, pensamos que existe un poderoso elemento de convicción para suponer que la voluntad del causante era justamente contraria a la imputación de los prelegados a la legítima: el hecho de que los imputara expresamente a la mejora y a la parte libre; por ello imputarlos a la legítima, como hace la Sentencia, nos parece que contradice frontalmente la voluntad del testador que debe ser la guía en esta materia en tanto no choque con una norma imperativa. Para realizar esta interpretación contraria a la *voluntas testatoris*, no existe en realidad, diga lo que diga la Sentencia, ninguna razón de orden

normativo. La base de la diferencia en la imputación de las donaciones y de los prelegados realizados a unos u otros de los legitimarios del caso, está en el propio tenor literal del testamento que expresamente imputa de forma muy clara las donaciones a la legítima (y, aunque no lo hiciera estaría ahí el art. 819 CC que conduciría a la misma conclusión), pero que imputa los prelegados con similar claridad al tercio de mejora y al tercio libre.

El hecho de que exista una institución de herederos a favor de los legitimarios y de los nietos que no lo son, aunque se haya realizado «en el remanente» refuerza esta primera impresión sobre la interpretación de la voluntad del testador. No se olvide que la institución de heredero carece de una orden expresa del testador relativa a su imputación, y que comparando ese hecho con la presencia de una imputación expresa de los prelegados fuera de la legítima se deduce con toda evidencia que el testador ha establecido que la legítima de los instituidos se debe percibir justamente a través de la institución de heredero que se hace en su favor. Por tanto, a la vista de las circunstancias del supuesto, la institución de heredero se hace claramente con cargo a la parte libre, en el caso de los nietos (ni siquiera, probablemente, con cargo a la mejora, pues falta una voluntad más explícita en ese sentido, tanto más exigible cuando el prelegado a favor de los mismos sí se imputaba a la mejora), y con cargo a la legítima en el caso de los hijos. Lo cierto, sin embargo, es que si se respetan las cuotas de institución queridas por el causante (los hijos, por cabezas; los nietos, por estirpes), los hijos no perciben la totalidad de la legítima como herederos, tal como pretendía el testador.

Ello ciertamente permitiría quizá entender, en una interpretación arriesgada a tenor de los escasos datos que tenemos, que el testador quiso apartarse de la regla de distribución proporcional del art. 765 CC (que, por cierto, resultaba invocado por los recurrentes en casación como infringido, aunque la Sentencia desestimara el tratamiento del motivo); interpretación aceptable si entendiéramos que se estaba simplemente defendiendo la voluntad manifiesta del causante, que pretendería atemperarse en cuanto a la institución de heredero a lo dispuesto en el art. 763.2 CC. Quizá habría entonces que entender que la institución en el remanente implica una referencia al remanente disponible en cada uno de los tercios, ya que si las cuotas de herencia se entienden tal como las ordenó el testador, los legitimarios no percibirían su legítima como herederos como quiso el testador según se deduce de la interpretación del testamento. Por eso, interpretando así la institución en el remanente, concluiríamos que la porción de herencia suficiente para que los legitimarios reciban como herederos su legítima debería quedar libre en todo caso.

Ahora bien, esa interpretación no nos parece segura, ante la carencia de otros indicios de los que inferir la voluntad del causante. Lo indiscutible es que si esa interpretación no se admite, estaríamos ante un supuesto en que el causante se ha excedido en sus disposiciones testamentarias, y por tanto se habría producido lo que llama LACRUZ «institución de heredero insuficiente», es decir, una hipótesis en la que «en el caudal relicto hay bienes suficientes para cubrir la legítima del “heredero forzoso” (no satisfecha mediante donaciones), y también lo sería la cuota señalada o correspondiente a él sobre dicho caudal si lo abarcase entero; pero los legados hechos por el testador dejan reducidos la institución de heredero (...) a un valor inferior al importe debido de la legítima». La consecuencia que este mismo autor propone es clara, y sería la pertinente en nuestro caso: «procede el suplemento de esa legítima lesionada con cargo al coheredero en la parte libre, y a costa exclusiva suya; y en su defecto reducir los legados» (así en *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pg. 140).

Puesto que la percepción del suplemento de la legítima contradice la voluntad expresada en el testamento, se hubiera requerido para hacerla efectiva o bien el acuerdo de los coherederos (inexistente en el caso) o bien el ejercicio de una acción de defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Cabe preguntarse entonces si es posible que el contador partidario imponga directamente en la partición la rectificación del testamento.

La respuesta a esta duda obligaría probablemente a distinguir en función de la naturaleza de la partición. Tratándose, como se trata, de una partición realizada dentro de un juicio de testamentaría la respuesta positiva nos parece evidente y mucho más fácil de argumentar que en el caso de la partición realizada por contador nombrado por el causante. La razón es que en el procedimiento judicial se garantiza de modo suficiente la intervención y la posible oposición de todos los interesados, por lo que en realidad cabe decir que la partición realizada dentro de un juicio de testamentaría es una partición consentida por los herederos (cfr., en este sentido ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1991, pg. 161: «la partición hecha en juicio de testamentaría o abintestato, puesto que se basa en la conformidad o, al menos, no oposición, de los interesados, que es aprobada por el Juez, no cambia su naturaleza verdaderamente contractual o casi contractual, por esa aprobación»). Asimismo, cuando no exista acuerdo de los herederos con la partición

realizada en el juicio universal, el debate se tiene que resolver, como en este caso, mediante un juicio contradictorio, lo cual garantiza, asimismo, que si se aprueba judicialmente en él la partición que no fuera respetuosa con la voluntad del causante, ello se encontraría justificado por una auténtica violación de las legítimas por parte del testador (para el caso de la partición hecha por contador-partidor nombrado por el causante, vid. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1991, pgs. 153-154; también DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pg. 419. Es obvio que respecto de todas nuestras anteriores consideraciones, vale la advertencia que hacíamos al comienzo: ante la escasez de algunos datos fácticos esenciales, no podemos calcular qué significado cuantitativo llevan consigo las afirmaciones anteriormente realizadas, ni en cuánto se aparta el fallo de la solución más procedente. No obstante, a tenor de los hechos disponibles, se deben relativizar las afirmaciones generales que la Sentencia realiza que, además de forzar la voluntad del causante modificando la imputación de los prelegados prevista por él, fuerza también el sentido de nuestro sistema de protección de las legítimas a tenor del cual el complemento de las legítimas comienza por satisfacerse a costa de los herederos, en cuanto ello no afecte a sus propias legítimas (cfr. sobre este último problema: LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pgs. 144 y ss., y VALLET DE GOYISOLO, *Las legítimas*, II, Madrid, 1974, pgs. 1016-1017).

Podemos estar ciertos, además, de que con nuestra interpretación no se fuerza la voluntad del causante imponiendo la imputación de parte de los prelegados a la legítima, como sucede en la tesis de la Sentencia comentada. El resultado final es también mucho más respetuoso con la voluntad del causante en cuanto que éste dejó bastante claramente expresada su voluntad de que sus hijos instituidos percibieran la legítima a cargo de lo que reciben como herederos (No pensamos que quepa achacar arbitrariedad a la reducción prioritaria de la institución de heredero establecida por nuestro sistema, como estima LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en CAPILLA RONCERO coord., *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1999, pg 375; esa solución responde a la idea del Código de que, salvo otro criterio del causante, la legítima se cubre a título de heredero; pero en cualquier caso, mucho menos puede ser criticada la solución en el presente supuesto, pues el tenor del testamento es bastante claro en el sentido de que el causante quería que la legítima de los hijos se percibiera a título de heredero, y eso es lo que se logra con la solución propuesta por nosotros, a diferencia de la del fallo, que no llega a ese mismo efecto).

III. LA MEJORA DE LOS NIETOS NO LEGITIMARIOS

Hemos dicho ya varias veces que el criterio de la Sentencia sobre este particular nos parece acertado, por concordar con la Jurisprudencia unánime y con la doctrina ampliamente mayoritaria (cfr. a este respecto: ÁLVAREZ MORENO, *La mejora en favor de los nietos*, Madrid, 2003 pgs. 43 y ss.; ALBALADEJO, *La mejora*, Madrid, 2003, pgs. 95 y ss., allí argumentos y otras referencias doctrinales). Añadimos ahora que la argumentación mediante la cual desarrolla la Sentencia esta tesis es muy clara y apenas necesita comentarios o añadidos de ningún tipo.

Resumidamente la tesis de la Sentencia podría sintetizarse así: aunque el tercio de mejora forme parte de la legítima de los descendientes y el art. 808 CC no reconozca conjuntamente a los hijos y descendientes derecho sobre la misma, el artículo 823 CC se interpreta en el sentido de admitir la posibilidad de que el abuelo mejore al nieto pese a vivir el hijo y, por lo tanto, pese a no ser el mejorado legítimario.

Las razones que se alegan por la Sentencia a favor de esa interpretación son fundamentalmente tres. La primera, que esa posibilidad no contradice ninguno de los artículos del Código Civil que regulan la mejora. La segunda que esa solución, en cambio, se basaría en el precedente histórico, representado por la Ley 18 de Toro, recogida en la Novísima Recopilación (10.6.2) bajo el epígrafe «la mejora del tercio se pueda hacer al nieto aunque sus padres vivan»; y que, en principio, nuestro Código no vino a innovar los criterios del derecho histórico. Finalmente, la tercera razón es que tal posibilidad de mejora de los nietos se puede apoyar también en el rechazo de la tesis de GARCÍA GOYENA que había propuesto un precepto contrario a la mejora a favor de los nietos no legitimarios en el momento de redactarse el artículo 654 del Proyecto de Código Civil de 1851.

El testimonio de este comentarista parece corroborar la continuidad del criterio de la Ley 18 de Toro en el Proyecto de 1851, contra la tesis negadora de la posibilidad de mejorar a los nietos no legitimarios: «En el mismo artículo proponía yo que la mejora de mi nuevo quinto, o antiguo tercio, no pudiera salir de los hijos o descendientes *herederos forzosos*, lo que envolvía la derogación de la ley 18 de Toro, que es la 2 Recopilada, título 6, libro 10; pero tampoco en esta parte mereció la aprobación (...) yo sacrificué gustoso el rigor de mi principio a poderosas razones de equidad; un abuelo tierno y solícito ha de tener

algún medio para proveer a la suerte de sus nietos harto desgraciados con tener un padre disipador, y que por esto sólo no puede ser desheredado»: así GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Edit. Zaragoza, 1974, pg. 354. Entendemos que con ello pierde fuerza de convicción el argumento utilizado después por parte de la doctrina de que al ser la mejora una parte de la legítima, resultaría anómalo que pudieran percibirla sujetos que no son legitimarios: es justamente el *rigor de este principio* el que resultaba abandonado en nuestro derecho histórico y en la codificación, en aras de un criterio más flexible y equitativo, coherente –por otra parte– con «la finalidad interna de la institución de la mejora, que no es otra que la de dotar al jefe de la familia de un poder de disposición que le permita hacer dentro de ella una libre distribución de los bienes» (así Díez-Picazo, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, III, Madrid, 1981, pg. 296).

La Sentencia de 28 de septiembre de 2005 alega además la existencia de un refrendo jurisprudencial a esa interpretación favorable a la mejora del nieto no legitimario. La línea de continuidad de la doctrina arranca desde antiguo, pues viene representada por la centenaria Sentencia del TS de 19 de diciembre de 1903, y se ha mantenido hasta tiempos recientes: así las Sentencias del TS de 18 de junio de 1982 (RJ 1982, 3432) y de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3696); ahora, en este nuevo siglo, se añadiría la que estamos comentando.

Conviene recordar la doctrina que se recoge en estas Sentencias, sobre todo en la primera en el tiempo, que es, con mucho, la que de forma más completa argumenta las razones que abogan por la subsistencia en nuestro Derecho de la clásica mejora del nieto no legitimario. La Sentencia de 19 de diciembre de 1903 (comentada por Díez-Picazo, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, III, Madrid, 1981, pgs. 294 y ss.) afirmó:

«Ha sido Derecho tradicional de Castilla, hasta la publicación del vigente Código, claramente consignado en la Ley 18 de Toro, que resolvió las dudas suscitadas entre los expositores y comentadores acerca del verdadero alcance e interpretación de las Leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, referentes a la institución jurídica de las mejoras, la facultad reconocida al abuelo de aplicar el tercio de mejora en favor de sus nietos, aun con daño y menoscabo de la legítima de los hijos vivos, padres de éstos; viniendo por tal modo la Ley a facilitar los medios para que el jefe de la familia pudiese atender las necesidades y conveniencias de ésta dentro de las restricciones que la institución de la legítima le imponía y como compensación a su falta de libertad para testar, como no fuera del quinto de sus bienes.

Tanto por los antecedentes de la legislación respecto de esta materia como por el espíritu que presidió a la formación del actual Código, cual se consigna en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que no fue sino el de recoger el sentido y capital pensamiento del Derecho histórico patrio aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la base del proyecto de 1851, en que aparece reiterada la misma facultad antes expresada, como por la tendencia que en dicho vigente Código se manifiesta de otorgar mayor ensanche a la libertad de testar, sería ilógico dar a los preceptos de éste, que regulan la materia de las mejoras, una interpretación contradictoria de tales principios y antecedentes, mientras de ellos no se derivase claramente que la intención del legislador fuera otra distinta.

No solamente no aparece semejante intención, expresada en sentido contrario a lo tradicional, ni en la Ley de Bases, ni en el Código, como seguramente se hubiera hecho constar de manera indudable si aquélla hubiese sido la de variar o modificar extremo tan importante de nuestra legislación, sino que, por el contrario, después de establecer el art. 823 que el padre o la madre podrán disponer, sin distinción, a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, en concepto de mejora, de una de las dos terceras partes destinada a la legítima, prescribe el art. 824 que no podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes, revelando así esta oposición entre hijos y descendientes y legitimarios, con suficiente claridad, que el legislador ordena y autoriza bajo la impresión o influencia de la facultad tradicional reconocida a los abuelos, como, además lo corrobora el art. 782, que aun cuando se refiere a sustituciones fideicomisarias, se halla inspirado fundamentalmente en el mismo principio; por todo lo cual, la Sentencia que estima la validez de una cláusula testamentaria en la que el testador mejora a sus nietos viviendo la madre de éstos, única heredera de aquél, hace recta aplicación de los artículos citados».

Podríamos, pues, completar las razones que había dado la Sentencia comentada, añadiendo que resultan apoyos normativos indudables a la posibilidad de mejorar a los nietos no legitimarios los arts. 782 y 824 CC que permiten auténticas mejoras indirectas a favor de los nietos mediante el gravamen del tercio de mejora a favor de los mismos (así Díez-Picazo, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, III, Madrid, 1981, pg. 296).

En cuanto a la Sentencia TS de 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432), es igualmente clara, pero no se refiere a los argumentos que hacen posible la mejora de los nietos en vida del padre. En el caso se trataba de un testamento en el que se instituía herederos al hijo y a dos nietos por terceras partes iguales:

«La mentada disposición testamentaria (...) presupone una clara voluntad expresa de distribuir igualmente su haber, institución que, al implicar una voluntad de mejorar expresa, dable dentro de sus facultades dispositivas de última voluntad, con las que no priva al heredero forzoso demandante de la cuota de legítima estricta, el tercio señalado en el art. 808 del CC, voluntad de la testadora que es Ley de la sucesión y que ha de ser mantenida, de acuerdo con el art. 675 del mismo Código que marca el criterio interpretativo que ha de darse a las cláusulas testamentarias».

Por su parte la Sentencia TS de 9 mayo 1990 (RJ 1990, 3696), se refería a un testamento en el que se mejoraba a un nieto cuya madre vivía, y, además, lo instituía heredero en el tercio de libre disposición; en el remanente instituía herederas por partes iguales a las únicas dos hijas de la testadora. Para la Sentencia, también escueta en la fundamentación de su criterio, pero igual de clara que la anterior:

«Ciertamente se equivoca la sentencia cuando dice que la testadora, madre de dos hijas, carece de herederos forzosos, pero tal error no trasciende al fallo, porque la libertad de disposición fue ejercitada sobre bienes, tercios de mejora y de libre disposición, y en favor de personas, el nieto, al que podía mejorar (art. 823), por lo que no se ha traspasado por la causante su limitada libertad de testar ni se ha violado el principio de intangibilidad de las legítimas ni se ha desconocido el tenor del art. 807».

Por completar esta visión de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que pretende ser completa, puede añadirse en el mismo sentido positivo de la mejora realizada a los nietos no legitimarios, la antigua RDGR de 15 de junio de 1898:

«En ninguno de los preceptos del Código Civil que tratan de la facultad reconocida a los testadores de mejorar a sus hijos y descendientes legítimos se dispone que sólo puede ejercerse dicha facultad en favor de los últimos cuando reúnan el carácter de herederos forzosos o legitimarios.

Considerando que por esta razón la testadora..., al mejorar a sus tres nietos, hijos de la única heredera legítima..., no ha ejecutado ningún acto contrario al texto de la ley, y así lo ha reconocido dicha heredera, prestando su aprobación a la referida mejora en la escritura particional de cuya inscripción se trata».

Quedaría por añadir una última razón aducida por la doctrina a favor de la posibilidad de la mejora de los nietos no legitimarios. Según Díez-PICAZO, sería un nuevo argumento «la redacción misma del art. 823, que en relación, sobre todo, con el artículo 972, da suficiente pie para aceptar la mejora hecha directamente por el causante en favor de los nietos en vida de los padres de éstos» (*Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, III, Madrid, 1981, pg. 296). Ciertamente hay que estar de acuerdo con esta opinión pues el art. 972 CC, al permitir la mejora en bienes reservables, se refiere a la mejora a favor de *cualquiera* de los hijos o descendientes, estableciendo un efecto expresamente vinculado por el precepto con la regla general del art. 823 CC.