

# **LOS LEGADOS ORDENADOS EN TESTAMENTO DE HERMANDAD**

## **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. Planteamiento e importancia del problema**
  - 1. Sustitución e institución.**
  - 2. Sustitución de residuo.**
- III. LA CUESTIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS**
  - 1. El Derecho alemán.**
  - 2. El Derecho aragonés.**
- IV. EL DERECHO NAVARRO**
  - 1. El derecho histórico y la STS de 1896.**
  - 2. Los antecedentes de la Ley 205 FN.**
  - 3. Análisis de la Ley 205.**
    - a) Caracteres y presupuestos.**
    - b) Los efectos de la Ley 205 FN en el sistema de adquisición de los legados.**
    - c) El derecho de afianzamiento del legatario.**

## **I. INTRODUCCION**

Quien por vez primera aborde la lectura de la ley 205 del Fuero Nuevo puede que obtenga una conclusión equivocada, o al menos parcial y desenfocada, respecto a la naturaleza de la institución a la que se refiere: el testamento de hermandad.

*Ley 205 Salvo disposición en contrario, los legados ordenados en el testamento de hermandad por cualquiera de los testadores que hubieren instituido heredero a otro u otros de ellos no serán exigibles hasta después del fallecimiento del último de los así instituidos, pero el legatario podrá exigir el afianzamiento del legado si el testador no hubiera dispuesto lo contrario.*

El primer acercamiento al precepto ofrece la impresión de que el testamento de hermandad crea una vinculación de los bienes de los cotestadores de una especial entidad, en la medida en que cualquier atribución a persona distinta del otro cotestador –de ordinario el cónyuge– no puede hacerse efectiva hasta la muerte de ambos. La percepción que puede obtenerse es que la testamentificación en común crea en todo caso a favor del testador superviviente y nombrado heredero un derecho a poseer y gozar la totalidad de los bienes del premuerto, incluidos los bienes legados.

Aunque tal conclusión pudiera tener su explicación cuando los testadores en hermandad son cónyuges, por razón del derecho legal de usufructo universal del cónyuge viudo, sin embargo no debe olvidarse, por un lado, la amplitud con que el Fuero concibe el testamento de hermandad, cuya utilización es permitida a personas no unidas matrimonialmente, y por otro lado, ha de tenerse en cuenta que según la ley 255 FN quedan excluidos del usufructo de fidelidad del cónyuge viudo diversos bienes que sean objeto de concretos legados (piadosos, para dotación y remuneratorios). Así pues ni siquiera cuando el testamento de hermandad es exclusivamente conyugal cobra entero sentido la ley 205.

Es incuestionable que cuando a este testamento acuden los cónyuges, el sentido último que cabe atribuir a ese negocio *mortis causa* es el de realizar una distribución de los patrimonios acorde con un proyecto determinado, dotando de una unidad, sentido y dirección a ambos patrimonios que, de ordinario, formarán uno único al atribuirse herederos el uno al otro respectivamente y previendo para la muerte del último un destino determinado. Ahora bien, este sentido teleológico no supone cerrar la vía a disposiciones singulares desvinculadas, de las que la propia regulación legal es consciente y a las que otorga un tratamiento acorde con esa voluntad unilateral (vid. leyes 202, parr. 2º,n.2 y 201, parr. 1º).

La conciliación entre masa común de bienes y existencia de disposiciones independientes se rompe en la ley 205. Cuando de lo que se trata es de disponer un legado a favor de persona diferente del otro costestador instituido heredero, disposición en principio no recíproca ni correspectiva, el legislador otorga a tal atribución un régimen, a mi juicio, inadecuado en la medida en que coloca al legatario en una posición jurídica insegura y expectante que no encuentra justificación ni en la propia naturaleza del testamento de hermandad ni en razones de justicia material.

Si, además, el lector que por vez primera conoce el contenido de la ley 205 FN pretendía testar en hermandad y ordenar en dicho acto un legado a pagar en el momento de su muerte, llegará a la determinación de alterar el mandato contenido en ese precepto para conseguir su objetivo. Y cuando a tal conclusión llegan los particulares de manera general puede decirse que el precepto adolece de algún tipo de defecto que impide a la persona acomodar su voluntad a lo previsto por la norma. Defecto este de especial gravedad en la medida en que los preceptos de Derecho Privado, como supletorios de la voluntad particular, han de procurar establecer mandatos acordes con los fines de la institución a la que se refieren y presuntivos de una voluntad particular omitida. No hay peor precepto de Derecho Privado que aquél cuya aplicación las partes se ven ineludiblemente obligadas a excluir por no avenirse con la finalidad que persiguen. Este es el caso de la ley 205.

El presente comentario no pretende sino arrojar luz sobre los orígenes y la fundamentación de la citada norma a la vez que intenta recoger algunos de los interrogantes que plantea su aplicación.

## II. PLANTEAMIENTO E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

El problema que plantea y resuelve la ley 205 FN forma parte de una cuestión más amplia cual es la de determinar la posición del instituido –como heredero o como legatario– en testamentos mancomunados para la muerte de ambos (o más) testadores.

### 1. Sustitución o institución.

Siendo en Navarra especialmente frecuentes los testamentos de hermandad entre cónyuges con institución hereditaria recíproca y en los que el caudal relicto se atribuye a un tercero a partir de la muerte del cónyuge superviviente, el Fuero no resuelve la cuestión de qué sentido ha de dársele a esta última disposición: si el tercero es llamado como heredero del cónyuge testador que muere el último y como postheredero del que muere el primero, o si

el tercero ha de ser considerado como heredero de todo el patrimonio reunido en poder del cónyuge sobreviviente<sup>1</sup>.

El silencio que sobre el particular mantiene la normativa legal no es intrascendente pues incide, entre otras cosas, en la posición jurídica que ha de otorgársele al cónyuge supérstite. En el primero de los casos –considerar al tercero como heredero directo del supérstite y postheredero del premuerto– el cónyuge sobreviviente vendría a ser un preheredero limitado en su facultad de disposición gratuita, viniendo a configurarse como un fiduciario; en el segundo de los casos –considerar al tercero como heredero del cónyuge supérstite con independencia del origen de los bienes– el cónyuge supérstite por ser auténtico heredero no verá limitado su poder dispositivo de auténtico heredero, de modo que puede hallarse o no cercenada su facultad de disposición de la herencia del primeramente fallecido según lo que prevean las normas del testamento en mancomún sobre el particular (vid. leyes 203 y 204 FN).

Además, determinar de quien hereda el instituido para la muerte de ambos es fundamental para responder a la pregunta de si el tercero ha de sobrevivir o no al cónyuge sobreviviente para conseguir algo del patrimonio de ambos cónyuges, sin mencionar las cuestiones fiscales, los temas que puede suscitar la procedencia o no de retracto, la posible reversión de bienes, etc.

Pues bien, si el problema se plantea con especial intensidad respecto a la institución hereditaria establecida a la muerte de ambos testadores, lo mismo puede decirse de los legados establecidos por ambos cónyuges conjuntamente y a satisfacer a la muerte del sobreviviente. En tal caso ¿adquiere el legatario del último testador sobreviviente o sólo la mitad de éste y la otra mitad del primer testador premuerto? La contestación a esta pregunta repite de nuevo los problemas que se plantean respecto a la institución hereditaria.

Se trata en suma de determinar de quién deriva su titularidad el causahabiente –heredero o legatario–.

Tanto para la sucesión universal a título de heredero como singular a título de legatario, cabe arbitrar dos diversas soluciones que siguiendo a KIPP<sup>2</sup>(y por tanto ejemplificando sobre la base del Derecho alemán de testamento conyugal con institución recíproca entre los esposos e institución posterior a favor de terceros) se resumirían de la siguiente manera:

a) Considerar al cónyuge sobreviviente heredero fiduciario del premuerto y a los instituidos para la muerte de éste considerarlos como herederos fideicomisarios (y también sustitutos vulgares). De esta forma, si es el marido el que muere el primero, la situación jurídica se desenvolvería así: la mujer tendría su propio patrimonio como propietaria libre y el patrimonio del marido como heredera previa, dividiéndose su patrimonio en dos masas de bienes de distinta cualificación jurídica. A la muerte de la esposa los hijos recibirían el patrimonio de su madre como herederos testamentarios inmediatos y el patrimonio de su padre como herederos sucesivos después de la madre.

b) Configurar la situación jurídica de modo tal que el cónyuge sobreviviente sea heredero pleno y sin limitaciones del premuerto y los terceros sólo sean herederos de aquél. De esta manera primero la mujer hereda al marido. Como heredera plena reúne el patrimonio del marido con el suyo particular, fundiéndose ambos patrimonios en una unidad sobre la que la mujer posee un derecho de disposición ilimitado. Muerta la mujer, los hijos –herederos finales– heredan como herederos de ella el patrimonio ya reunido en la persona de la madre. Con esta solución el patrimonio de los cónyuges queda reunido en una unidad.

1. En tales términos expone BINDER la cuestión, cfr. *Derecho de sucesiones*, trad. de la 2ª ed. alemana y anotado conforme al Derecho español, Barcelona 1953, p. 121.

2. *Derecho de Sucesiones*, vol. 1º, 2ª ed., trad. por COING de la 11ª ed. alemana, Barcelona 1976, pp. 687-689

Que el legislador opte por una de estas formas de organizar la sucesión a título universal o singular de las disposiciones que hemos mencionado comporta consecuencias jurídicas verdaderamente diferentes de las que a continuación pretendemos resaltar las más importantes.

1) En orden a la supervivencia del tercero instituido (como heredero o como legatario) ha de decirse que si se opta por la solución de establecer el principio de unidad de sucesiones, será necesario que el tercero viva cuando fallezca el cónyuge sobreviviente pues solamente adquiere la herencia o el legado de éste. Quedaría a salvo el derecho de representación que en Derecho navarro opera en la sucesión testamentaria salvo disposición en contra del causante y siempre que el instituido sea descendiente o hermano del disponente (cfr. ley 309 FN).

Por el contrario, según el sistema de dualidad de sucesiones, y por ende considerando la existencia de una sustitución fideicomisaria, será necesario únicamente que el tercero instituido (fideicomisario) sobreviva al cónyuge premoriente (fideicomitente); si fallece antes que el cónyuge sobreviviente (fiduciario) el fideicomiso quedaría purificado y la herencia fideicomitada podría ser dispuesta por el cónyuge supérstite (leyes 202.2 y 238).

2) La libertad de disposición del cotestador sobreviviente varía según se elija uno u otro sistema de transmisión para la que se realiza a favor del tercero instituido en testamento de hermandad.

Según el principio de unidad de sucesiones –el tercero adquiere del último testador– el cónyuge sobreviviente es heredero pleno y por tanto no está limitado en su libertad de disposición más allá de lo que establecen las propias normas previstas para la institución del testamento de hermandad. De tal manera que el cónyuge supérstite podría disponer de sus propios bienes a título oneroso sin limitación alguna, así como de los recibidos de su consorte, en este caso salvo cláusula en contrario, pero no podría realizar atribuciones lucrativas que mermen y dejen sin contenido la institución a favor del tercero (leyes 203 y 204 FN)

Si por el contrario, se estima que la solución ha de ser la de dualidad de sucesiones y ha de optarse por la consideración del tercero como heredero o legatario fideicomisario, el cónyuge sobreviviente resultaría limitado y gravado en su calidad de fiduciario (salvo previsión testamentaria en contra). No estaría por tanto legitimado para realizar enajenaciones lucrativas en ningún caso puesto que la ley 233 FN, norma reguladora del sistema de actos de enajenación y gravamen de los bienes objeto de una sustitución fideicomisaria e inspirada en que se produzca la subrogación real de los bienes (y por tanto sólo ante disposiciones onerosas), sólo admite tales actos cuando el disponente lo hubiese autorizado, cuando concurriera el consentimiento de los fideicomisarios o cuando, en casos de necesidad o utilidad evidente, recaiga autorización judicial que supla el defecto de consentimiento de todos los fideicomisarios.

En suma, mientras en el sistema de una única sucesión el testador sobreviviente mantiene un margen de disposición relativo y no marcado por la subrogación real, en el sistema de duplicidad sucesoria o sustitución fideicomisaria dicho margen se reduce en la medida en que los actos de disposición vendrían marcados por la subrogación a la que obliga la ley 235: *siempre que conforme a las leyes anteriores, el fiduciario enajenare como libres o sustituyere bienes objeto del fideicomiso, quedarán afectos a éste el dinero o los bienes que los sustituyeron por subrogación.*

Respecto al ordenamiento civil navarro, puede decirse que el otorgamiento de testamento de hermandad entre cónyuges en el que ambos se instituyen plenos y universales herederos demuestra que la intención de los testadores es la de otorgarse mejor posición que la que concede la ley al cónyuge viudo; eluden de esta forma su posición de usufructuarios universales ampliando sus facultades dispositivas. Por ello no creo que dentro de la lógica de la institución, la existencia de cláusula instituyendo disposición a favor de tercero convierta al primeramente llamado en fiduciario que deba proceder a la subrogación real de lo adquirido por la enajenación de los bienes fideicomitados, pues no es eso lo realmente querido por los otorgantes.

### 3) Sustitución vulgar y repudiación

La ley 226 FN establece en su primer párrafo que *toda sustitución fideicomisaria valdrá como sustitución vulgar a favor del fideicomisario cuando el fiduciario no llegue a adquirir los bienes*. Así pues, si otra cosa no establecen los testadores, la institución de heredero fideicomisario lleva en sí también la institución como heredero sustituto.

La aplicación de esa norma al supuesto que debemos contemplar en este breve estudio –llamamiento a favor de tercero para la muerte de ambos testadores instituidos recíprocamente herederos– conlleva que, de afirmarse que en esa hipótesis estamos ante un caso de institución de fiduciario (cónyuge sobreviviente) y fideicomisario (tercero), los llamados en calidad de fideicomisarios estarían instituidos como sustitutos vulgares con referencia al patrimonio del premuerto en el caso de que lo repudie el cónyuge sobreviviente.

Pero incluso es muy posible, a mi juicio, que en la solución contraria, es decir si se opta por la solución de considerar la existencia de una única sucesión, las personas instituidas para la muerte de ambos estén igualmente instituidas como sustitutas vulgares en relación al patrimonio del premuerto en el caso de que el sobreviviente repudie la herencia de aquél. Especialmente habrá que entenderlo así cuando los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente y han instituido como herederos a los hijos para cuando fallezca el sobreviviente, pues nada de ilógico tiene pensar que si el padre quiere que después de la muerte de la madre los hijos reciban el patrimonio paterno como parte integrante de la herencia de ella, también será su voluntad que en el caso de repudiación de la herencia por parte de la madre los hijos reciban igualmente el patrimonio del primero. Por tanto si la madre repudia la herencia no sería procedente la apertura de la sucesión legal sino que heredarían los hijos como sustitutos vulgares<sup>3</sup>.

Creo que tal opinión es defendible tanto para la institución hereditaria a favor de tercero para la muerte de ambos testadores como para el legado ordenado en las mismas circunstancias –legado conjunto para satisfacer a la muerte de ambos–. Tanto desde la perspectiva de contemplar en este caso una única sucesión como si se estima que hay duplicidad de sucesiones, el legatario podría considerarse como sustituto vulgar respecto a los bienes legados por el premuerto cuando el cónyuge sobreviviente repudia la herencia de su consorte en la que se encuentra incluida la parte del legado correspondiente al premuerto.

### 4) Derecho fiscal

La calificación de la posición jurídica del tercero llamado a la muerte del supérstite como institución o como sustitución, comporta asimismo consecuencias importantes en orden a la normativa fiscal aplicable.

Los arts. 58 y 59<sup>4</sup> del Acuerdo de la Diputación Foral de 10 de abril de 1970 que aprueba las normas para la exacción del Impuesto sobre Sucesiones recogen la idea básica

---

3. En este sentido KIPP, *ibidem*, p. 692.

4. Art. 58 1. *Cuando el testador dispusiere de sus bienes sustituyendo unos herederos a otros, se pagará el impuesto en cada sustitución con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante.*

2. *Si los herederos instituidos en tal concepto no tuviesen derecho en ningún caso a disponer de los bienes de la herencia sujetos a la sustitución, ya por actos "inter vivos" o por causa de muerte, se reputarán como meros usufructuarios.*

3. *Cuando la autorización para disponer de dichos bienes se halle afecta a una condición puramente potestativa, cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad de cualquiera de los herederos, albaceas, contadores-partidores o de otra persona expresamente designada en el testamento, se liquidará por la plena propiedad de aquéllos; pero los derechohabientes del heredero podrán solicitar la devolución del impuesto satisfecho por su causante en la parte correspondiente a la nuda propiedad si justifican el incumplimiento de la condición y la transmisión de los bienes afectados por la sustitución íntegramente al sustituto designado.*

4. *La disposición del apartado anterior se observará también cuando el testador autorice al heredero para disponer de los bienes en caso de necesidad, ya le imponga o no la obligación de justificar ésta, enajenando antes sus bienes propios, así como cuando dicha autorización deban otorgarla los coherederos, albaceas, contadores-partidores u otra persona expresamente designada por el testador.*

del legislador fiscal basada en la diferenciación entre usufructo y nuda propiedad, ambos conceptos con sujetos obligados diversos, diferenciación fundamentada en el dato relevante de la facultad dispositiva del instituido en primer lugar. Cuando el instituido goza de facultad dispositiva o ésta depende de la voluntad de otras personas, incluso cuando ha sido autorizado para disponer en caso de necesidad, el Impuesto se devenga para dicho instituido en concepto de plena propiedad. En otras palabras, la transmisión del patrimonio del testador premuerto en tales condiciones resultaría entonces gravado dos veces (al producirse cada uno de los casos sucesorios).

Por el contrario careciendo de tales facultades dispositivas, la legislación tributaria considera al instituido como mero usufructuario y en consecuencia el Impuesto se devenga en “dos fases”: el instituido en primer lugar pagará el Impuesto en concepto de usufructuario y el sustituto, una vez abierta la sucesión del primeramente instituido, satisfará el Impuesto descontándose lo pagado por el anterior.

## 2. Sustitución de residuo.

Cabría todavía estructurar una tercera solución, intermedia entre las dos anteriores, cuya calificación sería la de fideicomiso de residuo, solución exclusivamente aplicable al llamamiento a tercero a título de heredero y no a título de legatario. Como una de las especies de las sustituciones, en el fideicomiso de residuo el objeto de la restitución es tan sólo lo que quede o reste de la herencia al tiempo de la muerte del fiduciario.

La práctica demuestra, en efecto, que a la institución recíproca entre cónyuges y cotestadores, éstos suelen añadir un llamamiento a tercero/s para recibir lo que reste –si es que algo resta– del haber hereditario del último cotestador. A ese llamamiento los instituyentes suelen añadir una delimitación de la facultad dispositiva del testador sobreviviente autorizándole bien para disponer sólo en caso de necesidad, bien para disponer exclusivamente *inter vivos* y a título oneroso, bien a cualquier título o incluso para disponer *inter vivos* o *mortis causa*.

---

5. Para que la devolución proceda deberán también acreditarse en estos casos la transmisión íntegra al sustituto de los bienes de la herencia sujetos a la sustitución.

6. Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los casos de sustitución de legados.

7. En la sustitución vulgar, sólo se exigirá el Impuesto al sustituto y atendiendo a su grado de parentesco con el causante, cuando el heredero instituido falleciera antes que aquél o no pudiera aceptar la herencia. Si no quisiera aceptarla, se estará a lo prevenido para el caso de renuncia.

8. En las sustituciones vulgar y ejemplar se exigirá el Impuesto al sustituto cuando se realice aquélla, atendiendo al grado de parentesco con el descendiente sustituido y sin perjuicio de lo satisfecho por éste al fallecimiento del testador.

Art. 59 1. En los fideicomisos, cuando dentro de los plazos en que debe practicarse la liquidación no sea conocido el heredero fideicomisario, pagará el fiduciario con arreglo a los tipos establecidos para las herencias entre extraños., cualquiera que sea su parentesco con el causante.

2. Lo pagado con arreglo al párrafo precedente aprovechará al fideicomisario cuando sea conocido; pero no tendrá derecho a reclamar la devolución de cantidad alguna por razón de su parentesco con el causante.

3. Si dentro de los plazos se conociese el heredero fideicomisario, satisfará éste el Impuesto con arreglo a la escala de las herencias que corresponde al grado de parentesco con el causante y al valor de los bienes adquiridos.

4. Si el fiduciario o persona encargada por el testador de transmitir la herencia pudiera disfrutarla en todo o en parte, temporal o vitaliciamente, tuviese la facultad de disponer de los productos o rentas de los bienes hasta su entrega al heredero fideicomisario, pagará el Impuesto en concepto de usufructuario y con arreglo al grado de parentesco que le una con el causante. En este caso, el fideicomisario satisfará también al entrar en posesión de los bienes, el Impuesto correspondiente, no computándose en su favor lo pagado por el fiduciario.

5. En los fideicomisos en los que se deje en propiedad los bienes hereditarios al heredero fiduciario, aun cuando sea con la obligación de levantar alguna carga, en los términos en que establece el art. 788 del Código Civil, se liquidará el Impuesto como herencia en propiedad, con deducción de la carga, si fuese deducible por la cual satisfará el Impuesto el que adquiera el beneficio consiguiente al gravamen impuesto al heredero, por el título o concepto que jurídicamente corresponda al acto, y si el beneficiario no fuese conocido satisfará el Impuesto correspondiente a dicho concepto el heredero, pudiendo utilizar el derecho reconocido en el art. 32.

En los fideicomisos se tendrá en cuenta, para la liquidación correspondiente al fideicomisario, lo dispuesto en el párrafo 6º del art. 17.

Si nada han dispuesto los cotestadores, la regulación que el ordenamiento navarro prevé es la contenida en la ley 239 FN en la que se establece que las facultades de los primeramente instituidos se ciñen a las disposiciones *inter vivos* y onerosas. Para disponer a título lucrativo el fiduciario ha tenido que ser expresamente autorizado para ello, en cuyo caso se presumirá que podrá disponer tanto a título *inter vivos* como *mortis causa*.

Con frecuencia la jurisprudencia ha calificado como de llamamiento sustitutorio al residuo las cláusulas que hemos descrito (SSTS de 8 de mayo de 1986<sup>5</sup>, y 10 de marzo de 1978, RDGRN 17 de febrero de 1927). Sin embargo, a mi juicio, no puede decirse en puridad que los testamentos de hermandad con institución recíproca entre los cotestadores y llamamiento a tercero para suceder a la muerte de ellos sea exactamente y en todos los casos una sustitución de residuo. En primer lugar porque en virtud del negocio jurídico realizado, el supérstite queda vinculado no sólo respecto a los bienes recibidos del premuerto sino también (salvo que otra cosa se haya establecido) respecto a los suyos propios (ley 204 FN), efecto que una simple sustitución no puede producir. En segundo lugar porque las limitaciones al poder de disposición que pesan sobre el supérstite –similares en la sustitución de residuo y en el testamento de hermandad– no provienen del llamamiento al tercero como sustituto al residuo, sino de la propia testamentificación en común. El hecho de que sobre lo recibido pesen unas determinadas restricciones (y también sobre los bienes propios) no provoca el tránsito a las normas sobre la sustitución de residuo, sino que las mismas deberán seguir siendo las propias del testamento de hermandad. No debe olvidarse a este respecto que mientras en estas últimas se ordena que el testador supérstite no pueda revocar el testamento salvo que expresamente conste tal facultad en el testamento (ley 202), en la norma sobre sustitución de residuo, la simple autorización al fiduciario para disponer a título lucrativo incluye la disposición *mortis causa* de los bienes recibidos (ley 239 parr. 1 *in fine*).

Quizá la razón de más peso para negar la existencia de llamamiento al residuo a favor del tercero es que por lo general tal llamamiento no es sustitutorio sino directo. La voluntad de los instituyentes es nombrar heredero/s de una única masa de bienes de titularidad exclusiva del sobreviviente.

#### IV. LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS ALEMÁN Y ARAGONÉS.

##### 1. El Derecho alemán.

El BGB es uno de los pocos cuerpos legales europeos de Derecho privado que permite testar en mancomún, restringiendo esta forma de testar exclusivamente a los cónyuges. Dejando aparte las notas propias y características del régimen de este testamento conyugal en el ordenamiento alemán, a los efectos que aquí importan ha de prestarse atención a una de las modalidades que dentro del tipo genérico regula el Código de aquél país y que se contiene en el § 2269: el testamento berlinés. Es este un testamento en mancomún caracterizado por su especial contenido: en él ambos cónyuges se instituyen recíprocamente como herederos e instituyen a un tercero como heredero para la muerte de ambos.

Pues bien, respecto a esta especial regulación de la sucesión entre los cónyuges, el BGB estimó necesario clarificar la situación jurídica creada para el tercer llamado como heredero o como legatario, regulando a través de una norma interpretativa, presuntiva y dispositiva los efectos que para este sujeto produce la sucesión del último cónyuge supérstite.

---

5. Comentada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en *CCJC*, nº 11, 1986, pp. 3621 y ss.

§ 2269 Testamento berlinés. 1. *Si los cónyuges han determinado en un testamento mancomunado por el cual se instituyen como herederos recíprocamente, que después de la muerte del superviviente el caudal relicto de ambas partes deba recaer en un tercero, en la duda ha de entenderse que dicho tercero está instituido como heredero del cónyuge últimamente muerto para todo el caudal relicto.*

2. *Si los cónyuges han ordenado en semejante testamento un legado que deba ser cumplido después de la muerte del sobreviviente, en la duda ha de entenderse que el legado sólo debe deferirse al designado con la muerte del sobreviviente<sup>6</sup>.*

La norma en realidad tiene una aplicación limitada en cuanto se ciñe a presumir una voluntad no manifestada expresamente por los testadores acerca de si el llamado para la muerte de ambos adquiere del último cónyuge fallecido o de los dos. Los términos del precepto tanto en el primer párrafo como en el segundo son bien expresivos: “...en la duda ha de entenderse...”. Por tanto, cuando ambos cónyuges manifiestan inequívocamente su voluntad de que el llamado –a título de herencia o de legado– sea considerado adquirente directo del sobreviviente (respecto a los bienes de éste) y subadquirente del premuerto, decaerá la norma presuntiva.

Tampoco será de aplicación el precepto cuando pueda deducirse del tenor del testamento una voluntad contraria de los disponentes a considerar al llamado adquirente directo del sobreviviente. Así por ejemplo, cuando los cónyuges se nombran recíprocamente herederos fiduciarios y al tercero como heredero fideicomisario. Entonces, la propia estructura de la institución impide apreciar la existencia de un caudal común y de una única sucesión, debiéndose considerar al tercero, con respecto al caudal relicto del premuerto, heredero fideicomisario de éste. De la misma forma, no procederá la aplicación de la presunción normativa del § 2269 cuando cada uno de los cónyuges testadores impone al otro respecto a sus bienes (de aquél) prohibición de disponer *inter vivos* a título gratuito y/u oneroso. De tal limitación se infiere la voluntad de que los bienes del cónyuge que primeramente muera permanezcan en el patrimonio del sobreviviente pero sin “confundirse” con los suyos, con el fin de que lleguen más o menos íntegramente al instituido para la muerte de ambos. Y, en fin, podría decaer la aplicación del precepto que comentamos cuando los testadores establecen un legado de cosa común a favor de un tercero pero estableciendo que a la muerte del primer cónyuge ha de pagársele al instituido la mitad de lo legado, supuesto éste en el que más que decaimiento de la presunción lo que se produce es incumplimiento de uno de los presupuestos para que los efectos de la norma puedan tener lugar: que se trate de legado conjunto a satisfacer a la muerte de ambos cónyuges-testadores.

En los casos descritos y en otros posibles se observa la permanencia de dos sucesiones abiertas por la propia voluntad de los causantes y el consiguiente decaimiento de la aplicación de la norma que examinamos.

En otro orden de cosas, el ámbito de aplicación de la presunción de unidad de sucesión establecida en la norma es doble. En primer lugar y de manera preferente el legislador (parr. 1<sup>o</sup>) la establece respecto al instituido heredero para la muerte de ambos. En este caso la norma cobra todo su sentido y fuerza pues el caudal relicto pasará en su totalidad al tercero de manos del sobreviviente, de quien la norma (en caso de duda) establece que adquiere. Pero en segundo lugar, la misma solución adopta el legislador (parr. 2<sup>o</sup>) cuando lo dispuesto de consuno por los cónyuges testadores no es la institución hereditaria para la muerte de ambos sino un simple legado.

La propia finalidad del trabajo exige fijar la atención exclusivamente en el segundo de los párrafos de la norma referido a la ordenación conjunta de un legado para cuando muera el sobreviviente, supuesto al que se ciñe la ley 205 FN. Pues bien, la aplicación de dicho párrafo segundo exige una serie de presupuestos que pasamos a analizar:

6. Trad. EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado*, Barcelona 1998, p. 602.



### 1) Institución recíproca.

La solución arbitrada en la norma sólo encuentra lógica cuando se presenta el supuesto de hecho básico recogido en el primero de los párrafos del § 2269: que los cotestadores se nombren herederos mutuos. Sólo en esta hipótesis es cuando se puede plantear el problema de determinar de quién adquiere el legatario y sólo en esta hipótesis es cuando se hace necesaria la previsión legal. Fuera del típico testamento berlinés, es decir, en todos los testamentos mancomunados en que los cónyuges a pesar de testar conjuntamente instituyen heredero a diferentes personas, no encuentra sentido establecer de quién adquiere el legatario puesto que adquirirá exclusivamente del ordenante del legado.

### 2) Institución a título singular a favor de un tercero.

Ya que de lo que se trata es de solucionar precisamente la cuestión de cuál de los cotestadores es de quien adquiere el instituido, éste ha de ser precisamente persona ajena al testamento. No cabe –por ilógico– aplicar la presunción de unidad de sucesiones establecida en el § 2269 al legado establecido a favor del heredero y cotestador.

### 3) Voluntad expresa de que el legado se cumpla tras la muerte del último cotestador.

Tan sólo cuando los cónyuges desean, y así lo expresan, que el legatario tome posesión de lo legado a partir de que el último testador y ordenante del legado (y que es a la vez el heredero) muera, la ley encuentra la necesidad de establecer que tal legado, a la postre, lo adquiere del último cónyuge superviviente, deduciendo una tácita voluntad de los cónyuges en tal sentido. Como manifestábamos en líneas precedentes, si los cónyuges-testadores manifiestan lo contrario y establecen que parte del legado pueda pagarse o entregarse a la muerte del primero de ellos, no hay razón para deducir que la voluntad testamentaria fue la de que el legatario lo fuera del último cónyuge superviviente, sino más bien lo contrario, que el legatario es en parte transmisario del premuerto (y que en consecuencia puede exigir al heredero el cumplimiento del legado) y en parte del superviviente.

### 4) Ordenación conjunta e indiferencia de la procedencia de los bienes.

El precepto no establece un régimen diverso según sea el carácter –privativo o común– de los bienes de los cónyuges testadores. Si el bien legado pertenece a uno sólo de los cónyuges, lo adquirirá a su muerte el otro cónyuge en su totalidad y a la muerte de éste el legatario. Si el bien era común a ambos testadores, el cónyuge superviviente adquirirá como heredero la cuota del premuerto sin que el legatario pueda exigir dicha cuota; a la muerte de ambos podrá exigir la entrega íntegra del legado.

Lo esencial para la aplicación de la norma es que se trate de una ordenación conjunta de los testadores, Los legados ordenados solamente por uno de los testadores, ya sea el objeto legado privativo o común, no entran en el ámbito de aplicación de la norma.

El cumplimiento de todos los presupuestos anteriores hace que deba ser aplicada la presunción de una única sucesión (la del cónyuge superviviente) y la consiguiente posposición del pago del legado a la muerte de ambos testadores, efecto que podría también producirse en el caso de un legado individual y no conjunto pero condicionado a la muerte de ambos testadores. En este caso, el legado se ordenaría de forma aislada por el premuerto pero aplazando su vencimiento hasta la muerte del superviviente.

## 2. El Derecho aragonés

El Derecho civil aragonés escrito contiene normas referidas a aspectos concretos del testamento mancomunados ya desde 1428 en las Observancias oficiales, así como en las de Jaime de Hospital. Sin embargo, los testamentos mancomunados ente cónyuges eran antes

de esa fecha una práctica tan habitual que “hasta el siglo XII no se conocen en Aragón testamentos unipersonales otorgados por personas casadas”<sup>7</sup> Con el comienzo de la tarea de conservación y plasmación en cuerpos legales de los distintos Derechos forales, Aragón abordó bien tempranamente la regulación de su Derecho de sucesiones y por ende del testamento mancomunado como testamento exclusivamente conyugal.

Tras algún intento de regulación del Derecho civil aragonés<sup>8</sup> que no contenía mención al problema que aquí analizamos, el Proyecto de Apéndice de Derecho aragonés de 1904 abordó la cuestión de unicidad o duplicidad de sucesiones en los testamentos conyugales mancomunados con institución recíproca e institución de tercero para la muerte de ambos. El art. 249 de dicho Proyecto establecía que

*“En materia de interpretación de testamentos de mancomún regirán por lo demás estas reglas: 1<sup>a</sup> La institución mutua de herederos con designación de otras personas en las cuales deban recaer los bienes que de ambos cónyuges resulten a la muerte, se reputará hecha para éste como en mero usufructo en cuanto a lo relicto por el prefallecido. 2<sup>o</sup> La institución igualmente mutua de herederos, con facultad en el sobreviviente de libre disposición, aunque con cláusula de dejar los bienes que no haya consumido, así como los derechos, acciones y futuras sucesiones a determinadas personas, no restringe tal facultad sino en lo tocante a los que aparezcan al fallecer dicho sobreviviente”.*

El precepto se refería implícitamente tanto a la institución de heredero como de legatario para la muerte de los cónyuges (...*personas en las que deban recaer los bienes...*) y optaba por establecer una solución diferente según los testadores hubieran o no dejado a salvo la facultad de disposición del cónyuge sobreviviente. Si nada se hubiere previsto por los cónyuges, la norma –operando a modo de voluntad presunta– establecía que el sobreviviente era un mero heredero fiduciario sin facultades dispositivas y con obligación de conservar los bienes, pudiendo sólo usar y disfrutar lo dejado por el premuerto. Por el contrario, no procedería la aplicación de la presunción cuando los cónyuges se hubieran concedido total libertad dispositiva. De tal concesión el legislador deducía la voluntad de instituir al cónyuge como heredero pleno y al tercero como un heredero de la masa común hereditaria provocada por la muerte del cónyuge sobreviviente. En suma, unicidad de sucesiones a la muerte del supérstite.

Posteriormente, el art. 20 del –ya como Derecho vigente– Apéndice foral de Aragón vigente desde 1926 retomó la idea del Proyecto de 1904 si bien de forma más escueta:

*“Se reputará, cuando otra cosa no se haya expresado por los otorgantes, que la institución mutua de herederos con designación de otras personas en las cuales deban recaer los bienes, atribuye al cónyuge sobreviviente el usufructo tan sólo de los bienes del finado”.*

El precepto continuaba con la idea inicial del texto anterior y aunque no ligaba necesariamente al sistema de unicidad de sucesiones el otorgamiento de la facultad de disposición para el sobreviviente, tal ligazón estaba implícita. Bajo el régimen del Apéndice los testadores podrían expresar su voluntad de que el que de ellos sobreviviere no fuera usufructuario, pero no necesariamente ello debía producirse a través de la concesión de facultades dispositivas, sino también por ejemplo a través de fórmulas como la de nombramiento de *heredero pleno*.

Durante la vigencia de esta norma, la doctrina acogió de una manera un tanto contradictoria el precepto. Por un lado afirmaban los autores que la solución arbitrada, aunque

7. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “El testamento mancomunado aragonés” en *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou Dret sucesori de Catalunya*, Barcelona 1994, p. 291.

8. Me refiero al Proyecto de Código civil de Aragón elaborado por una Comisión en 1899, comunmente conocido como Proyecto Ripollés. Sobre la evolución histórica del Derecho aragonés en la institución que examino, vid. GARCÍA GRANERO en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXXVII, vol 1<sup>o</sup>, Leyes 148 a 252 del Fuero Nuevo, pp. 638 y ss.

contraria al Derecho alemán, era la correcta: en caso de duda, los terceros heredarían del testador cuyos eran los bienes, haya muerto el primero o el último. Además, respecto al momento inicial de producción de efectos de las cláusulas mancomunadas se defendía que aquéllas que hicieran referencia a los bienes o parte de los bienes de cada uno de los cónyuges debían producirse desde el momento en que falleciese el testador de quien dichos bienes provengan<sup>9</sup>.

A ello se añadía sin embargo que el derecho del tercero nacerá o no a la muerte del primeramente fallecido, y será o no transmisible a los sucesores del sustituto fideicomisario, según cual sea la extensión de las facultades del primeramente instituido. Si éste tiene plena disponibilidad, el derecho del fideicomisario no nace hasta el momento en que se sepa que hay residuo. Si la facultad de disponer *inter vivos* está sujeta a alguna limitación, como, por ejemplo, para caso de necesidad, hay una *obligación* de conservar de la cual parece nacer un *derecho* en el momento mismo de morir el primero de los testadores.

Como aspectos negativos del precepto se señalaba que en el supuesto regulado (testamento mancomunado con institución recíproca y llamamiento a tercero), la práctica demuestra que el testador quiere conceder a su cónyuge cuando no hay descendencia por lo menos el derecho a disponer *inter vivos*. “La norma transcrita pugna con el criterio de interpretación extensiva que para la viudedad concede el art. 64 (del Apéndice), con el uso que se hace de la institución y con las modernas tendencias legislativas y doctrinales a favor de la ampliación de los derechos del cónyuge viudo”<sup>10</sup>.

La aprobación de la Compilación de Derecho civil de Aragón no se produjo hasta 1967, y a pesar de prestar atención a bastantes de los problemas que los testamentos mancomunados plantean, omitió toda referencia a la cuestión planteada en el art. 20 del Apéndice, con lo que el tema se plantea como cuestión de interpretación de la voluntad testamentaria. De cualquier forma, la línea iniciada desde el Proyecto de 1904 ha sido la que la doctrina vino manteniendo hasta la vigencia de la Compilación.

Es muy expresiva a este respecto la opinión de LACRUZ: “En Navarra en todo caso, y en Aragón no habiendo descendencia, se usan la institución recíproca pura de los cónyuges, o la institución del sobreviviente con atribución de la facultad de disponer mediante negocio jurídico *inter vivos* y el nombramiento de uno o varios sustitutos fideicomisarios de residuo; a veces se ordena que de los bienes que conserve el sobreviviente al tiempo de su muerte se hagan sendas porciones para la parentela de cada testador. Debe entenderse en tales casos que los parientes heredan del propietario de los bienes, y, por ende, como sustitutos fideicomisarios de residuo en cuanto al primer fallecido y como herederos en cuanto al segundo”<sup>11</sup>

A diferencia de lo que preveía el Proyecto de 1904 e implícitamente el Apéndice de 1926, para LACRUZ el otorgamiento de facultades dispositivas al cónyuge supérstite no significa voluntad de unificar las masas patrimoniales de ambos cónyuges y de producir una única sucesión. Es más, ni siquiera en el caso de que se ordene la partición del patrimonio final del sobreviviente en dos porciones para los parientes de cada uno de ellos habría una única sucesión, sino dos sucesiones abiertas en la medida en que dichos “parientes heredan del propietario de los bienes”.

9. Cfr. LORENTE SANZ, J., “El testamento mancomunado aragonés en el Apéndice foral aragonés” en *Primera Semana de Derecho aragonés*, Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1942, pp. 134-135 y TEIXEIRA GRACIANETA, A., “El testamento mancomunado aragonés” en *Temis*, Fac. Derecho Univ. Zaragoza, 1958, p. 149. En apoyo de tal tesis se citaban las sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 29-11-1899; 25-VI-1903; y 11-VII-1921.

10. LORENTE, *ibidem*, p. 136.

11. Notas a BINDER, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 124. Vid. también ALONSO y LAMBAN, M., “Las formas testamentarias en las llamadas regiones forales. (Esquema para una exposición)”, *Temis*; Fac. Derecho Univ. Zaragoza, 1959, p. 33.

A mi juicio el mantenimiento de esta postura tiene su base y fundamento en la regulación legal que la propia Compilación establecía respecto a otra institución de gran arraigo en el Derecho aragonés y enormemente relacionada con el testamento mancomunado: el pacto al más viviente contenido en el art. 108 de la Compilación según la redacción dada por la Ley de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985:

*1. La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes.*

*2. Habiendo sólo hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia.*

*3. No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.*

Los efectos del “pacto al más viviente” cuando no existe descendencia son, en primer lugar, la calificación del cónyuge sobreviviente como heredero pleno y con plenas facultades dispositivas, salvo que se establezca otra cosa; en una segunda fase que se produce al fallecimiento del cónyuge heredero, los bienes no dispuestos pasarán “a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido”.

El fundamento ontológico de tales efectos parece encontrarse en el principio de conservación de los bienes en las personas de la familia inspirador del Derecho de sucesiones aragonés: “La norma responde en su esencia al más genuino principio de troncalidad, por el que el legislador trata de mantener determinados bienes en el seno del grupo familiar a que pertenecía su primitivo propietario (en este caso el cónyuge premuerto). La fórmula legal consiste en el establecimiento de una suerte de sustitución fideicomisaria de residuo en la que los sustitutos son esos parientes del cónyuge primeramente fallecido, <llamados> a su sucesión en el momento del óbito del cónyuge viudo”<sup>12</sup>.

Paralelamente a esta solución establecida para el pacto al más viviente, se otorga el mismo tratamiento a los testamentos mancomunados entre cónyuges con institución conjunta a favor de tercero (como heredero o como legatario), considerándose que este tercero hereda del causante propietario de los bienes en cuestión y no del último testador en fallecer.

El último paso en la regulación de la materia sucesoria lo constituye la muy reciente Ley de las Cortes de Aragón 1/1999 de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que, derogando el Libro II de la Compilación, ha modernizado el Derecho aragonés en la materia. Por lo reciente de la modificación legal no puedo sino destacar las novedades que sobre la cuestión que examinamos se han introducido. La primera de ellas es la ampliación de la legitimidad para testar en mancomún a todas las personas sin necesidad de que entre ellas medie vínculo matrimonial (ley 102). La segunda se refiere directamente a la cuestión que examinamos: ¿de quién adquiere el tercero instituido para la muerte de los dos testadores? La solución, en consonancia con la trayectoria doctrinal y legal aragonesa, sigue siendo la de duplicidad de sucesiones.

*Los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo previsión contraria en el testamento (art. 104. parr 2°).*

12. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., Comentario a la ley 108 de la Compilación aragonesa, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirig. ALBALADEJO, T. XXXIV, vol. 1º, Madrid 1987, arts. 89 a 118 Comp. de Aragón, p. 264.

Por tanto, si los testadores ordenan un legado conjunto para la muerte de ambos, una vez que se produzca la muerte del último de ellos, el beneficiario será en parte sucesor del primeramente fallecido –respecto a los bienes cuya titularidad ostentara– y en parte del último –con igual precisión–.

## IV. EL DERECHO NAVARRO

### 1. El Derecho histórico y la STS de 1896.

Las sucesivas regulaciones vigentes en Navarra sobre el testamento de hermandad no se vieron en la necesidad de establecer o diseñar cuál es la posición jurídica del tercero instituido para la muerte de todos los testadores, ni tampoco el problema más concreto de si el legatario común lo es del último cotestador o en parte de éste y en parte del premuerto. Por ello no se encuentran en los diversos textos de Derecho histórico navarro normas que traten el particular.

La cuestión se planteó en la realidad de la práctica jurídica con ocasión de un testamento de hermandad entre madre e hija en el que ambas se instituían recíprocamente únicas y universales herederas y, además, conjuntamente ordenaban ciertos legados de cantidad. Pero las cláusulas testamentarias no precisaban el momento de pago de los legados, es decir, no aclaraban si el legado debía ser pagado íntegramente a la muerte de la primera, de la última, o por mitad a la muerte de cada una de las testadoras. Tampoco precisaban con cargo a la herencia de cuál de las dos testadoras debían ser imputados. Fallecida una de las testadoras, los legatarios exigieron a la sobreviviente el pago íntegro de los citados legados con petición de pago de intereses desde la muerte de la primera testadora.

La Audiencia de Pamplona declaró que la testadora sobreviviente estaba obligada solamente al pago de la mitad del legado. El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de febrero de 1896 confirmó la sentencia y declaró que “los legados de que se trata fueron instituidos conjuntamente por ambas testadoras y como no determinaron que se pagaran íntegros por muerte de cualquiera de ellas, ni con cargo a la herencia de la premoriente, es manifiesto que, por afectar igualmente a los bienes de sus respectivas propiedades, no se hicieron exigibles los legados a la muerte de Dña. M.J. en su totalidad ya se les considere divisibles, ya indivisibles; en el primer supuesto (...) porque la muerte de aquella señora determinó el día desde el cual debía su heredera satisfacer y los legatarios exigir el pago de la mitad correspondiente a su herencia transmitida por el testamento, pero no el del pago de la otra mitad correspondiente a la sucesión de la testadora sobreviviente que tan sólo podría abrirse con su muerte; y en el segundo supuesto, o sea en el supuesto de reputarse indivisibles los legados atendida la unidad de su institución, tampoco serían exigibles porque siendo indivisible la voluntad de sus instituidoras, no podría considerarse extinguida esa personalidad hasta la muerte de ambas testadoras, y porque toda última voluntad se presume adoptada con el propósito de que no tenga efecto hasta después de la muerte del que la adopta, porque en otro caso se convertiría en un acto *inter vivos*; siguiéndose de todo ello que al denegar la Sala sentenciadora el pago de la mitad de los legados instituidos por la recurrida, Dña. A.L. en el testamento que mancomunadamente otorgó con su madre Dña. M.J. hasta que ocurra el fallecimiento de aquélla, ni ha infringido la voluntad de la testadora, ni la ley y doctrina relativas a la interpretación de los testamentos que respectivamente se invocan en los cuatro primeros motivos del recurso”<sup>13</sup>.

13. Como precedente de la actual ley 205 FN, además del párrafo del BGB citado, se ha mencionado (GARCÍA GRANERO, p. 916) esta STS de 21 de febrero de 1986 como apoyo de que el Fuero adoptara idéntica solución que la mantenida entonces por la Sala. Evidentemente se trata de un error, habida cuenta de que el fallo de la sentencia y la solución de la ley 205 FN son radicalmente opuestos.

Ha de destacarse que el supuesto de hecho resuelto por el Supremo viene delimitado por una serie de elementos sobre los que el Tribunal decidió en el sentido que lo hizo: a) institución hereditaria universal y recíproca; b) ordenación conjunta de legados de cantidad, c) indeterminación de la masa a la que imputar los legados y d) imprecisión del momento en que debían ser satisfechos tales legados. La propia indeterminación del derecho de los legatarios sobre todo respecto al punto d) es la que motivó, a mi juicio, el fallo, al estimar que al menos podían los legatarios exigir a la testadora supérstite la mitad del legado de cantidad.

La concurrencia de los datos señalados hace ver un elemento diferenciador en el supuesto de hecho respecto del contemplado en el § 2269 BGB; mientras en éste los testadores en mancomunidad prevén que los legados sean satisfechos a la muerte de ambos, en el supuesto resuelto por la STS de 1896 nada habían expresado sobre tal extremo las disponentes, limitándose a ordenar cantidades para los legatarios sin especificar el momento en el cual han de ser pagados.

Obsérvese que la sentencia no viene a solucionar la cuestión que se plantea en el Código alemán –dilucidar de quién adquiere el legatario cuando los disponentes ordenan un legado a pagar a la muerte de ambos–, sino la de responder a la pregunta de si ante un legado ordenado conjuntamente sin determinar en qué momento ha de ser satisfecho, tiene el legatario derecho a pedir la parte del legado correspondiente a la herencia provocada por el primer testador.

En tanto no se produjo la actualización el Derecho civil navarro, la escasísima doctrina que trató sobre el testamento de hermandad prestó poca atención a la sentencia del Tribunal Supremo de 1896<sup>14</sup>, no encontrándose sino referencias genéricas a los testamentos con institución recíproca e institución común para la muerte de los dos testadores, optando en tal caso y siguiendo al Derecho aragonés, por el sistema de duplicidad de sucesiones<sup>15</sup>.

## 2. Los antecedentes de la Ley 205 FN

La actual redacción de la ley 205 tiene sus orígenes inmediatos en la redacción que a la misma dio la Recopilación Privada en su ley 164, la cual pasó sin alteración alguna al texto definitivo del Fuero.

Sin embargo el germen del precepto se encuentra ya en el Proyecto de Apéndice al Código civil (1900) de la Comisión oficial encargada de su elaboración que en su art. 682 establecía:

*Las mandas y legados contenidos en los testamentos de hermandad no podrán reclamarse judicialmente hasta después del fallecimiento del último de los herederos mutuamente instituídos, salvo disposición en contrario.*

Prácticamente sin variantes los Proyectos de Covián y Aizpún-Arvizu y el del Colegio Notarial de Pamplona reprodujeron este precepto.

14. SALVO LACARRA en *Instituciones de Derecho civil navarro*, Biblioteca de Derecho Foral, T. VI, Pamplona 1965, p. 342, n. 157.

15. “Estos testamentos suscitan una interesante cuestión ya tratada por el Sr. Lorente respecto de Aragón y que tiene sobre todo relieve en el aspecto fiscal en orden a la liquidación del Impuesto de Derechos reales, en el caso de que exista un heredero común, en combinación con una institución recíproca: si los bienes de A pasan a B y a la muerte de éste se transmiten al heredero común C se hace preciso determinar si C los hereda de A o de B, esto es, si se trata de una institución o de una sustitución. Nos parece muy acertada la solución del Sr. Lorente: «Los terceros heredan del testador cuyos eran los bienes, haya muerto el primero o el último»”, SANTAMARÍA DE CRISTOBAL, J.L. “El testamento de hermandad”, *Revista Príncipe de Viana*, n.º XX, 1945, año VI, p. 461.

*Las mandas o legados contenidos en los testamentos de hermandad no inválidos no podrán reclamarse judicialmente hasta después del fallecimiento del último de los herederos mutuamente instituidos, salvo disposición de aquéllos en contrario.* (art. 36, Proyecto Covián).

*Las mandas y legados contenidos en los testamentos de hermandad no podrán reclamarse hasta después del fallecimiento del último de los herederos mutuamente instituidos, salvo disposición en contrario.* (art. 46 Proyecto Aizpún-Arvizu y art. 42 Proyecto Colegio Notarial).

El Proyecto de la Diputación Foral de 1945 mantuvo este último texto añadiendo la concesión al legatario de cosa específica y determinada de la facultad de solicitar aseguramiento de su derecho.

El Proyecto de Fuero Recopilado de 1959 por un lado suprimió esta facultad de afianzamiento del legatario y, por otro, pospuso el pago de los legados ordenados en los testamentos de hermandad también al supuesto en que los cotestadores se hubieren instituido usufructuarios universales.

El texto definitivo de la actual ley 205 FN es fruto de la unión de los diversos textos de los que se tomaron (salvo en el tema de los usufructuarios universales) todos sus elementos. La redacción, en comparación con los textos anteriores, mucho más sencillos en la descripción del supuesto de hecho, obliga al intérprete a ir esclareciendo cada uno de los elementos tanto de la hipótesis normativa como de los efectos consiguientes.

### 3. Análisis de la Ley 205 FN

#### *a) Caracteres y presupuestos*

Como la práctica totalidad de las normas reguladoras del testamento de hermandad, la ley 205 es norma dispositiva (*Salvo disposición en contrario...*), de forma que el testador que dispone de un legado a favor de persona distinta del resto de testadores a los que ha nombrado herederos, puede derogar el régimen legal haciendo entonces que el legado resulte exigible para el legatario desde la apertura de la sucesión de aquél. Ese carácter derogable de la norma se observa asimismo en el hecho de que permite que el heredero quede eximido de la obligación de afianzamiento cuando así lo establezca el propio testador, haciendo decaer por su propia voluntad las cautelas legales.

Cuando el testador no ha dispuesto lo contrario, la aplicación del mandato contenido en esta ley –posposición del legado y exigencia de caución– necesita una serie de condicionantes que deben estar presentes en el testamento de hermandad que ordene una atribución patrimonial a título de legado:

a) Que el testador en mancomún haya nombrado heredero a otro/s testador/es. A diferencia del § 2269 BGB del que se tomó y de los diversos Proyectos que precedieron al Fuero, el precepto no exige que la institución hereditaria sea mutua o recíproca, con lo que para la aplicación del precepto basta con que estemos ante un testador que dispone de un legado e instituye a otra persona distinta, pero también cotestadora, como heredera sin necesidad de que ésta hubiera instituido a su vez al testador disponente del legado heredero.

A mi juicio el punto de partida del precepto navarro no tiene justificación ya que la solución arbitrada en la norma sólo encuentra lógica cuando los cotestadores se nombren herederos mutuos. Sólo en esta hipótesis es cuando se puede plantear el problema de determinar de quién adquiere el legatario y sólo en esta hipótesis es cuando se hace necesaria la previsión legal. Fuera del testamento de hermandad con institución recíproca, es decir, en todos los testamentos mancomunados en que los cónyuges a pesar de testar conjuntamente

instituyen heredero a diferentes personas, no encuentra sentido establecer de quién adquiere el legatario ni tiene sentido la posposición del mismo.

b) Que el testador disponga de un legado a favor de persona distinta del heredero/s. Para que quede diferida la exigibilidad del legado, es imprescindible que el beneficiario del mismo no sea persona en quien concurren estas dos circunstancias: ser cotestador con el disponente y resultar instituido heredero por el propio disponente. Si el favorecido por el legado es un cotestador pero que no ha sido instituido heredero por el disponente del legado, aquél podrá exigir el legado desde la apertura de la sucesión de éste; e, igualmente, si el favorecido por el legado ha sido nombrado heredero pero no testó en mancomún con el causante, podrá asimismo exigir desde la apertura de la sucesión el legado que le ha sido atribuido.

Trasladando la solución arbitrada en la ley 205 a supuestos usuales en la práctica puede observarse que tal solución no se aviene bien con todos los posibles legados en los que aparezcan los requisitos antes expuestos. Y la razón es que el § 2269 BGB fue tomado sólo en parte, cercenado y alejado de la propia finalidad que perseguía. Pensemos por ejemplo en un testamento entre cónyuges instituidos herederos recíprocamente en el que se ordene un legado individualmente por uno de ellos respecto a sus propios bienes (p. ej. legado a favor de un hijo o legado de cantidad a favor de la persona o institución que le atendió en la última enfermedad). No se entiende en estos casos por qué tiene que posponerse la entrega por mucho que sea el consorte heredero universal y cotestador.

Diferente juicio merece el supuesto de que el legado sea un legado conjunto ordenado por los cónyuges. Entonces el precepto tiene su lógica porque además de estar ante la hipótesis básica, cual es la de solventar la cuestión de dilucidar de quien adquiere el legatario y desde cuando, el precepto posibilita otorgar al cónyuge superviviente la posibilidad de deferir la entrega de la cuota del cónyuge premuerto (si el objeto legado era conquistado, evitando además una cotitularidad ente el cónyuge heredero y el legatario)<sup>16</sup>. o del bien por entero (si era privativo).

Obsérvese que es dato fundamental para la posposición del pago del legado el que éste sea ordenado individual o conjuntamente. En el primer caso el precepto no encontrará fundamento, mientras que en la disposición conjunta es donde se hace preciso establecer de quien adquiere el legatario y desde cuando puede reclamarlo o exigirlo.

Pues bien, el Fuero aplica la misma inexigibilidad a todo legado dispuesto en testamento de hermandad por uno de los testadores con la única condición de que el otro/s testador/es haya sido instituido/s heredero/s. Así, prescindiendo de que el legado sea conjunto o individual, –dato trascendental a mi juicio– el Fuero aplica su mandato a hipótesis ajenas a la finalidad inicial de la norma: exista o no institución recíproca entre los cotestadores, ya se trate de legado directo e individual o de legado ordenado conjuntamente por los cotestadores, ya se trate de legado de cuota de un bien común o de bien privativo ...

16. Siendo el bien legado un bien de conquistas, ha de tenerse en cuenta que *en el legado de bienes de conquista, cuando un cónyuge los legue a favor de otro, o ambos conjuntamente a favor de tercera persona, se entenderá que cada uno lega la mitad del objeto legado* (ley 251). Esta norma tiene la finalidad de solucionar el problema de la disposición testamentaria realizada por los titulares de una comunidad patrimonial –y no de objetos concretos y determinados en proindiviso– conciliando indeterminación de cuota sobre los bienes que lo integran con disposición gratuita por parte de sus titulares. Según el precepto, los efectos atributivos de un legado a favor de tercero de un objeto de la comunidad de conquistas se entienden producidos por mitad (*se entenderá que cada uno lega la mitad del objeto*). La norma no tiene por tanto otra virtualidad que la de excluir y separar de la masa común de bienes el objeto legado, de modo que la liquidación de la sociedad de conquistas y la atribución de la herencia del causante se practicará sólo con el resto de bienes pertenecientes al patrimonio de conquistas. De esta forma se evita el peligro de que en la disolución y liquidación de la sociedad el bien legado no sea adjudicado al disponente. Cfr. ARREGUI GIL, J., Comentario a la ley 251 en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, diríg. por ALBALADEJO, T. XXXVII, Vol. 1<sup>o</sup>, leyes 148 a 252, Madrid 1998, pp. 1215 y 1228.



La finalidad del precepto alemán correspondiente es la de presumir que a falta de previsión específica, cuando los esposos (instituidos recíprocamente herederos, insisto) han ordenado conjuntamente un legado que deba ser cumplido tras la muerte del sobreviviente, el legatario adquirirá tras la muerte del sobreviviente y *adquirirá del sobreviviente*, lo cual como hemos puesto de relieve tiene importantes consecuencias. El Fuero, olvidando esa finalidad, pospone injustificadamente la exigibilidad de legados directos y no conjuntos establecidos por el testador premuerto a cargo de sus propios bienes.

### ***b) Los efectos de la ley 205 FN en el sistema de adquisición de los legados.***

Una cuestión interesante que el precepto que examinamos plantea es el de si el mismo establece un régimen peculiar de adquisición de los legados en los que concurren los requisitos recogidos en la propia ley, y que consistiría en la posposición de la adquisición hasta la muerte del último heredero<sup>17</sup>, o si el régimen de adquisición seguirá siendo el previsto en la ley 321 (“*Los legados se adquirirán desde el momento de la muerte del causante*”) y únicamente traslada la exigibilidad de los mismos a la muerte del último de los herederos, lo cual puede tener su importancia a la hora de exigir el pago de intereses en legados de cantidad, o de requerir o no la supervivencia del legatario en el momento de la muerte del último heredero.

A mi juicio, lo previsto en la ley 205 no supone un régimen adquisitivo específico y diferente al previsto en la ley 321. Los legados descritos en la ley 205 FN se adquieren –como los demás– *desde el momento de la muerte del causante* y lo único que ocurre es que *no serán exigibles hasta después del fallecimiento del último de los instituidos* (herederos). Sin embargo, en Derecho navarro tal punto no tiene trascendencia en orden al pago de intereses y reclamación de frutos, pues según ordena la ley 245 *los legatarios hacen suyos los frutos o rentas desde que judicial o extrajudicialmente hubieren exigido la entrega*. Así, tal como afirma la STS de 21 de febrero de 1896, “los legados de cantidad no devengan intereses desde la muerte del testador, sino desde que es requerido judicialmente al pago, porque hasta entonces no incurre en mora”.

En donde sí tiene trascendencia la determinación del momento de adquisición de los legados previstos en la ley 205 FN es en el tema de la supervivencia del legatario. Según la opinión que defiendo, bastará con que el legatario viva en el momento de la muerte del testador ordenante del legado para causar su adquisición, no siendo necesaria su supervivencia a la muerte del último heredero testamentario. Fallecido el legatario antes que el último de los herederos, la facultad de exigir el legado se traslada a los propios herederos del legatario.

Estas conclusiones hasta ahora expuestas han de entenderse en cualquier caso referidas a los testamentos de hermandad en los que uno solo de los testadores es el disponente del legado (y se cumplen los demás presupuestos recogidos en la ley 205 FN), es decir, en los legados individuales ordenados en testamento mancomunado. Si el legado es conjunto –v. gr. cónyuges testadores que recíprocamente se instituyen herederos y establecen un legado a favor del hijo para la muerte de ambos– la adquisición del legado no se producirá lógicamente hasta el fallecimiento del último de los disponentes y por tanto a la apertura de su propia sucesión. De ahí que la doctrina alemana afirme que del § 2269,2 BGB implícitamente se deduce que el derecho al legado nace sólo al fallecimiento de ese supérstite y en consecuencia que es necesario que el legatario viva en el momento de fallecer el sobreviviente<sup>18</sup>. Las afirmaciones de la doctrina alemana no son por tanto trasladables a la ley 205 FN porque las bases sobre las que tales afirmaciones se vierten (legado conjunto en testamento berlinés) no son las mismas que las contempladas en el ordenamiento navarro (cualquier legado en testamento de hermandad).

17. En tal sentido GARCÍA GRANERO, *ob. cit.*, pp. 922-923.

18. Cfr. BINDER, J., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 121 y KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, p. 695.

### c) *El derecho de afianzamiento del legatario*

Queda por examinar el derecho que el Fuero concede al legatario, cual es el de poder reclamar afianzamiento de su legado. El fundamento de este derecho a exigir caución parece encontrarse en el necesario equilibrio de las posiciones del heredero y del legatario: el traslado de la exigibilidad del legado a la muerte del último heredero precisaba una compensación para el legatario, con el fin de que no viera frustrado su derecho por medio de la disposición de los bienes legados por parte del heredero en cuya posesión se hallen los mismos. En suma, la norma persigue el aseguramiento de la obligación de entrega que pesa sobre el heredero.

La razón de este derecho de aseguramiento del legado no se encuentra, a mi juicio, en el hecho de estar ante un legado condicional que, por no haberse adquirido todavía por el legatario, merece ser protegido<sup>19</sup>, sino en una nivelación de las situaciones jurídicas de los sujetos implicados en la propia norma.

El afianzamiento del legado podrá llevarse a cabo a través de aquéllas formas de garantía previstas en el Fuero o configuradas por las partes dirigidas a asegurar el cumplimiento de la obligación de entrega por parte del heredero: depósito en garantía (ley 474), fianza (leyes 525 y ss.), prenda (leyes 468 y ss.), fiducia en garantía (ley 466)..., así como a través de la anotación preventiva del art. 42 LH cuando se trate de legados de cantidad u otras cosas genéricas.

Cabe pensar incluso en que, como medida de aseguramiento del derecho del legatario, éste pudiera instar judicialmente el beneficio de separación que recoge el Fuero Nuevo en la ley 319 en los siguientes términos:

*Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías.*

*Los legatarios tendrán el mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores.*

*La separación de bienes hereditarios afectará éstos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado. El Juez, a petición de los interesados, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento.*

*Una vez satisfechos los acreedores de la herencia que hubieren solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubiesen solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.*

Aunque el legislador parece estar pensando prioritariamente en medidas extrajudiciales de constitución de la citada garantía, no puede desconocerse la especial vía de protección de acreedores y legatarios arbitrada en el Fuero y desconocida en el Código Civil cual es el beneficio de separación. En virtud de este mecanismo creado en Roma por el Derecho civil clásico, se forman dos masas distintas de bienes, los del causante y los del heredero, con la consecuencia de que los acreedores hereditarios, por un lado, excluyen del patrimonio del difunto a los personales del heredero, y por otro, en principio, no pue-

19. En coherencia con su opinión de que la ley 205 FN establece un sistema especial de adquisición de los legados, así lo afirma GARCÍA GRANERO, J., *ob. cit.*, p. 923.

den dirigirse contra los bienes propios de éste. Los legatarios pueden pedir la *separatio* para adquirir del remanente<sup>20</sup>.

Este beneficio de no confusión patrimonial queda especificado en sus efectos en la propia ley 319 sobre la base de la creación de un patrimonio afecto al fin de pago de legados y créditos. La separación patrimonial no interfiere ni modifica el sistema de responsabilidad hereditaria. El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y frente a los legatarios exclusivamente *intra vires* (ley 318), con el valor de los bienes del patrimonio del causante y no podrán atacar el patrimonio propio del heredero. Pero para que los acreedores del heredero no puedan exigir el pago de sus créditos con cargo a bienes hereditarios deberán los legitimados para ello instar precisamente el beneficio de separación patrimonial.

La redacción del precepto hace pensar en que para los legatarios el acudir a solicitar este beneficio puede resultar infructuoso puesto que una vez solicitado resultan preferentes en el cobro los acreedores de la herencia y, sólo si hay remanente, serán satisfechos los legatarios. La posibilidad de incobro de legados puede hacer que los legatarios se muestren renuentes a acudir a tal medida pero puede sin embargo ser útil para que sea el propio Juez el que constituya las garantías precisas en orden al aseguramiento de los legados ordenados según los presupuestos de la ley 205 FN.

---

20. Cfr. LA CRUZ, J. L., *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5ª ed. Barcelona 1993, pp. 94 y 95 y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., en *Derecho de Sucesiones*, coord. CAPILLA, LÓPEZ ROCA, VALPUESTA y MONTÉS, Valencia 1992 pp. 277.