

J. MARTÍ MIRALLES

**Ex Presidente de la Academia de Jurisprudencia,
de Barcelona.**

**Significado y alcance de
la palabra «coherederos»**

DOCTRINA EXTRAÍDA DE UN DICTAMEN

(DERECHO CATALÁN)

*(Separado de la Revista de Derecho Privado. Número
233. Madrid, febrero, 1933.)*



**Universitat de Girona
Biblioteca**



**MADRID
1 9 3 3**

Antecessores

El fons jurídic antic de la UdG

Significado y alcance de la palabra «coherederos»

Doctrina extraída de un dictamen

(Derecho catalán.)

Derechos reservados para todos los países.

En el testamento que motivó el dictamen cuya doctrina se contiene en la presente publicación, se encuentran las siguientes disposiciones:

Primera. El testador, Manuel, después de distribuir en diversas partes alícuotas su herencia entre sus hijos y su esposa, ordenó que—salva la indivisión temporal de que luego se hará mención—cada uno de sus hijos pudiese disponer libremente de su parte de herencia si moría con hijos, uno o más, que en cualquier tiempo llegase a la edad de testar, pero que en caso contrario sólo pudiese disponer de la mitad, debiendo la mitad restante pasar a los demás *coherederos* en la proporción en que en el testamento venían instituidos.

Segunda. Que la participación hereditaria dejada a la esposa del testador, si ésta le

Imp. de Galo Sáez / Mesón de Paños, 6 / Madrid.

trina de los expositores del Derecho. La cuestión propuesta constituye una de aquellas dificultades para cuya dilucidación es indispensable, por una parte, realizar un minucioso análisis de las diversas circunstancias o elementos de hecho que se encuentran en los mismos actos de última voluntad, y por otra, someter tales elementos a las múltiples y dispersas normas legales y doctrinales de aplicación más o menos indirecta o remota al caso dudoso, para poder, con tales elementos de hecho y de derecho, llegar a una conclusión, si bien no siempre absolutamente segura, al menos, que ofrezca las mayores garantías de certeza posibles.

En el presente caso la dificultad consiste, tal como se deja enunciada, en precisar si el llamamiento a la sustitución de los herederos instituidos por Manuel para el caso de que lleguen a fallecer sin hijos legítimos o con tales que no lleguen a la edad de testar, ha de favorecer a los menores hijos de Julia y de Flora, fallecidas, o si, por el contrario, a la indicada sustitución fideicomisaria condicional sólo vienen llamados los demás hijos del testador, *nominatim* instituidos sus herederos en el antes indicado testamento.

Y lo que principalmente motiva la duda es el alcance que debe darse a las palabras

con que el testador hizo la determinación de las personas llamadas a la expresada sustitución cuando dijo: “a los demás coherederos en la proporción en que vienen instituidos”. Son estas palabras, a los demás coherederos, las que exigen con mayor apremio un examen meditado para poder precisar su verdadero alcance en la referida cláusula que motivó el dictamen. Y se ha de tener en cuenta que la determinación, en el caso consultado, del sentido de la palabra *coherederos*, a pesar de parecer tan claro, es tanto más difícil y arriesgada, en cuanto ni en las leyes ni en la doctrina se encuentra precisado su verdadero alcance. Sucede con el indicado vocablo lo que ocurre con frecuencia con muchas locuciones jurídicas de uso frecuente y de un sentido vulgarizado, con el cual se da por descartado su sentido y alcance en la generalidad de los casos, sin que, por ello, se haya creído necesario el entrar en dilucidaciones sobre aquello mismo que se estima suficientemente determinado y conocido. Por ello, sin duda, ni en los copiosísimos índices analíticos de los autores casuistas, ni en los no menos minuciosos índices de los cuerpos legales, se encuentra una explicación categórica del sentido y alcance de la palabra *coheredero*, cuya determinación es necesaria para poder resolver la dificultad

planteada, circunstancia que obliga a rebuscar y reunir los dispersos elementos que se puedan encontrar, y que, aun cuando de una manera indirecta, sirvan para poder determinar los elementos que envuelve el concepto de *coheredero*.

El significado meramente gramatical de la palabra *coheredero* no da luz suficiente para precisar su verdadero sentido jurídico. El diccionario de la Academia y los que le siguen, como son los de ALEMANY y de VIADA, definen esta palabra diciendo que coheredero es o vale tanto como heredero juntamente con otro. Con tales explicaciones se dejan sin determinar elementos tan importantes como los que se refieren al título por el cual, y al tiempo en que el vínculo de coheredero, ha de subsistir.

Más preciso, aun cuando no lo suficiente, parece el sentido que da a la palabra el diccionario castellano-latino de VALBUENA cuando define el coheredero diciendo que es *haereditatis socius*, socio en la herencia, si bien se ha de confesar que la mera comunidad en una herencia tampoco puede determinar por sí sola el vínculo que envuelve la palabra *coheredero*, por cuanto puede haber sociedad o comunidad en una herencia entre personas que no sean coherederos, como sucede en los casos en que uno de ellos vende su partici-

pación a otro que no sea heredero, el cual, aun cuando tenga *comunidad* o sociedad de bienes hereditarios con los herederos del causante, no será ciertamente su coheredero, calidad que no puede adquirirse ni transmitirse sino por título de herencia. Pero salvando el indicado defecto, la definición de VALBUENA contiene el elemento objetivo, que es el sustancial del vínculo de comunidad o coparticipación en una herencia, y determina o precisa con mayor claridad el concepto de coheredero.

* * *

Ante los indicados inconvenientes, se hace indispensable acudir a una interpretación jurídica de la palabra *coheredero*, previo el análisis de los elementos que se encuentran en la coparticipación hereditaria entre personas llamadas a una misma herencia.

Tres elementos o requisitos, a mi modo de ver, han de concurrir para que pueda una persona ser considerada como coheredera de otra:

1.º El elemento real, o sea la co-participación en una misma herencia.

2.º El elemento formal, consistente en que la co-participación sea por título hereditario.

3.º El que se refiere a identidad de tiempo en que se realiza la co-participación hereditaria, es decir, que la co-participación ha de ser simultánea.

Una breve explicación de cada uno de los apuntados requisitos dará idea clara del concepto de coheredero a los efectos de resolver la dificultad que plantea el testamento de la consulta.

1.ª Que para que dos personas sean coherederas ha de ser indispensable que sean llamadas a la co-participación en una misma herencia, es cosa tan del dominio del común sentir, que huelga sobre tal elemento toda explicación, ya que es evidente que sin tal co-participación en una misma herencia, no es posible imaginar un vínculo o relación cuyo nombre mismo indispensablemente la supone. Lo que requiere alguna explicación es la determinación precisa y jurídica de la sustancia sobre la cual recaiga la co-participación, ya que no basta que sea sobre alguna cosa determinada de la herencia, sino que es indispensable que sea sobre la universalidad hereditaria, es decir, sobre la universalidad de los derechos y obligaciones que constituyan la herencia de que se trate. Por lo mismo, la simple co-participación sobre alguno o algunos de los bienes particulares que constituyen la herencia, no puede determinar e

atribuir a los co-participes el carácter de coherederos. Esta limitación excluye del carácter de coherederos a los legatarios, los cuales, aun cuando co-participen en los bienes de la herencia, como no tienen una co-participación afectante a la universalidad hereditaria, no pueden ser calificados de coherederos.

2.ª La antes expresada consideración es la que, a su vez, determina la necesidad de que la co-participación en la herencia sea derivada de un título sucesorio universal; requisito que excluye de la calificación de coherederos a los que, aun teniendo una co-participación en la universalidad hereditaria, no la tienen por un verdadero título hereditario, sino por haberla adquirido por un título singular de alguno de los coherederos, doctrina aceptada por la Dirección General de los Registros en su resolución de fecha 29 de agosto de 1925 y contenida en el siguiente considerando:

“Considerando que el acto en cuya virtud un coheredero enajena la porción hereditaria de que es titular a un extraño no transfiere al adquirente la cualidad de coheredero por más que el cedente se halle obligado a responderle de ella, ni la de titular futuro de los bienes y derechos que hayan de corresponder al mismo en la partición, sino que pro-

voca una transmisión presente de fuerza intermedia entre la sustitución total de una persona por otra y la venta de cosas futuras, que, sin privar al coheredero de su condición de tal, coloca al comprador en situación de aprovechar y ejercer directamente cuantos derechos y facultades transmisibles correspondiesen al coheredero mismo en el patrimonio relicto.”

El principio de la perdurabilidad del carácter de heredero que se enuncia diciendo: *semel haeres semper haeres*, determinante de la inalienabilidad del tal carácter de heredero, hace que aunque éste enajene la participación hereditaria en cuanto a los bienes que puedan corresponderle como heredero, sigue siendo heredero del *de cuius* como antes de la enajenación, y sin que, por lo mismo, el que adquirió la co-participación de los bienes del heredero enajenante adquiera del mismo la condición de tal heredero. Es, pues, indispensable para que una persona sea coheredera de otra, que la participación en la herencia sea dimanante de un título de sucesión universal que le atribuya la representación de la personalidad jurídica del mismo causante.

3.^a El requisito de la simultaneidad en la co-participación en una herencia hace indispensable, naturalmente, para que pueda

decirse que dos personas son coherederas, que exista *un momento* en que las dos personas supuestas tengan la co-participación de que antes se acaba de hablar; por cuanto si uno es heredero en un tiempo, y otro lo es en otro tiempo, no coincidirán uno y otro en la necesaria co-participación. Así, pues, si un heredero es instituido puramente y otro lo es con condición suspensiva, mientras la condición que afecta a la institución del heredero condicional no se realice, no podrán considerarse uno y otro como coherederos; de la misma manera que si un heredero es llamado a la herencia por título de institución y el otro solamente por título de sustitución del primero, tampoco existirá entre ambos la simultaneidad necesaria para que puedan ser calificados ambos de coherederos.

Teniendo, pues, presentes los antes expresados requisitos determinantes del carácter de coherederos, cabe contestar con fundamento y razonadamente la pregunta desde el punto de vista de la interpretación gramatical de la cláusula del testamento de Manuel, pregunta que puede formularse así: En el llamamiento de *los demás coherederos*, ¿vendrán comprendidos los hijos y herederos de los hijos del testador, cuando éstos mueren antes de que el evento determinante de la sustitución, o sea, la muerte de alguno de los

herederos sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar, llegue a realizarse?

La contestación afirmativa a la pregunta se impone con una sola salvedad, a saber: con la condición de que los tres elementos o requisitos *necesarios* para que puedan dos personas ser calificadas de coherederos, sean *los únicos* cuya concurrencia se necesite para determinar el indicado vínculo o situación jurídica. Porque es evidente que si nada más se necesita que una co-participación en la herencia, que ésta sea por título universal sucesorio, y que sea simultánea, los menores a que se refería el dictamen habrían de ser considerados *coherederos* de sus tíos en la herencia de que se trata, por cuanto es innegable que tenían *co-participación en la universalidad hereditaria* del nombrado Manuel; que la tenían por *título sucesorio* o hereditario universal, ya que eran herederos de sus madres difuntas y que éstas lo eran del mismo testador; y que, además, tenían dicha co-participación con sus tíos, *con innegable simultaneidad o identidad de tiempo*.

* * *

Pero ¿es que, además de los antes apuntados elementos o requisitos determinantes de la condición de coherederos, se necesita

algún otro que no concurriese en el caso de la consulta y que excluyese a los hijos de Julia y de Flora de la condición de *coherederos*, con relación a sus tíos?

A nuestro entender, únicamente podría objetarse a la conclusión que se deja antes sentada, como consecuencia de la interpretación de la palabra *coheredero*, la consideración de que, aun cuando en las personas indicadas concurrían los estudiados requisitos, dejaba de concurrir en ellos la circunstancia de la *identidad o singularidad del título* por cuya virtud habían sido llamados a participar en la misma herencia, puesto que los hijos de Manuel lo fueron única y exclusivamente por virtud del testamento de éste, mientras que los nietos, hijos de Julia y de Flora, venían llamados a dicha co-participación hereditaria por virtud de una doble sucesión: la de las hijas difuntas, que sucedieron a su padre, y la de los hijos de éstas, que sucedieron a sus respectivas madres.

De ninguna manera, al entender del que suscribe, puede exigirse, para que exista el concepto de *coheredero*, que la co-participación hereditaria dimanase de un solo y único título. Tal supuesto estaría en abierta oposición con lo que se realiza en la práctica constante, que no ha dejado jamás de reconocer el indicado carácter de *coherederos* en las

personas que reúnen los antes examinados requisitos, con entera independenciam de que sean sucesores de primer grado o de grados ulteriores del *testador*. Dicho supuesto estaría, además, en pugna no menos manifiesta con el axioma jurídico según el cual el heredero del heredero es heredero del mismo *de cuius*, principio que se halla consagrado por las leyes (1), por la doctrina y por la práctica constante.

Lo que sí puede suceder, razonando en el terreno de la mera posibilidad, es que el testador quiera, en un caso determinado, establecer distinciones y preferencias en favor de los herederos de primer grado por él mismo llamados, con relación a los herederos de sus herederos; pero esta contingencia ha de derivar de una disposición categórica, o, al menos, de conjeturas reveladoras de la voluntad del testador, en un caso determinado; y, por ello, no afecta, ni puede afectar en lo más mínimo, a la regla general antes sentada, o sea, la de que los herederos de los herederos son herederos del *de cuius*, y que cuando concurren en la herencia del común

(1) *Qui per successionem, quanvis longissimam, defuncto heredes constituerunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt.* Mod. 194 de R. J. (*Dig.*).

causante no se les puede negar el carácter o condición de *coherederos*, con todos los derechos y con todas las obligaciones a dicha situación o carácter inherentes.

* * *

Admitido, pues, que las antes expuestas consideraciones atribuían a los menores hijos de Julio y de Flora la condición de *coherederos* de sus tíos en la herencia de su abuelo, y que, por consiguiente, en virtud de la cláusula de institución de herederos del testamento del mismo, los menores indicados, como tales *coherederos*, se ha de considerar que vienen llamados a la sustitución fideicomisaria ordenada para el caso de que los hijos de Manuel muriesen sin hijos o con tales que no llegaren a la edad de testar; lo que procede ahora es examinar si, dado el contexto del referido testamento, puede deducirse que la voluntad del testador fuese o no la de querer limitar en favor exclusivo de sus hijos y herederos, por él mismo instituídos, el beneficio de la referida sustitución eventual.

Pues bien: el examen de las otras cláusulas del testamento de Manuel, en vez de dar motivos para pensar que el testador quisiese limitar el beneficio de la sustitución a sus

hijos, con exclusión de los demás coherederos que éstos pudiesen llegar a tener, corrobora la conclusión que se deja sentada como dimanante de la doctrina general, consistente en que, por la voluntad del mismo testador, en el caso consultado, se había de admitir a los nietos de Manuel en la sustitución condicional, en el caso de que la condición llegare a tener realización.

Véase el fundamento de la anterior afirmación:

En primer lugar, cuando el testador regula el destino que ha de tener la participación que señaló a su esposa para el caso de que ella no hiciese uso de la facultad de distribuir entre los descendientes del testador la porción a la misma esposa señalada, dispone que las partes de la herencia a la misma atribuidas pasarán—dice—“a mis hijos e hijas en la misma proporción en que las he instituído, y si alguno de éstos hubiese premuerto a mi esposa, su parte corresponderá a los hijos de legítimo matrimonio que acaso dejare el tal premuerto”.

Demostró el testador con esta ordenación que pensaba y quería que en la participación hereditaria de su esposa, para el caso de que ella no la hubiese distribuído, habían de tener sus nietos la participación que habría correspondido a sus padres o madres premuer-

tos. Y de esta prevención expresa cabe deducir, racionalmente, que, para el caso de que si alguno de sus hijos premuriese con hijos, análogo al evento de que otro de los hijos muriese sin ellos, a los hijos del tal premuerto les había de corresponder también la parte que habría correspondido a su padre o madre. Deducción a la cual conducen las normas de interpretación por analogía, la cual es innegable que existe entre uno y otro supuesto; analogía que, ciertamente, no constituye en el caso propuesto el único fundamento de la interpretación que se adopta respecto de la cláusula estudiada, sino que no hace más que corroborar la misma conclusión a que se llega dando a los menores hijos de Julia y de Flora la calificación que les corresponde de *coherederos* con sus tíos en la herencia de Manuel.

Puede, tal vez, haberse apreciado la circunstancia que se acaba de exponer, o sea, la de que el testador, al regular la sustitución de la participación de su esposa, llamase expresamente a los hijos de los hijos premuertos, y que al ordenar la sustitución de los hijos llamase a *los demás coherederos*, sin hacer mención expresa de los hijos de los hijos, en el sentido de deducir de ello más bien una disparidad que una identidad de consecuencias; y puede haberse pen-

sado que, toda vez que el testador, al ordenar la sustitución condicional en la participación hereditaria de su esposa, hizo un llamamiento expreso de los hijos de los hijos premuertos, al no haber hecho el mismo expreso y especial llamamiento para la sustitución en las participaciones hereditarias de sus hijos, inmediatos herederos, fué porque no quiso que participasen de tales sustituciones condicionales más que los hijos directamente instituídos por el mismo, y no los hijos de los hijos premuertos, es decir, muertos antes de que llegase el caso de que la sustitución condicional o eventual tuviese realización. Podría esta manera de apreciar la disparidad entre una y otra cláusula corroborarse haciendo aplicación al caso de aquella norma interpretativa que se enuncia diciendo *inclusio unius exclusio alterius*; pero, aparte de que el sentido literal de esta norma no consiente una exacta adecuación al caso, pues en él se trata más bien que de inclusión y exclusión de personas en una misma disposición, de la aplicación de la inclusión *expresa* en un caso a la *indefinida o genérica* de otro; aun suponiendo que la regla fuese aplicable al caso, a pesar de tal disparidad, habría de observarse que la indicada norma interpretativa tendría también que dejarse de aplicar por otro motivo, ya que

dicha regla no tiene aplicación en aquellos casos en que, como en el presente, la razón del llamamiento es la misma en un supuesto que en el otro, pues es opinión común de los intérpretes la que BARBOSA expresa en estos términos, al enumerar las excepciones o limitaciones que tiene la expresada norma interpretativa: *Limita primo, quando eadem ratio militat in excluso quae in incluso*. De manera que, aun concediendo hipotéticamente que los hijos de los hijos de Manuel no viniesen llamados a la sustitución eventual de sus tíos; aun en el supuesto de que el llamamiento eventual de *los demás coherederos* no comprendiese a los hijos de los herederos inmediatos del testador, la norma interpretativa *inclusio unius exclusio alterius* no podría racionalmente aplicarse al caso, por la consideración de que los hijos de los herederos son llamados especialmente, expresamente, a la sucesión eventual de la esposa del testador, y por cuanto, como dice MONECHIUS en su consultación número 197, número 83, dicha regla: *Non procedit, quando eadem est ratio in casu, qui videtur exclusus, quae est in casu incluso*, no procede aplicarse la norma *inclusio unius exclusio alterius*, cuando concurre la misma razón en el caso que parece excluído que en el caso expresamente incluído; o,

lo que es igual, que no puede aplicarse en nuestro caso, en que la misma razón de querer favorecer a la descendencia y de fijar en la de cada uno de los herederos la correspondiente participación en la herencia paterna concurre en el caso en que son *expresamente* llamados los hijos de los hijos que en el caso en que lo son *indefinidamente* o de una manera genérica, o sea, por llegar tales hijos de hijos a ser *coherederos* con los hijos del mismo testador.

Otra consideración hace inaplicable al caso la expuesta norma interpretativa, que puede inducir a la exclusión de los menores hijos de Julia y de Flora, y es la que el citado BARBOSA, en su Axioma 121, número 26, enuncia como quinta excepción de dicha regla interpretativa, excepción que se refiere con las siguientes palabras: *quando ex dispositione iuris, exclusum includitur*, es decir, cuando el Derecho incluye a aquellas personas que pueden parecer excluidas por la mera inclusión o mención expresa de otras.

Y ello es porque, como se razona más adelante, la sucesión testamentaria se interpreta por las normas de la sucesión legal o intestada, cuando las cláusulas testamentarias ofrecen alguna duda u oscuridad; por lo que, y haciendo aplicación de esta regla interpretativa a la sucesión de que se trata,

admitiendo que realmente sea oscura o dudosa la indicada cláusula, el innegable derecho de representación que las leyes atribuyen a los nietos, colocándolos en el lugar y derecho de sus padres premuertos (derecho de representación que el testador establece expresamente en otras cláusulas del mismo testamento), vendría a resolver la dificultad en el sentido que se deja enunciado, o sea, en el sentido de que los aludidos nietos de Manuel se han de entender llamados a la sustitución fideicomisaria de sus tíos que fallezcan sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar, en concurrencia con sus otros tíos sobrevivientes.

* * *

Pero antes de razonar esta última circunstancia, a la cual se dedicaba otro apartado en el dictamen, conviene examinar otro elemento interpretativo que suministra el mismo testamento, y que viene a corroborar el sentido y alcance que atribuímos al llamamiento de *los demás coherederos*.

La cláusula del testamento aludida es la indicada en la disposición tercera, en la cual ordenó el testador que si alguno de sus hijos le premuriese dejando hijos, entrasen éstos en el lugar de su padre o madre pre-

mueertos, en la forma que hubiesen de suceder a éstos, sin que con ello se entendiese que imponía fideicomiso.

Con tal disposición, el testador reitera, para el caso de que le premueran alguno o algunos de sus hijos, el llamamiento de sus nietos, que también ordena para el caso de que premueran a su esposa y ésta no haya hecho la distribución de su parte entre los descendientes del testador. El pensamiento, pues, lo que los intérpretes llaman *la mente* del testador, aparece reiteradamente manifestada por el mismo.

Cuando al ordenar sus disposiciones quiere favorecer a los hijos, no se olvida nunca de sus nietos, sino que los llama expresamente para los casos de premoriencia de sus padres y en representación de éstos; de la misma manera que los comprende, al facultar a su esposa para que distribuya su participación, entre los *descendientes* del testador; ¿cómo, pues, puede suponerse que en el caso de que tales nietos lleguen a ser coherederos de sus tíos por haber sucedido a sus padres difuntos, el testador haya querido privarles del derecho que a las sustituciones eventuales habrían tenido dichos padres difuntos? Por el solo hecho de que al ordenar dichas sustituciones lo haya hecho el testador llamando con palabras genéricas, y si

se quiere indefinidas e imprecisas, a los *demás coherederos*, sin precisar o definir si se refería a los coherederos por llamamiento directo o inmediato del mismo testador, o si quiso favorecer también a los demás socios de herencia, a los copartícipes en la misma herencia, aun cuando éstos fuesen los hijos y herederos de los herederos, ¿por este solo hecho se pretendería privar a los nietos coherederos de lo que se concedería a los coherederos hijos? Esta circunstancia, ¿sería bastante para excluir, en un solo caso, a los hijos de los hijos que son expresamente llamados por el testador para los otros dos casos en que el testador previó la representación de tales nietos, y ello por el solo hecho de que al llamar de *los demás coherederos* empleó una locución de sentido impreciso e indefinido, en cuanto puede tener aplicaciones de distinta extensión, según se deja explicado?

Esto, en buena exégesis jurídica, es inaceptable, por cuanto es regla que, además de consagrada por la doctrina de los expositores del Derecho, aparece avalada por la crítica racional, la de que en las disposiciones o actos expresados con palabras de sentido indefinido, cuando concurre la misma razón, se han de entender comprendidos todos los actos a los cuales pueden tener apli-

cación tales palabras: *indefinita aequipollet universali, quando sub est eadem ratio omnium sub indefinita comprehensorum*; doctrina que los autores apoyan en ejemplos de varios textos legales, tales como la Ley 23, Digesto, título II, *De servitutibus praediorum urbanorum*, libro VII; la Ley 44 del libro 31 del Digesto *De legatis et fideicommissis* (2); la 98 del libro 32 del Digesto *De legatis et fideicommissis* (3), y otros, y que viene aceptada por expositores tan prestigiosos como MENOCHIUS (cons. 97, núm. 154; cons. 173, núm. 16), *Mantica de coniecturis ult voluntatum* (lib. 3.º, tít. IV, núm. 12, y libro 7.º, tít. V, núms. 1 y 10) y otros muchos.

De cuyas consideraciones se deduce que el testador, al ordenar que la mitad de la parte de su herencia que dejare al morir alguno de sus hijos, si muriese sin ellos o con tales que no llegasen a la edad de testar, pasaría a los *demás coherederos*, no entendió limitar el llamamiento a los demás hijos coherederos del que así muriese, sino que entendió extenderlo a los nietos que, siendo herederos de alguno de sus hijos, fuesen copartícipes de la herencia en representación de su difunto padre o madre, y, por tanto, *coherederos* con sus tíos de la misma herencia del propio testador y en la proporción en que

dichos padre o madre fueron instituidos.

Pero es que, además—y ello corrobora esta interpretación de la referida cláusula—, el testador habla de *coherederos* en otro lugar de su testamento, y es cuando en la cláusula referida en el quinto lugar ordenó que si alguno de sus herederos impugnare o no se conformare con alguna de las disposiciones en su testamento contenidas, había de quedar reducida su participación a la estricta legítima, perdiendo lo demás, que pasaría a los demás *coherederos*.

Ahora bien: si ante la ordenación de la ya transcrita cláusula se imagina la realización del supuesto de la impugnación del testamento por los herederos de uno de los herederos del testador, es evidente que no habría razón alguna por la cual dichos herederos de segundo grado fuesen de mejor condición que los herederos inmediatos y no viniesen comprendidos en la sanción establecida en el testamento; su parte, pues, habría de quedar reducida a la estricta legítima y pasando el resto a *los demás coherederos*. Véase, pues, de qué manera la locución *a los demás coherederos*, empleada en la cláusula en que el testador impuso la indicada sanción, ha de comprender forzosamente a *los herederos de los herederos* que en ella pudieran incurrir; conclusión de la cual, ló-

gicamente, se deduce que igualmente, también, para lo favorable ha de serles aplicable el calificativo de *coherederos*, es decir, lo mismo en el supuesto de que los demás herederos del testador (tanto los inmediatos como los herederos de éstos) impugnasen el testamento, infringiendo la expresada precaución o cautela adoptada por el testador, que en el otro supuesto regulado en la cláusula testamentaria que motivó el dictamen.

* * *

Otra circunstancia, además, contribuye a reforzar el convencimiento que proporcionan las anteriores consideraciones en favor de la interpretación que se da en el dictamen a la cláusula consultada.

El vínculo de la comunidad hereditaria es innegable que subsiste mientras la herencia no se divide, ya sea contractualmente, bien sea judicialmente. Mientras no se ejerciten por los coherederos las acciones o derechos que las leyes les conceden para realizar la partición, los co-partícipes de la herencia por título de herencia siguen, evidentemente, siendo coherederos. Podrá decirse que también seguirán siéndolo aun después de partir, ya que subsistirá entre ellos el vínculo derivado de la co-participación hereditaria,

en cuanto las cargas o deudas que se descubran después de realizada la partición les liga con la obligación de evicción, de la misma manera que en cuanto a los bienes de nueva noticia que se hallaren ser pertenecientes a la herencia tendrán el derecho de partir lo indiviso; pero lo que, en todo caso, resulta innegable, es que mientras no se realizan las operaciones divisorias, los co-partícipes en la herencia por título de herencia siguen siendo *coherederos*.

Pues bien; recuérdese la disposición contenida en el testamento de Manuel extractada en la disposición cuarta, en cuya virtud el testador ordenó que durante los diez años siguientes a su muerte, los bienes que dejare habían de ser poseídos proindiviso, salvo lo dispuesto para cuando todos sus hijos llegasen a la mayor edad; y de esta disposición lo que racionalmente se deduce es que el testador, naturalmente, había de prever que durante un tan largo período de tiempo podían venir a ser co-partícipes en su herencia indivisa alguno de los *herederos de sus herederos*, y, por lo tanto, debió pensar que tales *herederos de los herederos de sus hijos serían* con ellos *coherederos* de su herencia, por haber ordenado él mismo su indivisión durante tantos años. Véase, pues, de qué manera, y cómo por la virtualidad de

un acto propio del mismo testador, ha de entenderse que éste, al llamar a la sustitución condicional de sus hijos *a los demás coherederos*, no pudo pensar en excluir de ella a sus nietos, ya que por la voluntad del mismo testador se creaba una situación de indivisión de la herencia, durante la cual, con grandes probabilidades, podían venir, como en realidad han venido, a participar en la herencia indivisa dichos nietos, a los cuales el testador mismo no podía negar el carácter de coherederos en su herencia, por orden suya indivisa. De lo cual se sigue que, al ordenar el testador la sustitución condicional de sus hijos a favor de *los demás coherederos*, empleó una frase en la cual comprendió lo mismo a sus demás hijos que a los demás que llegasen a ser coherederos de ellos a consecuencia de participar por título hereditario en la misma herencia indivisa del testador; es decir, que la frase o locución *a los demás coherederos*, lo mismo se refiere a los hijos de Manuel que a sus nietos los hijos y herederos de Julia y de Flora.

* * *

Examinadas ya las circunstancias que constituyen otros tantos elementos interpretativos de la cláusula consultada, y que el

mismo testamento suministra, procede, antes de llegar a la definitiva conclusión, analizar las presunciones jurídicas que para casos análogos tiene establecida la doctrina y que favorecen la misma interpretación.

Y, entrando en este otro orden de consideraciones, ha de reconocerse que no es ciertamente despreciable la que dimana de la penetración que, generalmente, se observa en materia sucesoria entre la voluntad de la ley y la del testador; de manera que si por un lado se dice que los testadores, en caso de duda, se presume que se han querido conformar con las disposiciones de la ley—*testator praesumitur se conformare cum dispositione iuris*—, es porque, a su vez, al establecer la ley sus normas o preceptos sucesorios, ha procurado siempre inspirarse en lo que en cada país y en cada época ha sido la voluntad más general de los testadores—*lex sequitur vestigia voluntatis testatoris*—, según demuestra MANTICA en el título VI, libro VI, números 8 y 29.

De lo cual se deduce la regla interpretativa que el mismo citado autor enuncia diciendo: *Unde etiam in dubio illa est accipienda interpretatio quae magis prodest venientibus ab intestato*. Y como los nietos son los llamados a la sucesión *ab intestato* de su abuelo, en la parte y en la representación de

su padre y en defecto del mismo, es visto que la sucesión fideicomisaria *dudosa* debe conformarse, racionalmente, con la expresada norma interpretativa, y, por lo tanto, no deben considerarse excluidos los nietos de Manuel de la sustitución fideicomisaria condicional establecida o impuesta a los hijos del testador para el caso de morir sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar.

El clarísimo jurista castellano CASTILLO DE SOTOMAYOR testifica y acepta la misma doctrina o presunción racional de la voluntad del testador, en el capítulo XIX, número 215, del libro III de sus profundas e incomparables *Cotidianarum controversiarum iuris*, con las siguientes palabras: ... *testator, in dubio, videtur suam dispositionem cum iuris communis dispositione conformare voluisse, ut vulgo circumfertur quotidie, suosque descendentes eo iure, eoque ordine, ad fideicommissum admittere, quo de iure in legale successione admittuntur...* Es, pues, opinión general la de que en casos dudosos el testador ha querido conformar sus disposiciones con las normas del Derecho común, y que sus descendientes han de ser admitidos al fideicomiso en el mismo orden y por el mismo derecho que son admitidos a la sucesión por virtud de la ley.

La consecuencia de esta doctrina es clara:

El testador, que al instituir a sus hijos por herederos universales ordenó el derecho de representación a favor de sus nietos, adaptando su testamento a lo que dispone la ley de la sucesión intestada, se ha de presumir, *en caso de duda*, que el mismo criterio le guió y la misma voluntad le impulsó al ordenar la sustitución fideicomisaria condicional; primero, porque la ley de la intestatura, según se deja dicho, constituye norma interpretativa de las disposiciones testamentarias dudosas, y en segundo lugar, porque lo que el testador dispone al ordenar la institución, se ha de considerar como norma, también interpretativa, de las sustituciones igualmente dudosas en su alcance y sentido según se pone de manifiesto y se comprueba en los apartados siguientes.

* * *

El hecho de que en la parte de la cláusula objeto del dictamen se ordenase que para el caso de que premuriese al testador alguno de sus hijos, con descendientes, le sucediesen éstos en la forma en que hubiesen de suceder a su padre o madre, constituye evidentemente una sustitución vulgar (el testador excluye expresamente del sentido de tal cláusula toda idea de fideicomiso), la cual

es una segunda institución, institución que guarda innegable analogía con lo dispuesto por el mismo testador al ordenar la sustitución fideicomisaria condicional a favor de sus demás coherederos, en la proporción en que vienen instituidos; y dicha analogía constituye, innegablemente, una circunstancia que, en opinión de los más autorizados expositores del Derecho, se ha de tener en cuenta al interpretar la cláusula de sustitución, equiparando su finalidad con la que envuelve la cláusula de institución, de la cual, en el caso consultado, debe considerarse como formando parte la de sustitución vulgar, ya que, como se deja dicho y es cosa sabida, la sustitución vulgar no es más que una segunda institución.

FUSARIUS, en su tratado *De Substitutionibus Quaestio*, XII, números 1.º y siguientes, dice: *Substitutio declaratur ab institutione ita ut praedilectus in institutione praesumatur etiam praedilectus in substitutione*, y añade después: *Amplia etiam in substitutione fideicommissaria quia et haec interpretari debet ab institutione*. Doctrina que se encuentra corroborada con la opinión de MANTICA, en su tratado *De conjecturis ultimarum voluntatum*, libro V, título I, número 20, en donde se lee: *Generaliter etiam traditum est dubiam substitutionem ex precedenti ins-*

titutione declarari, ut quemadmodum quis fuerit dilectus in primo gradu, intelligatur etiam in secundo et ulteriori.

Y, para no citar más textos doctrinales, MENOCHIUS, en su dictamen o consulta 452, número 5.º, hace aplicación de la misma doctrina con las siguientes palabras (primero sienta la afirmación, al amparo de varios textos legales, de que las conjeturas o presunciones bastan para admitir la existencia de una sustitución fideicomisaria): *Praemito—dice—secundo conjecturas et praesumptiones sufficere ad inducendum substitutionem fideicommissariam*, y con esta premisa argumenta en favor de los hijos del instituido diciendo: *Primo movet me quod substitutio dubia recipit interpretationem ab institutione... Secundo accedit quod una substitutio aliam interpretatur...*

De las anteriores normas, aplicándolas al caso, resulta que, tanto si la sustitución vulgar ordenada en el testamento se califica de tal sustitución, como si le da el nombre más técnicamente ortodoxo de segunda institución, el llamamiento de los hijos del testador, para el caso de premorir al mismo alguno de sus hijos, ha de servir de pauta o norma interpretativa del llamamiento de los hijos de los instituidos herederos en la sustitución fideicomisaria. Y, puesto

que se estima dudoso si se han de entender llamados los hijos de los hijos por virtud del fideicomiso; al tenor de la doctrina expuesta, y dado que el testamento llamó a los nietos por la sustitución vulgar en la forma que sus padres hubiesen dispuesto o en la forma en que a ellos hubiesen de suceder, ha de admitirse igualmente que el testador quiso llamar a sus nietos en virtud de la sustitución fideicomisaria, por haberlos llamado para el caso de premoriencia de los padres al mismo testador.

Esta teoría, que se funda, según expresamente lo manifiestan los transcritos textos doctrinales, en la presunción de que la misma predilección, el mismo afecto que el testador ha demostrado sentir hacia los llamados a su sucesión en el primer grado o llamamiento, se ha de entender que preside o sirve de impulso a los llamamientos sucesivos: *quisquis fuerit dilectus in primo gradu, intelligitur in secundo et ulteriore*, tiene, en opinión de los autores llamados clásicos, una aplicación especialísima cuando se trata de casos en que los llamamientos sucesivos se disponen en favor de descendientes, como lo dice el mismo FUSARIUS en su citado tratado de sustituciones, *Question 54*, número 33, con las siguientes palabras: *quod sicuti testator praedilexit institutum, in portione ei*

relicta, pariter in portione illa praesumitur praedilexisse eius filios et sic substituisse in portione in qua pater erat institutus.

Y si se quisiese objetar contra el transcrito texto que en él se habla del llamamiento de los nietos cuando falta el hijo *instituido*, y no del llamamiento de los mismos nietos cuando falta el hijo llamado por vía de sustitución, podría replicarse que, de una manera exactamente aplicable al caso de la consulta, se resuelve lo mismo, o se llega a la misma conclusión, con la doctrina que el mismo autor expone en la *Questio 485*, cuando resuelve el problema que enuncia con las siguientes palabras: *Utrum filius subintret locum patris in fideicommissis?* Cuestión que resuelve afirmativamente cuando se trata de fideicomisos ordenados por los ascendientes del sustituto del fideicomisario: *Primus casus est*—dice FUSARIUS—*quando agitur de fideicommisso ascendentis, ut patris, avi, proavi, vel alterius remotioris ascendentis, et hoc casu, recepta est sententia, quod filius subintret in locum patris.* Con cuya conclusión se manifiesta de acuerdo PEREGRINUS, al establecer la siguiente distinción: *Filii intelliguntur dispositive vocati in portionem proprii parentis, non alteris.* Doctrina que fundan los expositores en una doble presunción: primera, la que ya se ha exa-

minado, o sea, la de que la voluntad del testador está conforme con el orden de suceder establecido por la misma ley; y segunda, la de que no es de presumir que el testador estime menos a sus nietos que a sus hijos. *Argumentum validissimum*—dice FUSARIUS en la *Questio citada*, número 1.º, *in fine*—*huius opiniois est voluntas testatori quae praesumitur voluisse, quod in fideicommissa a se constituto succedatur prout succeditur ab intestato in aliis bonis non suppositis fideicommissa. Quae confirmatur*—añade refiriéndose a la predilección o amor que sienten los abuelos a favor de los nietos, que no es menor que la que sienten hacia sus propios hijos—*nam praesumendum non est quod testator minus dilexerit nepotis filius, cum immo secundum multorum opinionem maior sit affectio in nepotes quam in filios, cum in his avus videat longiorem suam propagationem, unde si non maior affectio, saltem equalis debet considerari.*

Es, no obstante, innegable que sobre esta cuestión ha habido autores que han opinado de manera distinta; pero, asimismo, es cierto que la generalidad de ellos, al impugnar tal doctrina, se han limitado a los casos de fideicomisos establecidos en favor de parientes colaterales, y han dejado a salvo la aplicabilidad de la representación o llamamiento

presunto de los nietos en los fideicomisos establecidos en línea descendente.

Tratándose, pues, de fideicomisos establecidos en favor de los descendientes, la opinión común es la de que los hijos de los hijos se entienden llamados al fideicomiso en concurrencia de sus tíos, ocupando el lugar y teniendo la representación de sus padres difuntos; doctrina que fundan los autores, entre otros textos legales, en la ley *Cum avus*, que es la 102 del título I, libro 35, del Digesto, y que en su traducción castellana dice así: “El abuelo nombró por herederos al hijo y al nieto de otro hijo, y pidió al nieto que si muriese dentro de los treinta años restituyese la herencia a su tío. El nieto murió dentro de la edad expresada, dejando hijos. Respondí (PAPINIANO, lib. IX de las *Respuestas*) que, en atención a la piedad, faltó la condición del fideicomiso, porque se expresó menos de lo que se quiso.” De cuyo texto han deducido los intérpretes que de la misma manera y por la misma *conjectura pietatis* derivada de la existencia de hijos que determinó la cancelación del fideicomiso en la respuesta de PAPINIANO, a pesar de estar el fideicomiso expresamente ordenado por el testador, el hecho de que el fideicomisario deje hijos, determina igualmente el llamamiento de éstos en el lugar y derecho de su

padre, cuando éste muere antes de que tenga lugar la sustitución fideicomisaria.

Un supuesto examina el autor tantas veces citado, MENOCCHIUS, en uno de sus lumenos dictámenes, que coloca la doctrina expuesta en su terreno de excepción. Pero si se considera el caso que motivó el dictamen número 1.271 del fecundo jurisprudente, se ve desde el primer momento que la excepción, lejos de destruir, confirma la regla general que se contiene en la doctrina antes expuesta, con relación al caso consultado.

MENOCCHIUS, en el caso indicado, resuelve la duda en el supuesto de que el testador hubiese llamado nominalmente a sus herederos para que sustituyesen a alguno de los otros, o bien en el supuesto de que hubiese llamado a los supervivientes de los instituidos, y llega a la conclusión de que no se entienden llamados a la sustitución los herederos de los herederos, salvo—dice—que existan conjeturas que persuadan de que la voluntad del testador había sido querer favorecer a los tales herederos de los herederos: *Quia—dice, refiriéndose al primer supuesto—substitutio facta est cum nominatione proprium nominum, et cum illa qualitate haerendum, quae cum nepotibus conveniri non possunt, impedita dicitur ad eos transmissio... et multo magis quando addidit alias*

qualitates ex quibus apparet testatorem respexisse duntaxat personam substituiti. Pero luego, cuando examina la otra fórmula del llamamiento de los supervivientes de sus nombrados herederos, después de aplicar a dicho caso la misma excepción, declara que, tanto en uno como en otro caso, la misma excepción de que trata depende de que existan conjeturas que persuadan de la voluntad del testador favorable a los herederos de sus herederos: ... ita pariter dicimus substitutio nem factam expressis propriis nominibus filiorum substitutorum, non impedire transmissio nem, quando extant coniecturae, quibus conicitur placuisse testatori, quod locus sit transmissio ni.

De manera que, aun cuando el testador, al ordenar la sustitución de que se trata, hubiese llamado nominalmente a sus hijos a dicha sustitución—cosa que en el caso no ha tenido realidad—, aun en el indicado supuesto, si bien la regla habría descartado a los nietos de la sustitución, la concurrencia de conjeturas como las que se dejan examinadas les habría hecho venir comprendidos en el llamamiento de su abuelo, al tenor de la doctrina examinada y de conformidad con el principio que atribuye a los herederos de los herederos una identidad de derechos con los herederos de primer llamamiento, principio

o regla que dimana de la Ley 65 del título *De verborum significatione*, del Digesto (L. 65), que dice: *Haeredes appellatio non solum ad proximum haereditem sed ad ulteriores refertur; nam haeredi haeres, et deinceps, haeredis appellatione continetur*. De cuyo texto deducen los autores la general identificación entre los herederos de primer grado y los de grados ulteriores, como lo hace el mismo MENOCHIUS cuando dice: *Quod haeres haeredis dicitur proprie haeres cum locum haeredis subeat et eius personam sustineat. Et hoc—añade—intelligitur vere et proprie, non autem ficte et improprio*. Y, de la misma manera, PEREGRINUS, en su tratado de fideicomisos, en el artículo 33, número 31, dice, sobre la misma materia: *Haeres haeredis quamvis per longam successionem est haeres primi defuncti*.

Todas las consideraciones antes consignadas le sirvieron al que suscribe para fundamentar el dictamen del cual han sido extraídas, dictamen que emitió en el sentido de que los hijos de las herederas de Manuel, Julia y Flora, vendrían llamados a la sustitución fideicomisaria condicional ordenada en el testamento de Manuel, para el caso de que alguno de los herederos instituidos en el mismo falleciere sin hijos o con tales que ninguno de ellos llegare a la edad de testar.

ACABÓSE DE IMPRIMIR LA
PRIMERA EDICION DE ESTE
LIBRO EN MADRID, EN LOS
TALLERES TIPOGRAFICOS
DE GALO SÁEZ, CALLE DEL
MESÓN DE PAÑOS, NÚM. 6,
EL 28 DE FEBRERO DE 1933