

INSTITUCIÓN DE HEREDERO EN COSA CIERTA. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO, DETERMINACIÓN DE LA CUOTA HEREDITARIA Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA

Vincenzo Barba¹

Professore Ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

TITLE: *Institution of heir «ex re certa». Interpretation of the will, quota of the inheritance and division.*

RESUMEN: En este trabajo, el autor investiga la disposición testamentaria de asignación de un bien determinado, verificando cuando ésta atribuye al beneficiario la calidad de heredero. Luego se ocupa de identificar el destino del caudal hereditario, cuando los bienes existentes en el momento de otorgamiento del testamento son mayores o menores de los existentes en el momento de la apertura de la sucesión. Investiga, por lo tanto, las relaciones entre la institución de heredero *ex re certa* y la partición de la herencia hecha por el testador.

ABSTRACT: *In this paper, the author investigates the testamentary disposition «ex re certa», verifying when it attributes to the beneficiary the status of heir. The Author then investigates the fate of the inheritance, when the assets existing at the time of the packaging of the will are larger or smaller than those existing at the time of the opening of the succession. Investigates, therefore, the relationship between the institution of heir «ex re certa» and the division of inheritance made by the testator.*

PALABRAS CLAVE: Sucesión, legado, heredero, partición.

KEY WORDS: *Succession, heir, will, division*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CALIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA CON LA QUE SE ATRIBUYEN DETERMINADOS BIENES. 3. DETERMINACIÓN DE LA CUOTA HEREDITARIA EN CASO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO *EX RE CERTA*. 4. EL DESTINO DE LOS BIENES NO INCLUIDOS EN LA INSTITUCIÓN *EX RE CERTA*. 5. EL CASO DE BIENES OBJETO DE UNA INSTITUCIÓN *EX RE CERTA*, QUE YA NO EXISTEN EN EL PATRIMONIO DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DE SU MUERTE. 6. ASIGNACIÓN DEL BIEN DETERMINADO CON FUNCIÓN DE MERA DIVISIÓN EN CONCURSO CON LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS EN PARTE ALÍCUOTA. 7. ASIGNACIÓN DEL BIEN DETERMINADO CON FUNCIÓN DE MERA DIVISIÓN EN CONCURSO CON LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS *EX LEGE*. 8. ASIGNACIÓN DEL BIEN DETERMINADO CON FUNCIÓN DE DIVISIÓN Y DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO *EX RE CERTA*. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho italiano, al igual que el español, no tiene una disciplina completa sobre la interpretación del testamento, sino solo algunas reglas especiales, delegando en la responsabilidad del intérprete esta difícil tarea.

¹ vincenzo.barba@uniroma1.it

La reconstrucción de la disciplina sobre la interpretación del testamento se deriva de la disciplina sobre la interpretación del contrato, teniendo en cuenta que el testamento es un acto de última voluntad y no un acto *inter vivos*. Esto implica que, a diferencia del contrato, la intención del testador debe ser reconstruida, sin considerar el interés de otros sujetos que no sean su autor, ya que el acto no produce, por definición, ninguna confianza en los terceros. No es casualidad que la jurisprudencia siempre requiera que el intérprete reconstruya la voluntad del testador, no solo considerando los datos literales, sino también, los hábitos lingüísticos, la cultura, los hábitos del testador y cualquier otro dato que pueda servir para determinar cuál fue su intención efectiva. De hecho, a pesar de la formalidad del testamento, es posible entender el texto también utilizando elementos extraños a la voluntad, en la creencia de que esto no viola el principio de formalidad, ya que se reconstruye todavía la voluntad expresada en la disposición testamentaria.

El único dato cierto, laboriosamente adquirido y, por lo tanto, que debe defenderse con convicción, es que la máxima *in claris non fit interpretatio* expresa un principio excedido. Incluso una disposición testamentaria aparentemente clara necesita ser interpretada, considerando que la claridad no es un presupuesto, sino un resultado de la actividad interpretativa².

Más allá de la interpretación general del testamento, asume gran importancia, sobre todo por las implicaciones aplicativas que conlleva, la distinción entre heredero y legatario³, o sea, el criterio a través del cual es posible distinguir una disposición universal, que atribuye la calidad de heredero, de una disposición particular, que atribuye la calidad de legatario.

La distinción entre heredero y legatario es muy simple desde un punto de vista abstracto y teórico. Así, el heredero es el llamado a suceder en la universalidad del patrimonio o en parte alícuota, mientras que el legatario es el que sucede en una relación jurídica determinada.

² JORDANO BAREA, J.B., *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958; Id., *El testamento y su interpretación*, Granda, 1999; Id., *Com. Art. 675*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1697 ss.; ESPIN CANOVAS, D., *Com. Art. 668*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1680 ss.; CAÑIZARES LASO, A., *Com. Art. 668*, en *Código Civil comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO, VALPUESTA FERNÁNDEZ, II, p. 288 ss.; Id., *Com. Art. 675*, en *Código Civil comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO, VALPUESTA FERNÁNDEZ, II, p. 307 ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *Notas sobre la voluntad del testador*, en *RJUAM*, 2002, p. 153 ss.; RESCIGNO, P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 1 ss.

³ Se debe considerar que heredero y legatario tienen una disciplina radicalmente diferente. El heredero debe aceptar la herencia y responde de las deudas y cargas hereditarias. El legatario adquiere el legado, sin la necesidad de aceptación y, en general, no responde de las deudas y cargas hereditarias.

Sin embargo, esta distinción se vuelve muy compleja cuando es necesario resolver casos concretos de manera individual, especialmente cuando hay un testamento ológrafo o un testamento cerrado otorgado por un testador que no conoce el tema y sin el ministerio de un notario.

En estos casos, el uso de palabras a menudo se vuelve incierto y no puede asumir una relevancia concluyente, también porque las expresiones técnicas no siempre se usan adecuadamente y muchas veces se usan expresiones no técnicas y ambiguas como, por ejemplo, «*dejo esto u otro bien a*». Y la situación se vuelve aún más compleja cuando el testador también se ocupa de la partición de la herencia, ya que al problema que acabamos de mencionar (es decir, la dificultad de establecer si es una institución de un heredero o un legatario), también se agrega la dificultad de reconciliar este aspecto con la partición de la herencia hecha por el testador⁴.

La disciplina italiana y la disciplina española, aunque pueden parecer en una primera lectura muy diferentes la una de la otra, son en el resultado de una evaluación general y sistemática muy similar entre ellas, de modo que los problemas de una pueden transferirse a la otra, y viceversa.

La regla italiana en cuestión es al artículo 588, párrafo 2, del Código civil, que establece: «*la indicación de ciertos bienes o un conjunto de bienes no excluye que la disposición sea universal, cuando parece que el testador tenía la intención de asignar esos bienes como una cuota de la herencia*». La regla correspondiente en la legislación española se contempla en el artículo 768 del Código civil.

⁴ Sobre el indudable vínculo sistemático entre estos aspectos, en derecho italiano, ver: BARBA, V., «Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore», in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, pp. 53-103; AMADIO, G., «La divisione del testatore senza predeterminazione di quote», in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 243 ss., ID., *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni* a cura di RESCIGNO, P., vol. II, Padova, 1994, p. 73 ss., spec. pp. 104-107; MENGONI, L., «L'istituzione di erede «ex certa re» secondo l'art. 588, comma 2°», c.c., in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 762 e ID., *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 70; CICU, A., *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo*, vol. XLII, 2, Milano, 1958, p. 432; BONILINI, G., *Istituito ex re certa e acquisto per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni* diretto da GIOVANNI BONILINI, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 239 s.; ID., *Istituito ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati*, in *Fam. Pers e Successioni*, 2008, p. 532 ss. *Contra*: BOMBARDA, G., *Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione dei conguagli*, in *Giur. It.*, 1975, IV, p. 109 ss. e spec. 117-119; CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, p. 49; ID., *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982, p. 765 s.; PERLINGIERI, G., «Heredis istituito ex re certa, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 codice civile, in Studi in onore di Giovanni Gabrielli, anche in Le corti Salernitane», 2010, e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 6.

Aunque esta regla aparentemente parece muy diferente de la italiana, hay que decir que, esta diferencia, se supera sustancialmente cuando consideramos que esta disposición debe integrarse con las normas establecidas en los artículos 668 y 675 del Código civil español, y que la mejor doctrina considera la norma del artículo 768 del Código civil español puramente de carácter interpretativo. Esto significa que la indicación de ciertos bienes no excluye que pueda ser válida como una institución de heredero, si esta fue la verdadera intención del testador⁵.

Una diferencia verdadera y radical entre el derecho italiano y el español se relaciona más bien con el legado de parte alícuota, admisible según la ley española⁶, y radicalmente excluida en la ley italiana. Otra diferencia se refiere a la disciplina establecida para el caso de la distribución de toda la herencia en legados⁷. En la legislación española, el caso está expresamente regulado con el fin de cobrar a los legados la responsabilidad del pago de las deudas hereditarias, aunque a prorrata y dentro de los límites del valor del legado. En la ley italiana, el caso no está expresamente regulado, por lo que aplicando los principios generales, la responsabilidad es del heredero, que debe ser identificado de acuerdo con las normas sobre la sucesión legítima. Con el resultado paradójico de que en Italia estamos ante un heredero que, aunque no adquiera ningún bien, sigue siendo responsable de las deudas y cargas hereditarias. Creo que la solución española también debería ser asumida en el sistema italiano; esto requiere, sin embargo, una ley precisa, no pudiéndose lograr este resultado con la legislación actual.

Más allá de estos dos perfiles diferenciales, me parece que las reglas italiana y española son bastante similares, por lo que los problemas y las cuestiones relacionadas con la ley italiana pueden, por muchas razones, repetirse para la disciplina española, y viceversa.

En este documento me propongo ilustrar algunos problemas planteados por el llamado a ciertos bienes, tanto en lo que respecta a su calificación en términos de legatario o de

⁵ GORDILLO CAÑAS, A., *Com. Art. 768*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1884 ss.; GÓMEZ CALLE, E., *Com. Art. 768*, en *Código Civil comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO, VALPUESTA FERNÁNDEZ, II, p. 687; PÉREZ PASCUAL, E., «El artículo 768 del código civil. La institución de heredero en una cosa cierta y determinada», en *RDN*, 1986, p. 241 ss.; ALBALADEJO, M., «Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario», en *RDP*, 1978, p. 737 ss.

⁶ Según ALBALADEJO, M., *Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario*, cit., p. 741, el legado de cuota no debe entenderse en el sentido de que la voluntad del causante sea la de instituir al favorecido en parte alícuota de la herencia, sino de instituir al favorecido en parte alícuota de sus bienes o en parte alícuota del remanente después de pagar las deudas, es decir en cuota del saldo hereditario activo.

⁷ GARCÍA RUBIO, M.P., *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Madrid, 1989, p. 1 ss.

institución de heredero, como en lo que respecta a su relación con la disciplina de división realizada por el testador.

2. CALIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA CON LA QUE SE ATRIBUYEN DETERMINADOS BIENES

Según la mejor doctrina, el artículo 588 del Código civil italiano, no muy diferente del artículo 768 del Código civil español, lleva una norma sobre la interpretación del testamento; y aunque algunos la consideran una regla especial⁸, es preferible suponer que se trata de una regla general.

Como todas las normas sobre la interpretación de actos jurídicos, se divide el significado de la disposición entre su sentido literal y funcional, demostrando que la interpretación jurídica siempre se divide entre un dato literal superable y un dato funcional, con un valor de horizonte heurístico. Con la advertencia de que la superación del texto, no debe ni puede significar la asignación de un sentido del que es totalmente incapaz, sino la elección de uno de los múltiples significados que el texto es capaz de expresar⁹.

Lo que cambia, en comparación con la interpretación de la ley, la interpretación del contrato y la interpretación del acto unilateral *inter vivos*, no es tanto la dinámica de la difícil relación entre el texto y el contexto, entre datos literales y funcionales¹⁰, sino la perspectiva a través de la cual debe llevarse a cabo la investigación, es decir, con la conciencia de que ese texto tiene, a diferencia de los demás, el rasgo frágil de la no repetitividad.

La superación de la letra parece más fuerte que en los otros lugares normativos, porque para reducir las disposiciones testamentarias en el género de aquellas universales o particulares, es necesario verificar si comprenden la universalidad o una cuota de la herencia, cualquiera que sea la expresión o denominación utilizada por el testador.

En resumen, el primer párrafo del artículo 588 del Código civil italiano contiene una norma general sobre la interpretación del testamento que, al negar la relevancia

⁸ Así, ZICCARDI, F., *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, p. 98 ss.

⁹ Así, TRABUCCHI, A., *Il rispetto del testo nell'interpretazione testamentaria*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. III, Padova, 1950, p. 688 ss.; TRIMARCHI, P., *Interpretazione del testamento mediante elementi a esso estranei*, in *Giur. It.*, 1956, I, 1, c.c. 445 ss. Sobre la primacía del texto: IRTI, N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 37; ID., *Testo e contesto*, Padova, 1997.

¹⁰ BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, 2 ed., Torino, 1960, p. 370.

concluyente a las expresiones y denominaciones usadas por el testador, y al negar la relevancia concluyente a la técnica lógico-lingüística, asigna un valor hermenéutico concluyente al contenido de la disposición testamentaria.

A pesar de las muchas opiniones contrarias, me parece que el segundo párrafo del artículo 588 del Código civil, contiene una regla de continuidad respecto a la contenida en el primer párrafo, limitándose a proporcionar una clase de hipótesis, aunque es la más frecuente y problemática, en la cual la técnica lógico-lingüística, que consiste en la indicación del bien determinado, pierde valor concluyente al fin de establecer si hay una disposición a título universal o particular. En esta perspectiva, el primer y segundo párrafo del artículo 588 del Código civil ofrecen una regla única, capaz de describir un camino exegético unitario.

El objeto de la actividad de interpretación, teniendo en cuenta el formalismo riguroso que se aplica a la materia testamentaria, solo puede ser el complejo de las palabras escritas, independientemente de cuál sea el documento y de la unidad del documento en el que se encuentren¹¹.

La interpretación de la voluntad es, por lo tanto, la interpretación de las palabras escritas en el testamento. El que quiere entender el significado del testamento y establecer si una disposición deba reconducirse a las disposiciones a título universal o a título particular tendrá que investigar si el testador quiere asignar la universalidad de la herencia o una parte de los bienes. La intención del testador es decisiva¹². Al advertir que en la legislación italiana, en la que se niega la admisibilidad de un legado de cuota, la solución es más sencilla que en el sistema español, es suficiente verificar si el testador pretendía atribuir el bien o el complejo determinado de bienes determinados en función de cuota¹³. Si esto sucede, excluyendo la calificación de legado (no se admite el legado de cuota), se debe concluir que aquella disposición es una institución de heredero.

¹¹ Sobre la relación entre acto y documento testamentario, BARBA, V., *Distruzione di un testamento olografo*, in *Fam., Pers. e Successioni*, 2010, pp. 356-368

¹² ALBALADEJO, M., *Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario*, cit, p. 739, «lo que importa es la verdadera voluntad, y no las palabras más o menos acertadas usadas para expresarla, un término u otro no serán decisivos».

¹³ En este sentido ALBALADEJO, M., *Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario*, cit., p. 744., ser heredero o legatario depende, no de la voluntad del causante, sino de que la disposición a favor del beneficiario haya sido a título universal o particular. Esto no excluye que hay disposición a título universal cuando el causante instituyó en cosa cierta, pero según su voluntad, esa cosa cierta no es algo que separa de la herencia. «En definitiva, el tipo de sucesión depende en todo caso de la voluntad del causante y del contenido de la disposición, que corren siempre paralelos, pues al querer heredero quiere y establece una disposición a título universal, y al querer legatario, quiere y establece una disposición a título particular».

Una vez admitido que la atribución de un bien determinado es una institución de heredero, debe darse cuenta, inmediatamente, de que la función de esta disposición testamentaria es, en primer lugar, la de atribuir al instituido la calidad de heredero y no la de asignarle el bien determinado¹⁴. Una vez comprobado esto, es indispensable establecer en qué cuota esta disposición testamentaria instituye al beneficiario como heredero, es decir, en qué cuota el heredero sucede al *de cuius*.

La indicación de bienes determinados, en la medida en que es relevante desde el punto de vista interpretativo y calificativo de la disposición testamentaria, *no asigna, ni distribuye* (los bienes), sino *marca y mide* (la cuota hereditaria). Solo cuando tenemos en cuenta esta consideración, se entiende que es posible que al beneficiario (instituido heredero *ex re certa*) no se le asigne, o no se le asigne completamente la *certa res* que el testador parece, *expressis verbis*, haber querido dejarle a él. El hecho de que la institución se realice a través de la indicación de un determinado bien o de un conjunto de bienes, no hace que la atribución de ese bien o de esos bienes sea necesaria, segura y cierta, al igual que la ausencia de esos bienes no conlleva la exclusión del instituido en la sucesión y al igual que la enajenación o transformación de la *certa res* no vale revocar, total o parcialmente, la institución de heredero.

Más allá del caso único y exclusivo, casi de escuela, en el que el patrimonio de herencia es idéntico al tiempo de otorgamiento del testamento y al momento de la apertura de la sucesión, la institución *ex re certa* apenas puede cumplir una función perfectamente distributiva. De hecho, según si el patrimonio hereditario es en el momento de la apertura de la sucesión mayor o menor que el existente en el momento del otorgamiento del testamento, surgirán: a) problemas de distribución de bienes adicionales, con la consecuencia de que se tendrán que asignar al heredero más bienes que los que el testador le ha expresamente dejado y; b) problemas de distribución de la masa inferior, con la consecuencia de que al instituido no se le podrán atribuir todos los bienes que el testador le ha expresamente dejado.

3. DETERMINACIÓN DE LA CUOTA HEREDITARIA EN CASO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO *EX RE CERTA*

La atribución de un bien determinado o de un conjunto de bienes determinados cuando debe calificarse como una institución de heredero plantea, al menos, dos órdenes de problemas diferentes.

¹⁴ Habla de una función de asignación de los bienes, MENGONI, L., *L'istituzione di erede «ex certa re» secondo l'art. 588, comma 2°, c.c.*, cit., p. 742, lo que aclara que la indicación de esos bienes no limita la adquisición a esos bienes.

En primer lugar, verificar cuál es la cuota hereditaria del instituido heredero *ex re certa*, o sea, establecer a qué cuota hereditaria corresponde la asignación de la *certa res*. En segundo lugar, establecer el destino de los bienes de los cuales el testador no ha dispuesto.

En este párrafo trataré el primer problema, mientras que el segundo lo trataré en el siguiente.

En la primera cuestión, hay un amplio consenso de la doctrina italiana, que establece que la técnica lógico-lingüística, que consiste en asignar al beneficiario bienes determinados, permite definir la cuota hereditaria del beneficiario solo *a posteriori*. Para este propósito es suficiente relacionar el valor de la *certa res* con el valor de todos los demás bienes.

La esencia del problema real se refiere a la determinación exacta de «todos los demás bienes» con los que se debe comparar el valor de la *res certa*.

Si bien el tema tiene una consecuencia conceptual y práctica de extraordinaria relevancia, ya que de éste depende la determinación de la cuota hereditaria, la doctrina italiana no lo consideró adecuado, tal vez debido a un viejo prejuicio. La doctrina italiana, partiendo de la idea de que «todos los demás bienes» indica simplemente el patrimonio hereditario, omite cuestionar sobre el momento en que dicho patrimonio debería tener relevancia y evalúa siempre y solo lo que el testador dejó en el momento de la apertura de la sucesión¹⁵.

Sin embargo, se debe considerar que la cuota hereditaria del instituido heredero por medio de una indicación de bienes determinada, podría ser significativamente diferente si se debe hacer referencia a los bienes del testador existentes en el momento en que él otorga el testamento o en el momento en que se abre la sucesión. Suponiendo que TIZIO es propietario de los bienes X, Y y Z cuando hace el testamento y, en cambio, que él es propietario de los bienes X, Y, W y K, cuando se abre su sucesión, es obvio que una institución hecha a través de la atribución del bien X, permitirá asignar al beneficiario una cuota abstracta diferente según si nos referimos a los bienes del testador existentes en un momento u otro. En un caso, el valor de la parte alícuota viene dado por la relación $\frac{x}{x+y+z}$, mientras que en el otro, viene dado por la relación $\frac{x}{x+y+w+k}$. Esto significa, y asumiendo, a modo de ejemplo, que todos los bienes tienen un

¹⁵ BASINI, G. F. «Lasciti» di beni determinati ed istituzione di erede *ex re certa*, in *Fam., Pers. e Successioni*, 2007, p. 245; BOERO, P., *Il testamento*, in *Diritto delle successioni* a cura di CALVO, R., e Perlingieri, G., vol. 2, Napoli, 2008, p. 676; PORCARI, M., *Alienazione del bene oggetto dell'«institutio ex re certa»*, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, c. 300.

valor de 10, que en el primer caso la cuota abstracta es igual a $1/3$, mientras que en el segundo a $1/4$.

La norma contenida en el artículo 588, párrafo 2 del Código civil italiano, igualmente a la regla contenida en el artículo 768 del Código civil español, no recoge ninguna referencia útil para resolver este problema.

Personalmente, creo que debemos tener una consideración exclusiva de los bienes del testador existentes en el momento en que él otorgó el testamento, y no cuando se abre la sucesión.

El testador es libre de instituir sus herederos, sea en cuota expresa, o no, indicando ciertos bienes. Dicha libertad no se respetaría en absoluto si, en caso de institución *ex re certa*, se determinara la cuota teniendo en cuenta el patrimonio existente en el momento de la apertura de la sucesión, porque se consideraría un complejo de bienes potencialmente diferente de él que el testador tuvo en cuenta cuando otorgó el testamento¹⁶.

En línea de ruptura con la posición de la doctrina mayoritaria italiana, creo que la grandeza a la que debemos referirnos, para determinar la cuota hereditaria, es el complejo de bienes del testador existente al tiempo en el que él otorgó el testamento, excluyendo los bienes legados.

Más precisamente, deben considerarse no solo los bienes mencionados en el testamento, siempre que no sean bienes objeto de legados, sino también aquellos de que el testador no ha dispuesto, siempre que los bienes sean conocidos por el testador.

En términos concretos, significa que deben ser considerados, al neto de los legados, todos los bienes existentes en el momento del otorgamiento del testamento, a menos que sea ofrecida, por aquellos al que le interesa (es decir, por parte del instituido heredero *ex re certa*), la prueba de que la existencia de algunos de esos bienes era, en aquel momento, desconocida para el testador.

4. EL DESTINO DE LOS BIENES NO INCLUIDOS EN LA INSTITUCIÓN *EX RE CERTA*

Una vez determinada la cuota en la que el instituido *ex re certa* está llamado a la sucesión, surge, según la hipótesis muy frecuente, que el *de cuius* no dispuso de todos sus bienes (o porque omitió deliberadamente disponer de todos sus bienes, o porque

¹⁶ Así AMADIO, M., *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, cit., p. 250.

algunos aún no formaban parte de su patrimonio), para aclarar cuál debería ser su destino¹⁷.

El tema está lleno de numerosas posiciones doctrinales que abarcan, cubriendo casi todos los resultados intermedios posibles, desde la tesis que quiere excluir al instituido *ex re certa*¹⁸, y asignar los bienes no incluidos exclusivamente a los herederos legítimos, a la tesis de que, en cambio, pretende asignar todos los bienes no incluidos al instituido *ex re certa*¹⁹.

La dificultad de la pregunta sugiere pasar de una primera consideración general, que no creo que pueda ser revocada en duda: después de haber comprobado la intención del testador de asignar un activo determinado como una parte de su patrimonio, ya no es incontrovertible que el beneficiario sea un heredero²⁰, como el que es instituido en una cuota expresa. La diferencia entre las dos instituciones, ya que solo se refiere a los métodos para determinar la cuota, requiere que los dos herederos sean tratados de la misma manera y no permite la hipótesis de que existe una disciplina diferente dependiendo de si el heredero está instituido en parte alícuota o *ex re certa*. En ambos casos, se aplica la llamada «virtud expansiva», es decir, la capacidad del heredero de cobrar todos los activos de la herencia en proporción al valor de su cuota.

Este principio de carácter general, que junto con el de la distribución de las deudas, constituye el fundamento del estatuto disciplinario del heredero, no creo que pueda derogarse en el caso de heredero instituido *ex re certa*. La indicación precisa de ciertos bienes no me parece un índice incontrovertible de la intención del testador de excluir al beneficiario de la asignación de los bienes adicionales o diferentes. Así, no solo se traicionaría el sentido de la norma sobre la interpretación de las disposiciones testamentarias, sino que también terminaría violando la libertad del testador para establecer un heredero a través de la indicación de ciertos bienes.

¹⁷ CUFFARO, V., *Art. 588, Comm. cod. civ.*, dir. da E. GABRIELLI, *Delle Successioni*, vol. 2, artt. 565-712, a cura di CUFFARO, V., e DELFINI, F., Torino, 2010, p. 182 ss.

¹⁸ BARBERO, D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, s.d., ma 1951, III ed., p. 821.

¹⁹ No podemos excluir que esta tesis esté vinculada a la función que el instituido *ex re certa* tenía en la ley romana, en la cual sirvió para hacer que el beneficiario de la disposición adquiriera la cualidad de heredero, limitando, pero, su cuota solo a los bienes expresamente indicados. Para una síntesis efectiva entre el derecho romano y el moderno, MENGONI, L., *L'istituzione di erede «ex certa re» secondo l'art. 588, comma 2°, c.c.*, cit., p. 742, ID., *La divisione testamentaria*, cit., p. 2 ss. e AMADIO, G., *L'oggetto della disposizione testamentaria*, cit., p. 900 s.

²⁰ MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, cit., p. 47. PERLINGIERI, G., *Heredis institutio ex re certa, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 codice civile*, cit., p. 8.

La tesis que, en principio, excluye al instituido *ex re certa* de la asignación de los bienes residuales u otros, inevitablemente termina, por un lado, para evitar la intención del testador de considerar el bien determinado como una parte de su patrimonio y, por otro lado, para violar la regla sobre la interpretación del testamento que impone, sobre la base del texto y del contexto, asignar a la disposición testamentaria un significado que sea independiente de la técnica lógico-lingüística.

La indicación de ciertos bienes no escapa a la alternativa: o parece que el testador intentó asignar esos bienes como una parte de su patrimonio y, entonces, el beneficiario es heredero en la cuota que los bienes representan, con la advertencia lógica y consecuente que los bienes indicados no agotan o necesariamente constituyen su parte; o el testador no tenía la intención de asignar esos bienes como una parte de su patrimonio y, por lo tanto, el beneficiario es un legatario, por lo que sucede exclusivamente en esos derechos. Postular la limitación de su adquisición a los solos bienes asignados, excluye la calificación de la disposición testamentaria en el tipo del de título universal.

Esto reduce, drásticamente, el sentido del difícil debate en torno al posible concurso del sucesor legítimo con el instituido *ex re certa* y, por necesidad, la plausibilidad de la tesis que, a modo de mero principio, propone asignar los bienes residuales al sucesor legítimo o al heredero *ex re certa*.

Un ejemplo lo puede aclarar. Dado el testamento con el que son nombrados herederos, a través de instituciones *ex re certa* CAIO, SEMPRONIO y MEVIO, establecer si es necesario, o no, abrir la sucesión legítima, no depende de la posible existencia de bienes sobrevenidos, sino de la determinación de la cuota hereditaria en la que CAIO, SEMPRONIO y MEVIO deben ser considerados herederos.

Si la cuota hereditaria en la que CAIO, SEMPRONIO y MEVIO son instituidos herederos es de $\frac{1}{3}$ cada uno, no se abrirá una sucesión legítima, cualesquiera sean los bienes existentes al tiempo de la abertura de la sucesión. De lo contrario, si se determinara que CAIO, SEMPRONIO y MEVIO son instituidos herederos en la cuota del $\frac{1}{4}$ cada uno, entonces será necesario abrir la sucesión legítima por $\frac{1}{4}$.

Los bienes sobrevenidos no plantean un solo problema de distribución, sino uno de individualización de los herederos. Una vez que se aclaran los herederos y el alcance de la cuota en la que cada uno de ellos sucede, el problema del residuo pierde toda palatabilidad, relegándose al perfil de la mera distribución matemática-contable.

Algunos ejemplos pueden ayudar a comprender y ofrecer pruebas de esta tesis.

Suponemos que TIZIO sea titular, en el momento del otorgamiento del testamento y en el momento de la apertura de la sucesión, de los bienes 1, 2, 3, 4, 5, que los bienes sean todos del mismo valor; que con el testamento, TIZIO deje a CAIO los bienes 1, 2, 3, 4, como resultado de la intención del testador de dejar dichos bienes como cuota de su patrimonio y, entonces, que CAIO sea heredero. Sobre la base de estos supuestos, se concluirá que CAIO es heredero en la cuota de $\frac{4}{5}$. Para atribuir la parte restante de $\frac{1}{5}$, de la herencia, representada por el bien 5, se debe abrir la sucesión legítima. El pariente más cercano, FILANO, será llamado en la quinta parte restante. En este caso, el bien residual deberá atribuirse íntegramente a FILANO. No porque, en principio, el bien restante pertenezca al heredero legítimo, sino porque el heredero legítimo tiene derecho a $\frac{1}{5}$ de la herencia y, en este caso, el bien 5, representa exactamente $\frac{1}{5}$ de la herencia. Es el bien del que no dispuso el testador.

Suponemos ahora, que TIZIO sea titular de los bienes 1, 2, 3, 4, 5 en el momento de otorgamiento del testamento y el titular de los bienes 1, 2, 3, 4, 5, 6 en el momento de la apertura de la sucesión. CAIO será heredero por $\frac{4}{5}$, mientras que FILANO por $\frac{1}{5}$. Una vez que los herederos y sus respectivas cuotas hayan sido identificadas, se trata de asignar a los herederos los activos existentes en el momento de la apertura de la sucesión. CAIO adquiere, seguramente, los bienes 1, 2, 3, 4, a él asignados expresamente por el testador. Sin embargo, estos bienes no representan los $\frac{4}{5}$ de la herencia, sino los $\frac{4}{6}$. Esto significa que CAIO, que es heredero en la cuota de $\frac{4}{5}$, tiene derecho a bienes adicionales, igual a la diferencia entre $\frac{4}{5}$ de la herencia a la que tiene derecho y $\frac{4}{6}$ que realmente logró por la atribución específica de bienes 1, 2, 3, 4 dispuesta con testamento. Teniendo en cuenta que los activos 5 y 6, constituyen $\frac{1}{3}$ ($\frac{2}{6}$) de la herencia total y que CAIO aún debe completar su cuota. Suponiendo que cada bien vale 10, CAIO se asigna, por voluntad del testador, bienes por un valor de 40. Los activos restantes, por un total de 20, se atribuirán a CAIO por un valor de 8 y a FILANO por un valor igual a 12. En este caso, tanto el heredero testamentario como el heredero legítimo participan en la asignación de los activos residuales, no porque, en principio, el residual pertenezca a ambos, sino porque el heredero legítimo tiene derecho a $\frac{1}{5}$ de la herencia y el heredero testamentario a $\frac{4}{5}$.

Finalmente, suponemos que TIZIO sea titular de los bienes 1, 2, 3, 4, 5 en el momento de otorgamiento del testamento y el titular de los bienes 1, 2, 3, 4, 5, 6 en el momento de la apertura de la sucesión y que la voluntad del testador («dejo a CAIO mis bienes 1, 2, 3, 4, 5») ha sido de instituir CAIO heredero universal. Como CAIO será heredero universal, no es necesario abrir una sucesión legítima. No hace falta decir que el bien no contemplado en el testamento, que posteriormente se encuentra en el patrimonio

del *de cuius*, también debe asignarse a CAIO. No por una petición de principio, sino solo porque él es el heredero universal.

5. EL CASO DE BIENES OBJETO DE UNA INSTITUCIÓN *EX RE CERTA*, QUE YA NO EXISTEN EN EL PATRIMONIO DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DE SU MUERTE

Las consideraciones hechas en el párrafo anterior permiten resolver también el caso diferente, no menos frecuente y muy relevante en la economía general del problema investigado, en el que los bienes existentes en el momento de la apertura de la sucesión son considerablemente menores que los existentes en el momento del otorgamiento del testamento.

Dado que, como he intentado demostrar, la determinación de la cuota de la institución *ex re certa* debe realizarse comparando el valor del bien determinado (objeto de la institución *ex re certa*) con el conjunto de los bienes del testador existentes en el momento del otorgamiento del testamento, se deduce que nunca la cuota hereditaria puede ser favorecida o desfavorecida por la consistencia de la herencia al tiempo de la apertura de la sucesión. Esto tiene consecuencias muy significativas. Porque en el caso de que la herencia, en el momento de la apertura de la sucesión, sea inferior a la existente en el momento del otorgamiento del testamento, el instituido heredero *ex re certa* podría no solo no lograr todos los bienes a él asignados por testamento, sino estar obligado a dividir con otros herederos algunos de los bienes que el testador expresamente asignó a él. De nuevo, un ejemplo ayuda.

Usamos el ejemplo ya hecho, pero asumimos que TIZIO es propietario de los bienes 1, 2, 3, 4, 5 en el momento que hace testamento, y propietario de los bienes 1 y 2 en el momento de la apertura de la sucesión.

CAIO será el heredero por 4/5, mientras que la quinta parte pertenecerá a FILANO, de acuerdo con las normas sobre sucesión legítima. Aunque en este caso parece legítimo pensar que CAIO tiene derecho a conseguir, al menos, los bienes 1 y 2 por completo, la tesis que hemos sostenido nos lleva a una solución de signo opuesto. Como CAIO no es un heredero universal, sino heredero en 4/5, no se le debe asignar la totalidad de los bienes 1 y 2, es decir, la totalidad de la herencia existente al tiempo de la apertura de la sucesión, sino solo 4/5 de los bienes 1 y 2, dejando el quinto restante al heredero legítimo, o sea, a FILANO. Este último, a pesar de que los bienes restantes son inferiores a los asignados originalmente a la institución *ex re certa*, tendrá el derecho de lograr bienes por un valor correspondiente a su cuota hereditaria.

En este caso, está claro que el heredero *ex re certa* no puede lograr todos los bienes que el testador le ha «dejado» (a través de la institución *ex re certa*), sino solo bienes por un valor correspondiente a su cuota hereditaria.

6. ASIGNACIÓN DEL BIEN DETERMINADO CON FUNCIÓN DE MERA DIVISIÓN EN CONCURSO CON LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS EN PARTE ALÍCUOTA

El testador establece más herederos en parte alícuota y, al mismo tiempo, divide la herencia, asignando uno o más bienes a sus herederos. Esta posibilidad está prevista tanto en el derecho italiano (artículo 735 del Código civil), como en el español (artículo del 1056 del Código civil)²¹, con la aclaración en derecho italiano que²², a diferencia del derecho español (v. artículo 1271 del Código civil) es posible solamente una partición hecha por testamento y no por actos *inter vivos*.

Asumamos que TIZIO, tras haber instituido en testamento a A, B y C, herederos en partes iguales, divide sus propios bienes: a A asigna el bien 1; a B el bien 2; a C el bien 3. La efectividad de la disposición de división está, indudablemente, vinculada a la existencia de los bienes 1, 2 y 3.

Si al tiempo de la apertura de la sucesión de TIZIO permanecen solo los bienes 1 y 2, es demasiado obvio que no solo es impracticable la disposición testamentaria que asigna el bien 3, sino que también están comprometidas las disposiciones con las que se asignan los bienes 1 y 2.

Para un principio evidente de no contradicción, la disposición por la cual A, B y C, son nombrados herederos en partes iguales se convierte, gracias a la ausencia del bien 3, en incompatibles con las disposiciones de división. Dado que creo que la disposición de institución de herederos debe prevalecer sobre la de división, es necesario concluir que, en este caso, la disposición testamentaria de la división es ineficaz y, en consecuencia, entre los tres herederos, A, B y C, nace una comunidad hereditaria sobre los bienes 1 y 2, que se dividen, entre sí, en partes iguales.

De lo que se acaba de proponer, es diferente el caso en el que los bienes que realmente existen en el momento de la apertura de la sucesión son parcialmente

²¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Com. Art. 1056*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 2474 ss.; CARBALLO FIDALGO, M., *Com. Art. 1056*, en *Código Civil comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO, VALPUESTA FERNÁNDEZ, II, p. 1731 ss.

²² En la ley italiana, no es necesario para la división hecha por el testador formalizar un inventario o practicar la liquidación. Es necesario y suficiente que el testador exprese claramente su intención de dividir los bienes entre los herederos, para que la asignación tenga una función divisoria y evite que surja la comunidad hereditaria.

diferentes de los que existían en el momento del otorgamiento del testamento. Se pueden dar tres casos: A) que los bienes de la herencia son parcialmente diferentes, pero no inferiores en valor a los existentes en el momento de la redacción del testamento; B) que los bienes de la herencia son parcialmente diferentes y de valor exactamente correspondiente a los existentes en el momento de la redacción del testamento y; C) que los bienes de la herencia son parcialmente diferentes, pero de valor inferior a los existentes en el momento de la realización de la voluntad.

En el primer caso, y por las mismas razones ya expresadas, no creo que la solución pueda y deba ser diferente de la que yo suponía si los bienes que realmente existían en el momento de la apertura de la sucesión son inferiores a los existentes en el momento del otorgamiento del testamento. El cumplimiento de las disposiciones de división testamentarias determinaría la violación de la disposición de institución de heredero y, especialmente, la disposición con la que el testador instituyó el heredero al que asignó el bien ya no existente. Por lo tanto, el cumplimiento de la disposición de división, lleva a la violación de la disposición de institución hereditaria.

En el segundo y tercer caso, las disposiciones testamentarias de división deben conservarse. Las dos hipótesis se distinguen solo por las modalidades de asignación de los bienes no atribuidos con el testamento, de ahora en adelante, por brevedad, «nuevos bienes».

Si los bienes existentes al tiempo de la apertura de la sucesión son diferentes de los divididos con el testamento por el testador, pero tienen el mismo valor del complejo de los bienes existentes al tiempo de la redacción del testamento, no hace falta decir que los nuevos bienes deben atribuirse completamente al heredero al que el testador asignó el bien o los bienes que ya no existen en la herencia, con la consecuencia de que no habrá comunidad hereditaria.

Si los bienes existentes al tiempo de la apertura de la sucesión son diferentes de los divididos con el testamento por el testador, y esos bienes tienen mayor valor del complejo de los bienes existentes al tiempo de la redacción del testamento, entonces debe abrirse la comunidad hereditaria sobre los nuevos bienes. Todos los herederos participan en la comunidad, en proporción a sus cuotas, teniendo en cuenta el valor de los bienes ya asignados a aquellos herederos a los que el testador asignó bienes determinados con las disposiciones divisorias que se pueden cumplir.

Para aclarar los tres casos, usamos el ejemplo anterior. Asumamos que Tizio, tras haber instituido en testamento A, B y C, herederos en partes iguales, divide sus propios

bienes: a A le asigna el bien 1; a B el bien 2 y; a C el bien 3. Supongamos que al momento de la muerte de TIZIO disponía de los bienes 1, 2, 4 y 5, pero no del bien 3.

En el caso de que los bienes 4 y 5 tengan un valor inferior al del bien 3, el cumplimiento de las disposiciones de división, es decir, la asignación a A del bien 1 y a B del bien 2, no parece posible, por lo que debe suponerse su ineficacia y la necesaria apertura de la comunidad hereditaria. Suponiendo, de hecho, que los bienes 1, 2 y 3 valen 15 cada uno y que los bienes 4 y 5 valen 5 cada uno, la asignación de 4 y 5 a C sería por un valor total de 10, es decir, por un valor menor de 15, correspondiente a $1/3$ de la herencia que le pertenece. En este caso, A, B y C son herederos, cada uno por $1/3$. Se abre la comunidad hereditaria sobre todos los bienes. Todos los herederos tendrán derecho a un tercio del total de los activos, es decir, $1/3$ de los bienes 1, 2, 4 y 5.

En el caso, diríamos de escuela, en la que los activos 4 y 5 tienen el mismo valor idéntico al bien 3, el cumplimiento de las disposiciones de división, es decir, la asignación a A del bien 1 y a B del bien 2, requiere, para el cumplimiento de disposición de institución de herederos, tener que asignar los bienes 4 y 5, exclusiva y directamente, a C. El principio general del mantenimiento de la voluntad del testamento requiere la preservación de las disposiciones testamentarias de división en la medida en que su ejecución no perjudique a la disposición de institución hereditaria.

En el caso de que los bienes 4 y 5 tengan un valor mayor que el bien 3, el cumplimiento de las disposiciones de división, es decir, la asignación a A del bien 1 y a B del bien 2, es posible. Los activos 4 y 5 no pueden asignarse por completo a C, ya que tienen un valor mayor que la cuota de herencia de C. Debe, por lo tanto, abrirse la comunidad hereditaria sobre estos dos bienes y la división se llevará a cabo teniendo en cuenta la proporción de cada uno y que los otros dos herederos (A y B) han logrado gracias a las asignaciones recibidas. Suponiendo que cada bien vale 15, 4 y 5 tienen un valor total de 30. Se dividirán entre A, B y C, de modo que C tenga un contravalor de 15 y que A y B tengan un contravalor de 5 cada uno. Teniendo en cuenta que A ya ha alcanzado el bien 1, que vale 15, que B ya ha logrado el bien 2, que vale 15, los bienes 4 y 5 se dividirán entre A, B y C, por lo que C tiene un contravalor de 15 y que en el valor restante de 15 A, B y C tienen un contravalor de 5 cada uno. En última instancia, a A se le asigna el bien 1, que vale 15, a B se le asigna el bien 2 que vale 15. En los bienes 4 y 5 se abre una comunidad en virtud de la cual C tiene derecho a alcanzar 20 (es decir, $2/3$ de los bienes 4 y 5), B tiene derecho a lograr 5 (es decir, $1/6$ de los bienes 4 y 5) y C tiene derecho a 5 (es decir, $1/6$ de los bienes 4 y 5). Cada uno de los herederos habrá recibido en total un valor de 20.

7. ASIGNACIÓN DEL BIEN DETERMINADO CON FUNCIÓN DE MERA DIVISIÓN EN CONCURSO CON LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS *EX LEGE*

La hipótesis presupone que el testador ha dividido, total o parcialmente, sus bienes, omitiendo establecer herederos, cuya identificación está confiada a la ley.

Para poder pensar en un caso así, es esencial que el testamento tenga un contenido exclusivamente de división, es decir, que sus disposiciones no se puedan rastrear, en ninguna circunstancia, a la institución *ex re certa*. Si este fuera el caso, habría una institución y, en consecuencia, la hipótesis fluiría, necesariamente, o en el primer caso, si las instituciones *ex re certa* entendieran la universalidad del patrimonio, o en el tercero si las instituciones *ex re certa* solo incluía una cuota, pero no la totalidad. Con todas las aclaraciones y advertencias que sugiere el tema de la interpretación del testamento, es claro que mientras que fórmulas como «*dejo el bien 1 a A, el bien 2 a B y el bien 3 a C*» están en la esencia de las instituciones *ex re certa*, de lo contrario fórmulas como «*divido los activos entre mis herederos legítimos: el bien 1 a A, el bien 2 a B y el bien 3 a C*» parecerían más fácilmente atribuibles a simples disposiciones de división, compatibles con la identificación de herederos según la ley.

Además, es indispensable no solo que el testamento tenga un contenido exclusivamente de división, sino también que la división hecha por el testador incluya a todos los sucesores legítimos que tendrían derecho, y que el valor real de los bienes asignados a cada uno corresponde a sus cuotas. Esto, especialmente en el caso de la división objetivamente total, hace que la probabilidad de la hipótesis es objetivamente remota. Más fácil el caso de división objetivamente parcial, en la que la existencia de bienes no divididos deja un cierto margen de corrección, para que puedan ser respetadas las reglas de la sucesión legítima. De hecho, no hay duda de que en los casos en que la división no incluya a un sucesor y en el caso de que, aunque incluya a todos los sucesores, el valor de los bienes no corresponda a sus cuotas, deben ser válidas las soluciones que, en general, ya hemos planeado.

Así, aclarado el perímetro de la hipótesis, no hay duda, a nivel general, de que incluso en este caso deben aplicarse todas las consideraciones ya hechas.

En la síntesis extrema: si el valor de la herencia es menor que el de los bienes divididos por el testador (porque en el momento de la apertura de la sucesión no existen los bienes que existían en el momento de la redacción del testamento), las disposiciones de división deben considerarse ineficaces y entre los sucesores legítimos nace una comunidad hereditaria; si, por otro lado, el valor de los bienes hereditarios es mayor que el de los bienes divididos por el testador (porque hay bienes nuevos o porque el

testador no ha dividido todos sus bienes), todas las disposiciones divisorias pueden preservarse y, los bienes restantes, es decir, los bienes no divididos por el testador, deben dividirse entre los herederos legítimos, en proporción a sus cuotas.

8. ASIGNACIÓN DEL BIEN DETERMINADO CON FUNCIÓN DE DIVISIÓN Y DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO *EX RE CERTA*

Este es el caso en el que el testador, en lugar de instituir los herederos en la cuota expresa, prefiere instituir a sus herederos en una cuota concreta, o sea, asignando a ellos un bien determinado o un conjunto de bienes como cuota hereditaria.

La hipótesis no tendría nada en particular y nada diferente de la más simple, ofrecida por la institución en una cuota expresa, si no hubiera una coincidencia y interpenetración entre las disposiciones de institución y de división²³. Con la misma formulación lingüística o, si se prefiere, a través de una única disposición testamentaria, el testador no solo establece al heredero, a quien asigna un bien determinado o un conjunto de bienes como parte del patrimonio, sino que también los divide, asignando a cada uno ese bien particular o ese complejo de bienes que utilizó para su institución²⁴.

Aunque es razonable que, en estos casos, la institución *ex re certa* es el instrumento técnico a través del cual se lleva a cabo la división hereditaria²⁵, sin embargo, es necesario tomar conciencia del hecho de que dos disposiciones testamentarias diferentes (institución de heredero y partición de la herencia) coexisten en el mismo texto lingüístico.

Las dos disposiciones testamentarias son diferentes en función y eficacia. En cuanto a la función, la primera sirve para instituir al heredero en la cuota data por la relación entre la *certa res* y los bienes existentes al tiempo de redacción del testamento y, en la segunda sirve para prevenir que llegue a nacer la comunidad hereditaria. El testador, al indicar ciertos bienes, marca la cuota del heredero y asigna y distribuye sus bienes entre los herederos.

Para su efectividad, la primera es necesariamente estable, y tiene la función de determinar la cuota hereditaria, mientras que la segunda tiene una estabilidad precaria, ya que la atribución concreta de los bienes depende de la posibilidad de

²³ AMADIO, G., *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, cit., p. 258.

²⁴ MENGONI, L., *La divisione testamentaria*, cit., p. 84.

²⁵ AMADIO, G., *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, cit., p. 243 ss. e spec. p. 267 e Id., *La divisione del testatore*, cit., p. 107; DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *Com. Art. 1056*, cit., p. 2476.

actuar la división, teniendo en cuenta las disposiciones de institución de heredero y la consistencia del caudal hereditario.

Cuando se tiene en cuenta que en el mismo texto lingüístico coexisten dos disposiciones testamentarias diferentes (la institución de heredero y la partición de la herencia), no es sorprendente que se puedan asignar al heredero bienes diferentes de los que le asignó el testador, solo algunos de ellos o, finalmente, ninguno de los bienes. No es sorprendente que entre los herederos pueda surgir una comunidad hereditaria, con respecto a todos los bienes a dividir o solo con respecto a bienes nuevos y diferentes.

Los problemas que plantea un testamento en el que la institución *ex re certa* es el instrumento a través del cual se realiza la partición de la herencia se pueden disolver más fácilmente, teniendo en cuenta la coexistencia singular en el mismo texto de diferentes disposiciones. Con esta advertencia, el intérprete debe primero identificar a todos los herederos, determinar la cuota de cada uno, luego verificar la factibilidad de la partición hecha por el testador a través de las instituciones, luego, verificar si, y en qué medida y con respecto a qué bienes, existen o no, entre ellos, la comunidad hereditaria.

La modalidad particular a través de la cual se realiza la división excluye, en la raíz, la posibilidad de que el testador en la división no haya comprendido algunos de los institutos, ya que la institución presupone, por definición, la asignación al menos de un bien específico. También excluye que el valor de los bienes pueda no corresponder a las cuotas establecidas por el testador o que la partición puede ser rescindida, ya que las cuotas dependen de la relación entre el valor de la *res certa*, asignada a cada uno de los herederos, y el valor del complejo de los bienes considerado por el testador.

Por lo tanto, se deduce que, en hipótesis de este tipo, dado que nunca puede plantearse una partición subjetivamente parcial, solo pueden surgir problemas relacionados con la consistencia del caudal hereditario cuando es diferente de lo que existía en el momento de la redacción del testamento. Como podría ser el caso más simple, lineal y escolar en el que el caudal hereditario corresponde exactamente, por valor y/o consistencia, a el existente en el momento del otorgamiento del testamento, podría, también, haber casos en los que el valor del caudal hereditario es más alto o más bajo que el del complejo de bienes existentes al momento de la redacción del testamento.

En la primera hipótesis, el caso no plantea problemas particulares, especialmente si ocurre una hipótesis de división objetivamente total. Solo será necesario medir el valor

de la *certa res* en relación con el total, a fin de identificar la cuota hereditaria de cada uno. Dada la correspondencia entre la masa hereditaria y la masa considerada por el testador, los bienes asignados como cuota se incluirán exactamente, con la consecuencia obvia de que no surgirá una comunidad hereditaria entre los herederos. De lo contrario, si la división y, en consecuencia, las asignaciones no fueran totales, existiría el problema de la atribución y división de los activos no asignados y divididos. Obviamente, dada la virtud expansiva de cuota hereditaria, los bienes adicionales se dividirán pro cuota entre todos los herederos. Entre ellos surgirá, por tanto, la comunidad limitada a los bienes no divididos²⁶.

Suponemos que TIZIO es propietario, al momento de hacer testamento y al momento de la apertura de la sucesión de los bienes 1, 2, 3 y 4, que cada uno de ellos vale 20, que el testamento tiene el siguiente texto: «dejo a A el bien 1, a B el bien 2 y a C los bienes 3 y 4». No hay duda de que A y B son herederos por $\frac{1}{4}$ cada uno y que C es heredero por $\frac{1}{2}$, así como no hay duda de que no hay comunidad hereditaria. A es el titular del bien 1, B, del bien 2 y C de los bienes 3 y 4.

Es diferente si la masa a dividir es, por valor y/o consistencia, mayor que la masa dividida por el testador. Es necesario establecer el destino de los bienes sobrevenidos.

Utilizamos el ejemplo anterior, pero supondremos que Tizio es titular, en el momento de la redacción del testamento, de los bienes 1, 2, 3 y 4; que en el momento de la apertura de la sucesión es titular de los bienes 1, 2, 3, 4, 5 y 6; que el testamento lleva el siguiente texto: «Dejo a A el bien 1, a B el bien 2 y a C los bienes 3 y 4». No hay duda de que A y B son herederos por $\frac{1}{4}$ cada uno y que C es heredero por $\frac{1}{2}$, al igual que no hay duda de que no hay comunidad hereditaria sobre los bienes 1, 2, 3 y 4, dado que A es titular del bien 1, B es titular del bien 2, C es titular de los bienes 3 y 4. Los bienes 5 y 6, no asignados y no divididos, como bienes sobrevenidos, se asignarán por $\frac{1}{4}$ a A, por $\frac{1}{4}$ a B y por $\frac{1}{2}$ a C, entre los cuales habrá una comunidad limitada a estos bienes.

Diferente y más complejo es el caso en el que la masa a dividir es, por valor y/o consistencia, más baja que la masa dividida por el testador.

A diferencia de los casos anteriores, la división hecha por el testador está comprometida. De acuerdo con los principios que he ilustrado, la división se ve obligada a ser inefectiva, con la consecuencia, ya anticipada, de que los herederos ni siquiera pueden adquirir los bienes que el testador les ha dejado expresamente. De

²⁶ Según GAZZARA, G., *Divisione ereditaria*, cit., p. 437, es una comunidad ordinaria. Al contrario, A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, cit., p. 343 ss.

hecho, en este caso, con respecto a la disposición testamentaria, mientras que la función de la institución es firme y segura, la función de división puede ser cuestionada y comprometida.

La circunstancia que en el momento de la apertura de la sucesión existan, o no, las cosas ciertas específicamente asignadas y divididas en el testamento, si bien es irrelevante para el propósito de la institución de heredero, porque solo sirve para marcar la cuota hereditaria de los herederos, por otro lado, es extraordinariamente relevante para el propósito de la partición de la herencia, ya que la factibilidad de la división depende de la presencia al tiempo de la apertura de la sucesión de los bienes existentes al tiempo de la redacción del testamento.

Para aclarar, utilizamos el ejemplo anterior, pero suponemos que TIZIO es titular, en el momento de la redacción del testamento, de los bienes 1, 2, 3 y 4; que en el momento de la apertura de la sucesión es titular solamente de los bienes 1, 2; que el testamento lleva el siguiente texto: «Dejo a A el bien 1, a B el bien 2 y a C los bienes 3 y 4». De acuerdo con las consideraciones hechas, A y B serán, cada uno, herederos por $\frac{1}{4}$, y C heredero por $\frac{1}{2}$. En este caso, la partición de la herencia no es factible, ya que de su ejecución derivaría una violación de las instituciones e incluso la preterición del heredero que tiene derecho a la cuota más alta. En este caso, la función de institución de heredero sigue siendo válida y efectiva, mientras que la partición de la herencia no puede cumplirse. En consecuencia, más allá de la disposición testamentaria, nacerá una comunidad hereditaria sobre los bienes 1 y 2, a la cual participarán todos los herederos en proporción a las cuotas respectivas (A y B por $\frac{1}{4}$ cada uno y C por $\frac{1}{2}$).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., «Sucesor universal o heredero, y sucesor particular o legatario», *Revista de Derecho Privado*, 1978, p. 737 ss.

AMADIO, G., «La divisione del testatore senza predeterminazione di quote», *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 243 ss.

— «La divisione del testatore», *Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno, vol. II, Padova, 1994, p. 73 ss.

BARBA, V., «Distruzione di un testamento olografo», *Fam., Pers. e Successioni*, 2010, pp. 356-368.

— «Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore», *Riv. dir. civ.*, 2012, II, pp. 53-103.

BASINI G. F., «"Lasciti" di beni determinati ed istituzione di erede ex re certa», *Fam., Pers. e Successioni*, 2007, p. 245.

BETTI, E., «Teoria generale del negozio giuridico», in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, 2 ed., Torino, 1960, p. 370.

BONILINI, G., «Institutio ex re certa e acquisto per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento», *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni* diretto da GIOVANNI BONILINI, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 239 s.

— «Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati», *Fam. Pers e Successioni*, 2008, p. 532 ss.

BOMBARDA, G., «Osservazioni in tema di norme date dal testatore per la divisione, divisione fatta dal testatore e disposizione dei conguagli», *Giur. It.*, 1975, IV, p. 109.

CAÑIZARES LASO, A., «Art. 668» *Código Civil comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO, VALPUESTA FERNÁNDEZ, II, p. 288 ss.

— «Art. 675» *Código Civil comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO, VALPUESTA FERNÁNDEZ, II, p. 307 ss.

CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, p. 49; II, Milano, 1982, p. 765 s.

CICU, A., «Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria», *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, vol. XLII, 2, Milano, 1958, p. 432

GORDILLO CAÑAS, A., «Art. 768» *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1884 ss.

ESPÍN CÁNOVAS, D., «Art. 668», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1680 ss.

GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Madrid, 1989.

GÓMEZ CALLE, E., «Art. 768» *Código Civil comentado*, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO, VALPUESTA FERNÁNDEZ, II, p. 687.

IRTI, N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 37.

— *Testo e contesto*, Padova, 1997.

JORDANO BAREA J.B., «Art. 675», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1697 ss.

— *El testamento y su interpretación*, Granda, 1999.

— *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958.

MENGONI, L., «L'istituzione di erede "ex certa re" secondo l'art. 588, comma 2°, c.c. », *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 762.

— *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 70.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Notas sobre la voluntad del testador», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2002, p. 153 ss.

PÉREZ PASCUAL E., «El artículo 768 del código civil. La institución de heredero en una cosa cierta y determinada», *Revista Derecho Notarial*, 1986, p. 241 ss.

PERLINGIERI, G., «Heredis institutio ex re certa, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 codice civile», *Studi in onore di GIOVANNI GABRIELLI*, anche in *Le corti Salernitane*, 2010, e in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2011, p. 6.

PORCARI M., «Alienazione del bene oggetto dell' "institutio ex re certa" », *Giur. It.*, 1993, I, 2, c. 300.

RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 1 ss.

TRABUCCHI A., «Il rispetto del testo nell'interpretazione testamentaria», in *Scritti giuridici in onore di F. CARNELUTTI*, vol. III, Padova, 1950, p. 688 ss.;

TRIMARCHI P., «Interpretazione del testamento mediante elementi a esso estranei», *Giur. It.*, 1956, I, 1, cc 445 ss.

ZICCARDI F., *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, p. 98 ss.

Fecha de recepción: 08.03.2019

Fecha de aceptación: 26.03.2019