

LA INTERPRETACIÓN Y CALIFICACIÓN COMO MEJORA
TÁCITA DE DISPOSICIONES “INTER VIVOS” Y “MORTIS
CAUSA”

*INTERPRETATION AND QUALIFICATION AS TACIT IMPROVEMENT
OF “INTER VIVOS” AND “MORTIS CAUSA” DISPOSITIONS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 730-765

Antonia NIETO
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de octubre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: El propósito de este estudio consiste en tratar de demostrar la superación de la proscripción de las mejoras tácitas, con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico. La existencia de una mejora tácita a favor de hijos o descendientes puede inferirse, tanto de diferentes preceptos del Código civil, como de la interpretación de la voluntad del testador; o, en su caso, del donante. No en vano, la calificación como mejora de una donación o de una disposición testamentaria encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad. Se incorporará el “valor del cuidado” para tomar en consideración la posibilidad de entender que las mejoras se han efectuado en atención, precisamente, a los cuidados. Por lo demás, el recurso a la prueba extrínseca de la voluntad testamentaria puede desempeñar un papel inestimable en la averiguación de la voluntad de mejorar a algún hijo o nieto, cuando no resulte clara la voluntad testamentaria. En conclusión, se defiende el principio de la preeminencia absoluta de la voluntad del testador, ley de la sucesión (art. 675 CC), piedra angular de la interpretación testamentaria.

PALABRAS CLAVE: Sucesión testamentaria; donación; legítima; tercio de mejora; mejora tácita; interpretación del testamento; prueba extrínseca de la voluntad testamentaria; el valor del cuidado.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to try to demonstrate the overcoming of the proscription of tacit improvements, in general, in our legal system. The existence of a tacit improvement in favour of children or descendants can be inferred, both from different precepts of the Civil Code and from the interpretation of the will of the testator or, where applicable, of the donor. It is not in vain that the qualification of a donation or testamentary disposition as an improvement involves an interpretative phenomenon of the declaration of will. The “value of care” will be incorporated to take into account the possibility of understanding that the improvements have been made precisely because of care. Furthermore, recourse to extrinsic evidence of the testamentary will can play an invaluable role in ascertaining the will to improve a child or grandchild, when the testamentary will is not clear. In conclusion, the principle of the absolute pre-eminence of the testator’s will, the law of succession (Art. 675 CC), the cornerstone of testamentary interpretation, is defended.*

KEY WORDS: Testamentary succession; donation; legitimate; third of improvement; tacit improvement; interpretation of the will; extrinsic proof of the testamentary will; the value of care.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CALIFICACIÓN COMO MEJORA TÁCITA DE DISPOSICIONES “INTER VIVOS” Y “MORTIS CAUSA”.- III. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS Y MEJORA TÁCITA: EL ALCANCE DE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.- IV. OTRAS POSIBLES MEJORAS TÁCITAS EN DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.- I. Mejora tácita derivada de la desigualdad en las cuotas hereditarias.- 2. Mejora tácita en el caso de la desheredación injusta y posible mejora tácita en la preterición intencional.- 3. Mejoras tácitas por disposición del testador a través de los artículos 1056.2.º en relación con el artículo 1075 del Código civil.- V. EL PERTINENTE RECURSO A LOS MEDIOS DE PRUEBA EXTRÍNECOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA PARA AVERIGUAR LA EXISTENCIA DE LA INTENCIÓN DE MEJORAR.- VI. RECAPITULACIÓN FINAL Y PROPUESTA “DE LEGE FERENDA”.

I. INTRODUCCIÓN.

Normalmente, la atribución al legitimario hecha en calidad de mejora se ordena en testamento, por ejemplo, a título de legado (ex art. 828 CC)¹; pero cabe caracterizar como mejora una liberalidad “inter vivos” (ex art. 825 CC)². En efecto, el causante puede, a su arbitrio, realizar donaciones con carácter de mejora: es decir, satisfactorias de la legítima; pero, a la vez, imputables al tercio de mejora³. Donación en concepto de mejora, mejora por acto o instrumento “inter vivos”, figura que puede calificarse de sucesoria, no en vano, su ubicación sistemática está en las normas que regulan la mejora, y en estrecha relación con los herederos forzosos y que, aunque se otorgue, como dice el artículo 825 CC “por contrato entre vivos”, a la postre, se realiza, como señala el precepto “en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos”⁴.

Pues bien, he considerado oportuna la incorporación a este trabajo, eminentemente centrado en el Derecho de sucesiones, del análisis de la donación

- 1 Uno de los supuestos resueltos más relevantes de disposición “mortis causa”, con posibilidad de imputación al segundo tercio, de mejora, a favor de nietos, en concepto de herederos, viviendo su padre, fue el caso resuelto por la conocida STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432), que se analizará, a continuación; sin perjuicio de la relevante STS 695/2005, 28 septiembre (RJ 2005, 7154), en que resultan mejorados varios nietos, viviendo sus padres legitimarios, a título de legado (ex art. 828 CC).
- 2 Destaca la STS del Pleno 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395), calificada la donación como mejora e imputable a dicho tercio, aunque no se hubiese utilizado la palabra mejora, sentencia desarrollada en este epígrafe del trabajo.
- 3 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (5.ª ed.), Bosch, Barcelona, 1993, p. 374.
- 4 Ya que en el presente estudio se hará alguna incursión en el Derecho civil de Galicia, procede advertir que la Ley 2/2006, 14 junio, de Derecho civil de Galicia, si bien ha regulado los pactos de mejora (arts. 214 a 218), no contempla la existencia del tercio de mejora, sino que, constituyendo la legítima de los descendientes “la cuarta parte del haber hereditario líquido” (art. 243), restan nada más ni nada menos que tres cuartas partes, que el causante puede distribuir a su arbitrio, de suerte que puede utilizarlos para aventajar a algún hijo o descendiente, en detrimento de los demás, por ejemplo, en atención a los cuidados y a la asistencia que le hayan prestado los favorecidos.

• Antonia Nieto Alonso

Catedrática de Derecho Civil, Universidade de Santiago de Compostela. Correo electrónico: antonia.nieto@usc.es

en concepto de mejora (ex art. 825 CC) por estimar que aún aspectos de particular interés para este estudio, por una parte, se trata de una figura idónea para canalizar la posibilidad de la mejora entre vivos y, por otra parte, no se ignora otro de los objetivos del trabajo, la interpretación de diferentes cláusulas y, como reconoció el Tribunal Supremo, en un fallo en el que precisamente se resolvió un supuesto de donación en concepto de mejora, para compensar los cuidados que el mejorado prestaba al mejorante, este tipo de donación encierra un verdadero “fenómeno interpretativo” —STS del pleno 536/2013, 29 julio—⁵.

El propósito de este estudio consiste en tratar de demostrar la superación de la proscripción de las mejoras tácitas, con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico, para favorecer, sino una interpretación abrogatoria del artículo 825 CC, sí su interpretación flexible, incluso se hace una propuesta normativa “de lege ferenda” del referido precepto. Por consiguiente, a lo largo de los apartados que siguen, se parte del análisis del “statu quo” de la mejora tácita en el Código civil español, en particular, por medio de los artículos 825, 828 (inciso primero), con el claro rechazo a la posibilidad de mejoras tácitas y de los artículos 828 (inciso final) y 782.2, como supuestos excepcionales que admiten casos de mejora tácita. A continuación, se dedica un importante apartado a la posibilidad de admitir mejoras tácitas por medio de las sustituciones testamentarias, no solo por la vía del ya citado artículo 782.2 CC, en sede de sustitución fideicomisaria, sino también a través de una sustitución vulgar, en especial, en los casos de repudiación del llamado a la herencia y no únicamente a la legítima estricta —en cuyo caso sería de aplicación el art. 985.2.º CC—, sustitutos del repudiante, que, con toda probabilidad, serán los nietos del causante, a los que les corresponderá la cuota de mejora y, en su caso, la parte de libre disposición. A propósito de esta cuestión se analizarán diversas resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que aclaran la doctrina que sostiene al respecto, aun sin mencionar la existencia de mejoras tácitas.

No se descuidarán otros supuestos de los que se infiere la voluntad del causante de mejorar, casos positivizados por los artículos 814.1.º, 851, 1056.2 o 1075 del Código civil; pero también otros no previstos por el Código civil pero de los que se deduce claramente la intención del testador, o, en su caso, del donante, de mejorar, como la mejora tácita derivada de la desigualdad en las cuotas hereditarias —STS 18 junio 1982— o cuando queda patente la voluntad de mejorar al disponer la expresa dispensa de colación de la donación —STS 29 julio 2013—.

Por lo demás, se incorporará el “valor del cuidado” para tomar en consideración la posibilidad de entender que las mejoras se han efectuado en

5 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395).

atención, precisamente, a los cuidados. Para completar el trabajo, se estudiará la relevancia que puede alcanzar, cuando no existe declaración expresa de la voluntad de mejorar, el recurso a la prueba extrínseca —STS 18 junio 1982⁶; STS 29 julio 2013⁷—. El estudio concluye con una recapitulación final y una propuesta “de lege ferenda”.

II. LA CALIFICACIÓN COMO MEJORA TÁCITA DE DISPOSICIONES “INTER VIVOS” Y “MORTIS CAUSA”.

Con inusitada frecuencia llegan a la Sala Primera del Tribunal Supremo casos que plantean como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, que requieren una precisa interpretación de la declaración de voluntad de mejorar, bien, mediante el cauce de una disposición “mortis causa”, por ejemplo, por vía de institución o a título de legado (art. 828 CC), o bien, por medio de la donación “inter vivos” (art. 825 CC), cuestiones que en el orden del Derecho sucesorio alcanzan tanto a la propia calificación como mejora de la institución, del legado o de la donación efectuados, como a la operación de la correspondiente imputación al segundo tercio de mejora y, en su caso, a su posible reducción.

Una cuestión clásica que se plantea en nuestro Derecho de sucesiones es la de si una donación puede ser imputable al tercio de mejora por exceder su valor de los de la legítima o libre disposición, aunque no se emplee el verbo “mejorar” o el sustantivo “mejora”, ya que de una lectura superficial y aislada del artículo 825 CC parece inferirse que nuestra ley sustantiva civil proscribía las denominadas “mejoras tácitas”, al disponer que “Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar”. Tal opción supone un cambio en nuestra Codificación respecto de lo dispuesto por el Derecho castellano en la Ley 26 de Toro⁸.

El Proyecto de Código civil de GARCÍA GOYENA de 1851 desdobra el régimen, según se trate de disposiciones “inter vivos” o “mortis causa” realizadas a favor de los hijos o descendientes; para las primeras, el artículo 657 del Proyecto disponía que “Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no

6 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

7 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395).

8 La Ley 26 de Toro fue entendida en el sentido de que si el padre o la madre, por cualquier acto de última voluntad o por algún contrato entre vivos, hicieron donación a alguno de sus hijos o descendientes, se entienda que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, aunque no lo digan. De esta ley arranca la doctrina de la que se había de denominar mejora tácita. Sobre esta cuestión, *cfr.*, OTERO VARELA, A.: “La Mejora”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, número 33, 1963, pp. 5-132.

ha declarado formalmente su voluntad de mejorar [...]" ; precepto que, en palabras de GARCÍA GOYENA, "da en tierra con la ley 26 de Toro"⁹; para las segundas, el artículo 659, dispone que "Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado", para GARCÍA GOYENA, en este precepto "milita la presunción contraria que en la donación del 657"¹⁰.

Paralelamente, en el Código civil, mientras que, como se ha visto, el artículo 825 exige para la condición de mejora de la donación "inter vivos" la declaración expresa de la voluntad del donante en tal sentido, el artículo 828 CC, prevé el mismo efecto para el legado, alternativamente: cuando el testador lo declare expresamente o cuando no quepa en la parte libre¹¹. Esta última referencia, no caber en la parte libre, no se encuentra en el artículo 825 CC, relativo a la donación. Ahora bien, convengo con las atinadas consideraciones de ROCA SASTRE, cuando observa que cuando los padres han otorgado una donación a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, excluyéndola de la imputación a la legítima —o lo que es lo mismo, disponiendo que la misma no se colaciona cuando el donatario sea coheredero—, entonces, dicha donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre, porque aunque el artículo 825 CC no contenga las palabras del artículo 828 CC "o cuando no quepa en la parte libre", considera el autor que, "por analogía, ha de entenderse como si dicho art. 825 las contuviere, [...]. Evidentemente, al disponerse la no imputación o la no colación hay que pensar que la voluntad de los padres fue que el donatario recibiera la donación además o aparte de la legítima"; por eso, al referirse a la imputación de tal donación o, en su caso del legado (ex arts. 825 y 828 CC), concluye que "Cuando sea imputable a la legítima el legado o donación otorgada por los padres a alguno de sus hijos o descendientes, si el legado o donación excediere del valor de la cuota legitimaria del legatario o donatario, tal exceso del legado o donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre"¹².

En esa línea se pronuncia ALBALADEJO, al defender el mantenimiento de la donación a costa, y por este orden, de los tercios de legítima, libre disposición

-
- 9 GARCÍA GOYENA, F.: "Comentario al artículo 657 del Proyecto de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Editorial Cometa, Zaragoza, 1974, p. 355.
- 10 GARCÍA GOYENA, F.: "Comentario al artículo 659 del Proyecto de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 356. Por otra parte, disponía el artículo 660 del Proyecto de García Goyena que "Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos". Cfr., GARCÍA GOYENA, F.: "Comentario al artículo 654 del Proyecto de Código civil de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 356.
- 11 A tenor del artículo 828 CC "La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre".
- 12 ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, a la obra de Theodor KIPP, Derecho de Sucesiones*, en ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin: *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976, § 14, pp. 174 y 175.

y mejora: “Lo cual [...] supone admitir, si es preciso, el carácter de mejora de la donación”. Concluye el profesor ALBALADEJO que la no reducción, sino pago con la mejora, de la donación que desbordase la legítima y tercio libre “se apoya sin duda en que reducidas no pueden serlo sino las donaciones inoficiosas (art. 654 CC), y como no son inoficiosas sino las que el donante hubiese hecho dando más de aquello que pueda dar por testamento (art. 636), no será inoficiosa la donación [...]”¹³.

Por otra parte, LACRUZ BERDEJO justifica el diferente tratamiento que el Código civil otorga a la donación y al legado, al referirse al fundamento de la distinción entre los artículos 825 y 828 CC y afirmar que “La distinción entre la obligación de declarar expresamente la mejora del art. 825 y la imputación residual en ella del art. 828 tiene fundamento claro. Si se admitieran las mejoras tácitas en las liberalidades “inter vivos”, la determinación de lo imputable a la mejora tendría lugar, con relación a tales liberalidades, en el momento de fallecer el causante, de modo que, en ese instante, sin consideración a la intención del donante de desigualar o no cuando hizo la donación, nacerían mejoras involuntarias en perjuicio de los restantes legitimarios, e incluso en favor de terceros donatarios que se hallarían a salvo de la acción de reducción”¹⁴.

Estimo que, en lugar de polemizar acerca de las mejoras tácitas, tal vez sea cuestión de no admitir mejoras presuntas y de no acudir a simples conjeturas acerca de la voluntad del causante; pero sin eliminar la posibilidad de mejoras tácitas, es decir, donaciones que en la “mens testatoris” se hacen con la voluntad de mejorar al donatario, incluso, aunque no se hubiera utilizado expresamente la palabra mejora. No en vano, ROCA SASTRE, a la vista fundamentalmente del artículo 825 CC, consideró que “este aserto de que el Código civil ha suprimido la mejora tácita no es cierto”: “pues ello supone una confusión de lo tácito con lo presunto [...]; únicamente cabe criticarlo [al Código civil] por no haberse expresado mejor, como lo hubiera hecho de limitarse a disponer que no se admitía la mejora presunta, esto es, aquella en que no apareciere evidente que el causante ha tenido la voluntad de mejorar. En efecto, lo que ha querido el Código en dichos arts. 825

13 Como aclara el autor, hecha una donación, a la muerte del donante debe mantenerse, en vez de reducirse, si cabe en la legítima estricta que corresponde al donatario + la parte libre del causante + el tercio destinado a mejora, por ese orden: “De modo que, aunque no se hubiese especificado ser mejora la donación o esto no se deduzca de la declaración del donante, será mejora la tal donación por la parte que tenga que ser imputada al tercio de mejora”. ALBALADEJO, M.: *La Mejora*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 160-194, en especial, pp. 160, 190 y 191.

14 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, cit., pp. 378 y 379. LACRUZ se decanta así por la pertinencia del carácter expreso de la donación. También, FUENMAYOR defiende de forma contundente en su trabajo que la mejora debe constituirse de forma expresa (“passim”). Autor que ya al inicio de su trabajo se refiere a la mejora como institución “rica en matices, pletórica de tradición jurídica, señera en su disciplina y desconcertante en sus múltiples aplicaciones a la vida real”. FUENMAYOR CHAMPIN, A. DE: “La mejora en el sistema sucesorio español” —Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra el día 18 de abril de 1944 en la Semana jurídica española—, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XXII, 1946, pp. 247-284.

y 828 es acabar con el sistema de conjeturas en favor de la existencia de la mejora, a cuyo sistema estaban tan aficionados los autores de Derecho intermedio, pero no abolir la mejora tácita, que como la expresa revelan sin duda alguna la voluntad de mejorar"¹⁵.

También se ocupa de diferenciar mejora tácita de presunta y de no hacerlas equivalentes VALLET DE GOYTISOLO, que, después de concretar que las mejoras tácitas son aquellas que se disponen, o se entienden dispuestas, sin que se haya utilizado en su otorgamiento la palabra "mejora" ni el verbo "mejorar", concluye que no es siempre exacto que la mejora tácita suponga una presunción: "No toda mejora tácita es una mejora presunta. Para que la mejora se reputé tácita basta con que al ordenarla no se use el verbo mejorar o el sustantivo mejora, y así se conceptúa, aunque su existencia derive claramente de una voluntad expresa del causante"¹⁶.

En fin, el Código civil apuesta por la exigencia de que la voluntad de mejorar sea expresada por el causante (art. 825 y art. 828 [primer inciso del precepto]), con todo el Código civil admite dos casos evidentes de mejora tácita, a saber: el primero, previsto por el inciso final del artículo 828 CC: sería mejora tácita la parte del legado que "no quepa en la parte libre", el segundo supuesto, el de las sustituciones fideicomisarias que graven el tercio de mejora (ex art. 782.2.º CC), ya que cuando en conformidad con esta norma, los padres graven el tercio de mejora, atribuido a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, con un gravamen de sustitución fideicomisaria a favor de otro hijo o descendiente legitimario o de un nieto o descendiente no legitimario, como reconoce ROCA SASTRE, el llamamiento fideicomisario es mejora: "La voluntad de mejorar resulta aquí precisamente de la circunstancia de tratarse de un gravamen sobre la mejora"¹⁷.

El fallo seguramente más significativo en el que el Tribunal Supremo, en interpretación de los artículos 825 y 828 CC, huye de forma contundente del rango sacramental que las citadas normas conceden a las expresiones "mejora" y "mejorar", y con relación a disposiciones "mortis causa", y la posibilidad de

15 ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 173 y 174.

16 VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición" —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 24 de enero de 1950—, *AAMN*, t. VIII, 1954, pp. 5 y ss., en especial, pp. 16 y 21.

17 ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175. A pesar del carácter excepcional del citado artículo 782.2.º CC, puede observarse la intención del legislador en las sustituciones fideicomisarias, de que sean expresas, como disponen los artículos (arts. 783.1.º y 785.1.º CC), eliminando de las sustituciones el sistema de conjeturas ya que, como dijo la RDGRN 8 mayo 1924 (*Anuario de la DGRN de 1924*, pp. 194-201): "[...] un sistema de conjeturas que se estrella contra las disposiciones del Código civil, cuyo artículo 783 exige para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria que sean expresas, así como el 785 en su número 1.º [...]"; también, con relación a la institución de los hijos puestos en condición y con rechazo del sistema de conjeturas, se pronuncia la STS 22 diciembre 1933 (JC 1933, t. 211, n.º 701).

imputar al segundo tercio, de mejora, lo dejado en testamento, fue la STS 18 junio 1982¹⁸, en el caso enjuiciado, el problema sustancial al que el recurso de casación se contrae es el de la eficacia del testamento otorgado ante notario y de la partición que la testadora verifica, con específica atribución de bienes a cada uno de sus herederos, su hijo y los dos hijos de este, nietos de la testadora¹⁹, a los que instituye herederos por partes iguales²⁰. Pues bien, se produce la discordancia entre los contendientes: el hijo heredero, como demandante y los nietos como demandados, al entender el primero que ha sido prácticamente desheredado al no concedérsele por el testador más que un tercio de legítima, no obstante ser el único heredero forzoso al que por ministerio de la ley han de corresponderle los dos tercios de la herencia, habida cuenta de que, además, gran parte de los bienes que la testadora le adjudica, en la partición verificada en el testamento, han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha de su fallecimiento, por lo que, aparte de otros pedimentos, el demandante solicita se declarase a su favor la propiedad de un chalet, finca y solar, que la testadora atribuía al demandante y que habían sido enajenados antes de la muerte de la causante. A mayor abundamiento, para que pueda averiguarse más nítidamente la voluntad de la testadora, cumple observar cómo en el caso enjuiciado, existe un precedente comprobado y perfectamente admitido por las partes contendientes, el testamento otorgado por la causante, en 1963, en el

18 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

- 19 Como es sabido, doctrina y jurisprudencia admiten la posibilidad de mejorar a los nietos viviendo los hijos legitimarios. En este caso, los nietos no son legitimarios, sino destinatarios de bienes en concepto de mejora. Luego, la llamada legítima estricta debe ir destinada necesariamente a descendientes que tengan la condición de legitimarios, por eso, cuando la donación se haya realizado a un descendiente no legitimario (por ejemplo, a un nieto en vida de sus padres), deberá imputarse al tercio libre si el testador no declaró su voluntad de mejorarlo. Pero si se hizo expresa o tácitamente con carácter de mejora deberá imputarse a este tercio (nunca al de legítima estricta, a la que no tiene derecho). El exceso, en su caso, podrá imputarse a la parte libre. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario al artículo 825 del Código civil", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 944 y 945. Sobre la mejora del nieto viviendo sus padres, vid.: RDGRN 15 junio 1898 (JC 1898, 84, número 114, pp. 519 y ss.) y STS 695/2005, 28 septiembre (RJ 2005, 7154). Entre la doctrina, afirmando la posibilidad de mejorar al nieto en vida de sus padres, cfr., ALBALADEJO, M.: *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 95 y ss. GARCÍA-GRANERO, al estudiar la mejora del nieto viviendo los padres, concluye preguntándose atinadamente: "¿Cómo calificar de legítima el tercio segundo si pueden ser mejoradas personas que no son legitimarios?". GARCÍA-GRANERO, J.: "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora", *Revista de Derecho Privado*, número 391, 1949, pp. 811-813.
- 20 Con relación a la posibilidad de mejorar a los nietos, viviendo sus padres legitimarios, probablemente, el caso más conocido es el resuelto por la STS 695/2005, 28 septiembre (RJ 2005, 7154), con apelación, además, al artículo 828 CC. En el caso de autos y en atención a la averiguación de la voluntad del testador: no habría duda de que aquel quiso mejorar a sus ocho nietos, pese a no ser legitimarios, pues les legó bienes disponiendo, de modo expreso, que los legados recaerían en los tercios de mejora y libre disposición (art. 828 CC): "Y no cabe negar al legado la condición de título apto para mejorar (art. 828 CC)". El Tribunal Supremo interpreta el artículo 823 del Código Civil en el sentido de admitir la posibilidad de que el abuelo mejore al nieto pese a vivir el hijo y, por lo tanto, pese a no ser el mejorado legitimario de primer grado y, por ende, con derecho a reclamar legítima (FD Cuarto). Recuérdese que también se señala por la doctrina en apoyo de tal posibilidad, el conocido rechazo de la tesis contraria al redactarse el artículo 654 del Proyecto de Código Civil de 1851, posible precedente del artículo 823 CC. Precisa GARCÍA GOYENA, al comentar la norma, que su fundamento está en "poderosas consideraciones de equidad; un abuelo tierno y solícito ha de tener algún medio para proveer á la suerte de sus nietos harto desgraciados con tener un padre disipador, y que por esto solo no puede ser desheredado". GARCÍA GOYENA, F.: "Comentario al artículo 654 del Proyecto de Código civil de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, pp. 353-355.

que instituye "por su único y universal heredero de todos sus bienes a su hijo", testamento, que es expresamente revocado, en la cláusula undécima del otorgado en 1972, casi nueve años después, en cuya cláusula quinta, "instituye herederos, en la proporción que resulten serlo, según las adjudicaciones que hace más adelante, a su hijo y a sus nietos, con sustitución por sus respectivos descendientes legítimos", verificando la testadora la partición de sus bienes, en la cláusula siguiente, con concreta atribución a cada uno de los herederos instituidos, el primero como forzoso y los otros dos voluntarios, de los bienes que integran su herencia²¹.

A la vista de los antecedentes descritos, la STS 18 junio 1982, aprovecha este fallo para fijar una doctrina en torno a la comprensión de la denominada "mejora tácita". No en vano, a lo largo de la sentencia, además de traer a colación lo dispuesto por los artículos 825 y 828 CC, se hace alusión, en diversas ocasiones, a la "mejora implícita" o bien "mejora tácita", al entender que, lo realmente querido por la testadora fue circunscribir los derechos hereditarios/legitimarios de su hijo a la legítima estricta, al tiempo que disponía a favor de sus nietos del segundo tercio de mejora²². En efecto, el Tribunal Supremo, aun reconociendo que el tercio de mejora está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos 825 y 828 CC, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, advierte: "sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos 1281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que

21 Disposición testamentaria lo suficientemente clara y expresiva de que la voluntad de la testadora, era la de que sus bienes fueran distribuidos por terceras partes, entre su único hijo, y los dos hijos de éste y nietos de aquélla, declaración testamentaria que viene también expresamente ratificada en la cláusula séptima al ordenar que el metálico existente en cuentas corrientes bancarias sea repartido "entre el hijo y nietos de la testadora, por terceras e iguales partes", manifestación distributiva que reitera en la cláusula décima, al ordenar la venta de un solar y "que su importe sea repartido por terceras e iguales partes" entre sus citados hijo y nietos (Considerando Cuarto).

22 Recuerda el Tribunal Supremo, con fundamento en los artículos 808 y 823 CC, que, "en tales supuestos, la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; [...]". (Considerando Tercero).

no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora” (Considerando Tercero).

Así, concluye el Tribunal Supremo que la mentada disposición testamentaria obviamente viene a evidenciar la voluntad de la testadora, manifestada, al dejar sin efecto un testamento anterior designando heredero universal de sus bienes, y atribuir en el último válidamente otorgado, la condición de herederos por terceras partes iguales a los aquí contendientes padre e hijos: “presupone una clara voluntad expresa de distribuir igualmente su haber, institución que, al implicar una voluntad de mejorar expresa, dable dentro de sus facultades dispositivas de última voluntad, con las que no priva al heredero forzoso demandante de la cuota de legítima estricta, el tercio señalado en el artículo 808 del Código Civil, voluntad de la testadora que es Ley de la sucesión y que ha de ser mantenida, de acuerdo con el artículo 675 del mismo Código que marca el criterio interpretativo que ha de darse a las cláusulas testamentarias, [...]” (Considerando Quinto).

Una disposición “inter vivos”, con importantes connotaciones “mortis causa”, en particular en el momento de la imputación al segundo tercio, es la donación en concepto de mejora (ex art. 825 CC), que puede articularse como vía idónea para reconocer la asistencia y los cuidados prestados por el donatario. Sin duda, el fallo del Tribunal Supremo que va a sentar doctrina definitivamente al respecto de la interpretación de unas donaciones para considerarlas hechas en concepto de mejora, fue la STS del Pleno 536/2013, 29 julio²³. Seguramente, la donación en concepto de mejora se circunscribe en la mayoría de las ocasiones a la voluntad del donante de favorecer a aquel de sus hijos o descendientes que se han ocupado o se ocupan de su cuidado y asistencia, como ha ocurrido en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en esta STS 536/2013, uno de los fallos de análisis imprescindible cuando se trata de estudiar los posibles problemas interpretativos, habituales en la figura a la que me refiero. En el caso resuelto se plantea como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, la declaración de voluntad de mejorar mediante el cauce de la donación “inter vivos” y, precisamente, las testificales practicadas fueron coincidentes en que la causante “quería compensar a su hijo tanto por los años de dedicación al cuidado de su patrimonio y persona, como por el hecho de que a su hermano (padre del actor) se le había facilitado el estudio de una carrera universitaria”²⁴.

23 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395). Las fincas objeto de la presente litis habían sido adjudicadas por el donante a favor de un hijo, por escritura de donación, con el carácter de no colacionable a su herencia. En la misma fecha, el donante otorgó testamento por el que dejaba y, en su caso mejoraba, al referido hijo con determinadas fincas. De igual forma, legaba y, en su caso, mejoraba, a su nieto con determinadas fincas. Salvo lo expuesto, instituía herederos por partes iguales a su hijo y a su nieto.

24 Como puede observarse, el donante tiene en cuenta, al ordenar la donación en concepto de mejora el hecho de que al hermano del mejorado se le había facilitado el estudio de una carrera universitaria, cuyo hijo resultará ser el demandante, porque consideraba que se perjudicaba su legítima estricta, pretensión que, finalmente, se estima, en todas las instancias, por lo que se declaran inoficiosas las donaciones efectuadas por el causante a su hijo, a fin de que se efectúe la reducción; pero, se desestima la acción de

Esta STS del Pleno 536/2013, regresa, de nuevo, a la cuestión clásica de si una donación puede ser imputable al tercio de mejora por exceder su valor de los de la legítima o libre disposición. Pues bien, el centro de gravedad de este fallo radica en la interpretación de la "voluntas testatoris", de hecho, el Tribunal Supremo, admite que fuera de este rango sacramental: "[..], la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad [..]". Se sirve el Tribunal Supremo de este fallo para establecer los criterios según los que procedería la calificación como mejora de una donación, que son los siguientes: A) En primer lugar, la interpretación debe venir presidida por la regla o principio de la preponderancia de la voluntad del testador (STS 624/2012, 30 de octubre²⁵). Criterio que comporta que, en determinados casos, el fenómeno interpretativo no deba circunscribirse sólo a la cuestión interpretativa del negocio "inter vivos" de la donación, sino que alcance a los hechos determinantes que configuraron la sucesión testamentaria del donante (por todas, STS 111/2013, 6 de marzo²⁶). En el presente caso, conforme a la prevalencia del hecho particional del testador (artículo 1056 del Código Civil), se da una clara unidad causal entre las donaciones efectuadas y la declaración testamentaria, todas ellas realizadas en la misma fecha, de forma que el testador, ya mediante donaciones o legados, estos con expresa indicación de mejora, realiza una auténtica partición de todos sus bienes entre su hijo y su nieto. B) En segundo lugar, en el contexto interpretativo de la declaración de voluntad que comporta el artículo 825 del Código Civil, claramente contrario a la admisión de la mejora "meramente presunta", debe señalarse que "la declaración de una manera expresa de la voluntad de mejorar", entendida como una declaración inequívoca, queda complementada en la donación con expresa dispensa de colación al quedar patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado. En el presente caso, los testimonios recogidos, particularmente los sustentados por los contadores partidores, fueron coincidentes en el propósito manifestado por el testador de querer mejorar el haber sucesorio de su hijo (FD Tercero).

De lo que no cabe la menor duda es que contribuye notablemente a la calificación de la donación como mejora el hecho de la existencia de una expresa dispensa de colación. No en vano, VALLET había declarado que "[..] las donaciones en concepto de mejora no se colacionan. [..], las donaciones no colacionables son mejoras en sentido amplio y no existe inconveniente en que se imputen al tercio

nulidad de las donaciones al no mediar causa para ello. En sentido similar, en el caso resuelto por la SAP Madrid 13/2013, 21 diciembre (JUR 2013, 67994), se estimó la reducción de una donación inoficiosa de un inmueble —donación no colacionable—; pero se admite la imputación al tercio de mejora, como mejora tácita, agotado el de libre disposición de la donación efectuada a favor de un nieto no legitimario.

25 STS 30 octubre 2012 (RJ 2013, 2274).

26 STS 6 marzo 2013 (RJ 2013, 2585).

de mejora, en cuanto no quepan en el de libre disposición²⁷. En este sentido y de forma terminante, ROCA SASTRE declara que “Las donaciones en concepto de mejora no se colacionan. [...], las donaciones no colacionables son mejoras en sentido amplio y no existe inconveniente en que se imputen al tercio de mejora, en cuanto no quepan en el de libre disposición²⁸.”

Esta doctrina elaborada por la STS del Pleno 536/2013, 29 julio²⁹, es reproducida por la STS 468/2019, 17 septiembre³⁰, aunque, en este último caso, no se consideró la donación efectuada por el testador a favor de un hijo, sin dispensa de colación, como tácita o presunta, que se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo, en el de mejora, para corresponder a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta, por no constar exteriorizada la voluntad del testador de mejorar al recurrente conforme al artículo 825 CC, ni el testamento contiene dispensa de colación; pero, que, al fin, parece asumir la citada doctrina de la STS del Pleno 536/2013, porque, como quiere aclarar el Tribunal, en esta STS 468/2019: “[...], en este caso, no concurre la identidad de razón entre los elementos fácticos y jurídicos de la precitada sentencia [STS 536/2013], con los que conforman el supuesto litigioso que enjuiciamos en este proceso; toda vez que, de la donación efectuada por el causante al demandado y de su testamento, no consta exteriorizada una voluntad de mejorar al recurrente. En efecto, la donación litigiosa no contiene dispensa de colación, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia fundamento del recurso formulado, ni existe unidad causal entre las donaciones efectuadas y la declaración testamentaria. Tampoco los mentados actos jurídicos del causante contienen una auténtica partición de sus bienes, ni contamos con testimonios integrativos de la voluntad del padre de los litigantes [...].” (FD Tercero)³¹.

27 VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, cit., p. 113. El autor, en otro de sus trabajos, insiste en estas consideraciones, ya que a su juicio “[...] las donaciones en concepto de mejora no se colacionan [...], es claro que ordenar que una donación tenga el carácter de mejora equivale a excluir su colación, ya que mejorado significa recibir o ser llamado a recibir una liberalidad, con exclusión de los demás descendientes. [...]”. VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Donaciones, mejoras, dispensas de colación”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coords.): *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 4907

28 ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor KIPP, cit., pp. 113 y 114.

29 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395).

30 STS 17 septiembre 2019 (RJ 2019, 3619).

31 Por otra parte, la STS 375/2019, 27 junio (RJ 2019, 2689) descartó la existencia de una mejora tácita y se estimó que en el caso de autos “las donaciones litigiosas no tienen el carácter de mejora, como señala la sentencia recurrida, porque la mejora mediante donación (como dice el art. 825 CC, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC) siempre debe ser expresa, lo que en el caso no se da”. Se remite este fallo a la STS 502/2006, 29 de mayo (RJ 2006, 3343), cuando dispone que los legitimarios deben ser tratados como extraños, es decir, que el exceso ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre esta parte el que será objeto de reducción. También, en esta STS 502/2006, se descartó la existencia de una mejora tácita ya que, según el Tribunal, en la escritura de donación no había rastro alguno de que la donante quisiera desigualar a sus hijas, favoreciendo a la

Por consiguiente, el centro de gravedad de este apartado del estudio radica en evidenciar la rigurosa exigencia del artículo 825 CC, que requiere para que se entienda que la donación se hace en concepto de mejora, una declaración de "manera expresa" en tal sentido, lo que se trata de rebatir a lo largo de este apartado del trabajo. Ante todo, se ha de atender a la voluntad del causante, aunque no la haya manifestado expresamente, y sea una voluntad tácita, no una simple conjetura o una presunción, ya que la ley de la sucesión es la voluntad del testador (art. 675.1.º CC) —también el art. 1281.2.º CC, hace prevalecer "la intención evidente" de los contratantes sobre sus palabras si fuesen contrarias a aquella—. Además, estimo que procede realizar una interpretación extensiva a la donación (art. 825 CC) de lo dispuesto en el artículo 828 CC, previsto para el legado, que permite que se repunte mejora "cuando no quepa en la parte libre", cabría, pues una interpretación sistemática de estas dos disposiciones (ex art. 3.1 CC), no en vano, ROCA SASTRE ya había considerado que aunque el artículo 825 CC no contenga las palabras del artículo 828 CC "o cuando no quepa en la parte libre", considera el autor que, "por analogía, ha de entenderse como si dicho art. 825 las contuviere, [...]"³². Por lo demás, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha encargado de modular el rigor, en especial, del artículo 825 CC, al huir de una interpretación literal del precepto³³.

Por otra parte, en un estudio de esta índole, no puede resultar baladí el reconocer que los cuidados y asistencia, en general, pueden ser el detonante para que un donante o un testador, decida mejorar a alguno de sus hijos o descendientes cuidadores. Como dispone el Preámbulo de la Ley 8/2021, 2 junio, de reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: "[...] la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables [...]",

donataria con una mejora: "Por ello, considerar que la donante mejoró a su hija por el hecho exclusivo de la donación no es admisible de acuerdo con el citado precepto [art. 825 CC], que exige no sólo voluntad de donar en el donante sino algo más, y es la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora. En este caso falta por completo cualquier manifestación de esa última voluntad" (FD Primero). Solución que considera correcta ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 18/2007, pp. 453-461—; pero criticada por MARIÑO PARDO, cuya opinión comparto, a su juicio, en contra de lo que parece considerar el Tribunal Supremo, el hecho de que se optase por disimular la donación bajo la forma de una compraventa, que implicaría directamente la no computación de la donación disimulada: "muestra una evidente voluntad de favorecer a la hija donataria, mayor incluso que la que se traduciría de una donación con dispensa de colación". MARIÑO PARDO, F.: "¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013", *Iuris Prudente* (Blog de Derecho privado, desde la óptica notarial y registral [<http://www.iurisprudente.com/2015/04/puede-la-donacion-ser-imputable.html>]) —27 abril 2015— (en línea).

32 ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 174.

33 Sobre todo, como se ha visto, a partir de la STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432) y, en especial, en la STS del Pleno 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395). Asume esa doctrina, aunque no la aplique al caso resuelto, por no darse identidad de razón, la STS 468/2019, 17septiembre (RJ 2019, 3619).

al tiempo que reconoce el “valor del cuidado” y lo considera como un “valor en alza en las sociedades democráticas” y, además, se dice que “Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta” (apartado III del Preámbulo). Pues bien, uno de los cauces más pertinentes para reconocer a las personas que prestan cuidados a las personas con discapacidad o bien a las personas más vulnerables, puede ser la mejora dispuesta a favor del cuidador o los cuidadores, generalmente, un familiar y, en concreto, un descendiente, hijos o nietos, que podrán ser favorecidos por disposiciones “inter vivos” (donación en concepto de mejora [ex art. 825 CC])³⁴; o disposiciones “mortis causa”, por medio de la institución de heredero (mejorando a alguno de los hijos o descendientes [ex art. 823 CC])³⁵; o, en fin, por medio de un legado en concepto de mejora a favor de hijos o descendientes (ex art. 828 CC)³⁶. Mejora que puede configurarse como tácita, en cuyo caso, puede resultar de excepcional valor el recurso a la prueba extrínseca para demostrar quiénes han sido las personas cuidadoras, por ejemplo, por medio de testificales practicadas (entre albaceas, vecinos o el entorno próximo)³⁷.

III. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS Y MEJORA TÁCITA: EL ALCANCE DE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

La mejora tácita también puede resultar de sustituciones hereditarias dispuestas por el testador, bien se trate de sustitución vulgar, bien de sustitución fideicomisaria. Como se inferirá de este epígrafe del trabajo, la interpretación de las disposiciones testamentarias será, en muchos casos, determinante para la calificación como mejora de la disposición.

Es posible gravar el tercio destinado a la mejora (o parte de este) con sustitución fideicomisaria en la que los fideicomisarios sean solo descendientes del testador —incluso aunque no sean legitimarios directos suyos por tener el testador hijos—³⁸. Como observa CÁMARA LAPUENTE, esta excepción es una plasmación a menor escala de lo consagrado en los artículos 823 y 824 CC, que

34 STS del Pleno 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395).

35 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

36 STS 695/2005, 28 septiembre (RJ 2005, 7154).

37 En el caso resuelto por la STS 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395), aunque no se refiera a la prueba extrínseca expresamente, sí fue importante para enjuiciar un caso de mejora tácita, se recurrió, precisamente, a testigos que acreditaron los cuidados: “Las testificales practicadas fueron coincidentes en que el causante quería compensar a su hijo por los años de dedicación al cuidado de su patrimonio y persona” (FD Primero). Sobre estas cuestiones, puede confrontarse, NIETO ALONSO, A.: “Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad —El alcance de la interpretación de las disposiciones *mortis causa* con cláusulas favorecedoras de los cuidados—”, *InDret*, 2023, número 3. Páginas: 217 a 272.

38 No es posible el gravamen sobre la mejora en favor de personas extrañas (STS 5 abril 1934 [RJ 1934, 739]).

permiten dejar directamente la mejora a descendientes de los legitimarios [mejora de nietos en vida de sus padres] y son posibles los gravámenes sobre la mejora a favor de los nietos viviendo los padres³⁹.

Es conocida la opinión de ROCA SASTRE cuando, al examinar distintos supuestos de mejoras tácitas, reconoce que cuando en conformidad con el artículo 782 CC⁴⁰, los padres gravan el tercio de mejora, atribuido a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, con un gravamen de sustitución fideicomisaria a favor de otro hijo o descendiente legitimario o de un nieto o descendiente no legitimario, el llamamiento fideicomisario es mejora: "La voluntad de mejorar resulta aquí precisamente de la circunstancia de tratarse de un gravamen sobre la mejora"⁴¹.

Por otra parte, la mejora tácita, por la vía de la sustitución vulgar aún a el estudio de la posible existencia de dicho tipo de mejora con el alcance de la interpretación de las disposiciones testamentarias, como se verá.

La mejora tácita en beneficio de los nietos, por la vía de una sustitución vulgar, podría aparecer sin dificultad. Partimos de la siguiente distinción: en una primera hipótesis: herencia en la que uno o algunos hijos sean llamados a la legítima estricta y la repudian, aun habiéndoles designado sustitutos, no operará tal sustitución vulgar, sino que la legítima renunciada corresponderá por derecho propio al coheredero (colegitimario) que ha aceptado la herencia (por aplicación del artículo 985.2.º CC); sin embargo, segunda hipótesis: los sustitutos vulgares del llamado al resto de la herencia, que repudia, sustitutos que, con toda probabilidad, serán los nietos del causante, sí podrían, a la postre, resultar mejorados (mejora tácita), al corresponderles, ante la renuncia del instituido heredero, la cuota de mejora y, en su caso, la que corresponda a la libre disposición. Aunque el causante, en el testamento no hubiese manifestado expresamente su voluntad de mejorar a sus nietos (sustitutos vulgares) con la parte repudiada de los instituidos herederos. Tal sería el caso de instituir a uno de los herederos únicamente en la legítima estricta y a otro en el resto del caudal hereditario; pero, además, si el testador, al mismo tiempo, dispone que los dos herederos serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, resulta que si el heredero instituido en la legítima estricta renuncia, por aplicación del artículo 985.2 CC, el que había sido tácitamente mejorado [debido a la institución desigual del causante], además, percibirá "por derecho propio" la parte del que repudia, en aplicación del artículo 985.2 CC. Sin

39 CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario al artículo 782 del Código civil", en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Código Civil comentado*, vol. II (2.ª ed.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 714 y 715.

40 El artículo 782 CC, después de establecer en el apartado primero que "Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, [...]"; dispone en el párrafo segundo que "Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes".

41 ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175.

embargo, los sustitutos del o de los llamados al resto de la herencia, si repudian, sí se extiende la sustitución vulgar a los sustitutos designados por el testador, normalmente, sus nietos, y es en esta última hipótesis en la que puede interpretarse que el testador ha querido, aunque no lo hubiese manifestado expresamente, mejorar a los nietos, ya que la porción del renunciante se les atribuiría a tales sustitutos con cargo a la mejora y, en su caso, al tercio de libre disposición. De esta cuestión se ha ocupado LÓPEZ FRÍAS, al analizar pormenorizadamente resoluciones de la Dirección General, sobre las consecuencias de la repudiación de la herencia y la sustitución vulgar, para concluir con la posibilidad de mejora tácita, considerando mejora de este tipo la aplicación de la sustitución en la parte de la cuota repudiada correspondiente al tercio de mejora cuando el repudiante fue instituido heredero sin más; para la autora, “atribuir dicha parte a los nietos del causante con cargo a la mejora implica entender que al instituirlos herederos por sustitución el causante ha querido mejorarlos, dejándoles todo lo que puedan recibir por no haberse asignado a otras personas, o sea, todo lo potencialmente disponible para ellos (parte libre y mejora)”⁴².

Tal cuestión ha sido tratada reiteradamente por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de forma recurrente y aun sin referirse expresamente a la mejora tácita. Se ha tratado de supuestos en los que alguno de los legitimarios renuncia y la Dirección General distingue según que el renunciante fuese aquel al que se le atribuyó únicamente la legítima estricta o que se trate del instituido heredero sin más.

Defiende el Centro Directivo, en una de sus últimas resoluciones recaídas respecto de esta cuestión, la RDGSJFP 2508/2022, 18 enero⁴³, la siguiente doctrina: para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a esta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes: la legítima renunciada corresponderá por derecho propio al coheredero que ha aceptado (ex art. 985.2 CC) y concluye con que “Por lo tanto, debe entenderse que la sustitución vulgar en relación con un heredero forzoso sólo cabe en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, o bien cuando los designados sustitutos son los mismos colegitimarios del renunciante o legitimarios de otro grado. Así, cuando renuncia el único heredero forzoso y los designados sustitutos son sus hijos o, en caso de no tenerlos, sus ascendientes” (FD Segundo)⁴⁴.

42 LÓPEZ FRÍAS, A.: “Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, Número I (enero-marzo, 2019), en particular, p. 144.

43 RDGSJFP 18 enero 2022 (RJ 2022, 1211).

44 Tal es la doctrina ya defendida por la RDGRN 11520/2014, 26 septiembre (RJ 2014, 5496); RDGRN 13148/2017, 23 octubre (RJ 2017, 5850) y RDGSJFP 7080/2020, 19 febrero (RJ 2020, 2571).

Ya lo había puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la STS 715/2003, 10 julio⁴⁵, cuando afirmó que “[...] la renuncia producida abierta la sucesión es válida y quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su estirpe y se incrementan las cuotas que, por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer. [...]” (cfr., el art. 985.2.º CC), para concluir con esta relevante argumentación “Tal desconocimiento por el legislador de la representación del repudiante resulta una fidelidad al principio “viventes non datur repraesentatio”, pero quiebra en los supuestos de desheredación o de indignidad, lo que no ocurre con la renuncia del heredero, [...]” (FD Segundo) ⁴⁶.

Cabe resaltar, además, los siguientes argumentos de la Dirección General para fundamentar su doctrina, en particular destaca la última de las Resoluciones, la ya citada RDGSJFP 2508/2022: la admisión del llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia la herencia (o el legado) supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante, y, en tal sentido, dicho efecto quedaría sujeto a la interdicción de las disposiciones testamentarias que constituyan un gravamen o limitación de la legítima estricta (artículo 813, párrafo segundo, del Código Civil); para el Centro Directivo: “Renunciada la legítima, los hijos del renunciante no son legitimarios y su posición, tras renunciar su padre, se modifica en forma sustancial, pues pasan a ser unos herederos extraños a la legítima. Su posición con ello difiere notablemente de la posición de los hijos del legitimario premuerto, desheredado o incapaz por indignidad, supuestos en los que los hijos por estirpe, ya sea en la vía testada o intestada, ocupan en cuanto a la legítima estricta la posición de su progenitor (artículos 814, 857 y 761 del Código Civil), y la renuncia extingue la legítima sobre la estirpe, lo que resulta del citado artículo 985, párrafo segundo, del Código Civil —“si la parte repudiada fuere la legítima sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer”—” (FD 2).

45 STS 10 julio 2003 (RJ 2003, 4628). Cfr., además, la SAP Las Palmas (Sección 5.ª) 114/2007, 29 marzo (JUR 2007, 147909).

46 Como recuerda la RDGSJFP 7080/2020, 19 febrero (RJ 2020, 2571): “Siendo la legítima en Derecho común una “pars bonorum” cuya atribución individual a los legitimarios viene determinada por el cociente o divisor del número de herederos forzosos existentes en la sucesión, la renuncia de uno de los llamados en tal cualidad determina que no haya llegado a ser legitimario en ningún momento (artículo 989 C.c.), por lo que “no hace número”, es decir, no se cuenta en el divisor para calcular la legítima individual” Por ello el artículo 985-II dice que “si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer”. Por el contrario, en el Derecho civil de Galicia, la naturaleza de la legítima pasa a ser de “pars bonorum” a “pars valoris”, así que, a diferencia de lo que sucede en el Código civil (art. 985.2), tanto los legitimarios apartados, como los que repudian la herencia hacen número para el cálculo de las legítimas de los demás descendientes, lo que implica que la parte ideal de la legítima del apartado o del que repudia la herencia ahora incrementa la libre disposición del causante (art. 239 LDCG). Dispone el artículo 239 LDCG que “A pesar de no tener la condición de legitimarios, los apartados, los que repudian el llamamiento legitimario así como sus descendientes hacen número para el cálculo de las legítimas” —Sobre esta cuestión, cfr., REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Comentario a los artículos 238 y 239 de la Ley de Derecho civil de Galicia”, en REBOLLEDO VARELA, Á. L. (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1018—.

No obstante, como ha reconocido el Centro Directivo, nada impide que en el testamento se ordene una sustitución vulgar en favor de los hijos o descendientes del renunciante. Pero el bien o la porción hereditaria será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto de la legítima. Si excediere su valor del cómputo ideal de la misma, podrá serlo en concepto de mejora: "si así se hubiere ordenado"; o, en otro caso, podrá imputarse al tercio de libre disposición, y en su defecto, a la parte no dispuesta expresamente del tercio de mejora (FD Segundo, RDGSJFP 2508/2022, con cita de otras resoluciones de la Dirección General). Aunque insiste la Dirección General en que podría imputarse al tercio de mejora "si así se hubiere ordenado". A mi juicio, aun no ordenándose expresamente, como se viene defendiendo en este trabajo, existiendo sustitutos de un renunciante, salvo que se trate del renunciante a la legítima estricta en la que fue instituido, nada impide que si el instituido en el resto de la herencia repudia, habiendo sustitutos vulgares, normalmente los nietos, puedan ser los mejorados tácitamente, percibiendo el tercio de mejora y, en su caso, el de libre disposición.

Ahora bien, aun manteniendo en todas las Resoluciones citadas la referida doctrina, veamos los distintos casos resueltos con relevantes precisiones/derivaciones que realiza el Centro Directivo, de los que procede, aunque sea a vuela pluma, dejar constancia. A saber:

i) El punto de partida se encuentra en la RDGRN 11520/2014, 26 septiembre⁴⁷. Se plantea si es inscribible una escritura de adjudicación de herencia y entrega de legado en la que se dan las siguientes circunstancias: el testador había ordenado el legado de un inmueble en pago de legítima a favor de dos hijos, con sustitución en sus descendientes. En los restantes bienes instituye usufructuario a su cónyuge y con respeto de ese usufructo, heredero universal a un tercer hijo. Uno de los dos legitimarios renuncia al legado. En la escritura de adjudicación de herencia se hace efectiva la sustitución vulgar ordenada y se entrega a la legitimaria y a los hijos del renunciante el bien legado, más un complemento en metálico de legítima. Se deniega la inscripción por observarse que no cabe sustitución vulgar en cuanto supone un gravamen sobre la legítima de la legataria no renunciante. Se debe, pues, decidir si la renuncia de un legitimario habiendo establecido el testador sustitución vulgar, extingue la legítima de los sustituidos, o si por el contrario la orden de sustitución, en cuanto el testamento es ley de la sucesión, supone el mantenimiento en los nietos en la posición del padre. A continuación, el Centro Directivo recuerda la doctrina ya reproducida: de que ha de entenderse que la sustitución vulgar con relación a un heredero forzoso solo cabe en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario⁴⁸. En el caso resuelto

⁴⁷ RDGRN 26 septiembre 2014 (RJ 2014, 5496).

⁴⁸ Sentado lo anterior, la Dirección General en esta resolución aclara que, en el presente caso, en el que no cubriría el valor de lo legado el importe de dos sextas partes de la herencia, cuantía que correspondería

todos los interesados están de acuerdo en atribuir a los nietos el montante que les hubiera correspondido de mantenerse la posición de la estirpe. Esta idea se refuerza claramente con el reconocimiento expreso de un suplemento en metálico que se les paga en el mismo acto y que ellos reciben en tal concepto sucesorio, lo que sin duda es posible conforme al artículo 1058 del Código civil. Destaca la siguiente conclusión a la que llega la Dirección General en el Fundamento de Derecho Séptimo "No puede olvidarse que en tanto no recaiga un pronunciamiento judicial estableciendo la nulidad y, por lo tanto, ordenando que se tenga por no puesta la cláusula testamentaria, lo que no parece probable dada la unanimidad de los interesados en su mantenimiento, ésta habrá de ser interpretada en la forma más favorable para que surta efecto. Por lo que, ambos, voluntad del testador y el acuerdo de todos los interesados, deben ser respetados en la medida de lo posible".

ii) De nuevo, la Dirección General vuelve a pronunciarse sobre la cuestión de la renuncia a la legítima (en particular, de la legítima estricta) y de cómo opera en esos casos la sustitución vulgar, en la RDGRN I3148/2017, 23 octubre⁴⁹. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: en el testamento del causante están instituidos tres de sus hijos como herederos y a la cuarta hija le lega la legítima estricta que le corresponda, sustituida vulgarmente por sus descendientes; la legataria de legítima estricta renuncia a sus derechos en la herencia de forma pura y simple; otorgan la aceptación y adjudicación de herencia los tres herederos. El registrador señala como defecto que la renuncia de la legataria de la legítima estricta determina por la sustitución vulgar el llamamiento en el legado a sus descendientes según el tenor literal del testamento; que por lo tanto se exige que la legataria renunciante manifieste la inexistencia de descendientes, o en caso de que sí existan estos descendientes, renuncien también a los derechos que por vía de sustitución pudiera corresponderles; y ello, en tanto no recaiga una resolución judicial declarando la nulidad de la cláusula testamentaria de sustitución en la legítima.

Recuerda la Dirección General, al comparar el caso de esta resolución respecto al resuelto por la Resolución de 2014, que, en el supuesto recogido por la Resolución de 26 de septiembre de 2014, a diferencia del que es objeto de este expediente, comparecían los sustitutos vulgares en la partición, lo que no ocurre en el que ahora nos ocupa, de ahí que el registrador exija que se manifieste la inexistencia de estos. Así que concluye con que "[..], en el supuesto de este expediente, deberá ser computada la porción de lo adquirido por los hipotéticos

idealmente a la legítima estricta de los dos hijos, su pago, es aceptado por todos, de común acuerdo, conforme al artículo 1057 del Código Civil.

49 RDGRN 23 octubre 2017 (RJ 2017, 5850).

sustitutos en el legado, como una atribución con cargo a la mejora o en su caso al tercio de libre disposición, sin que puedan superar el valor de estos”.

Quiero resaltar como el Centro Directivo en esta resolución reconoce el valor de la voluntad del testador en la interpretación testamentaria (ex art. 675 CC), cuando declara que “[..], además, se añaden a este expediente dos particularidades: que la voluntad del causante es ley fundamental de la sucesión, lo que se plasma en que dispone una sustitución vulgar para un legado de cuota de herencia correspondiente a la parte de legítima estricta; la necesidad de conciliar esa voluntad del testador con el acuerdo que existe entre los interesados –han prestado todos su consentimiento salvo sustitutos que pueda haber– y el principio de conservación de las disposiciones testamentarias” (FD Tercero).

iii) Una vez más, reitera la doctrina de que debe entenderse que la sustitución vulgar en relación con el heredero forzoso solo cabe con respecto al tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, la RDGSJFP 7080/2020, 19 febrero⁵⁰. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la adjudicación hereditaria de una finca –ganancial–, que había sido legada en pago de la legítima estricta de uno de los legitimarios, que ha renunciado, y está sustituido por sus descendientes. Como declara el Centro Directivo, “[..], no debe ofrecer duda que los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de su padre”. En consecuencia, según la Dirección General, en el concreto supuesto de este expediente, renunciada la legítima por el legatario legitimario, los descendientes de este renunciante no son legitimarios, y la posición de los hijos del legitimario, tras renunciar su padre, se modifica en forma sustancial, pues pasan a ser unos herederos extraños a la legítima (FD Segundo).

iv) Finalmente, la RDGSJFP 2508/2022, 18 enero⁵¹, en el caso objeto de la resolución se sigue el criterio que habían sostenido las resoluciones precitadas, que se ocuparon de cuestiones semejantes a la que se planteó en este expediente. De nuevo, la Dirección General acoge la doctrina fijada en torno a la renuncia a la legítima estricta por los instituidos únicamente en ella y la improcedencia en esos casos de la sustitución vulgar y la defensa de que la porción renunciada pase “por derecho propio” a los coherederos legitimarios (ex art. 985.2 CC). Precisamente, en el caso resuelto se produjo la renuncia a la legítima estricta y, por lo tanto, por aplicación del artículo 985.2 CC, quedó como único heredero el colegitimario aceptante⁵².

50 RDGSJFP 19 febrero 2020 (RJ 2020, 2571).

51 RDGSJFP 18 enero 2022 (RJ 2022, 1211).

52 Los hechos fueron los siguientes: herencia causada por el fallecimiento del testador, que había otorgado testamento abierto notarial, con las siguientes disposiciones: sin perjuicio de la legítima estricta que corresponda a su esposa, consistente en el usufructo sobre el tercio de mejora, instituye herederos a sus

Una reflexión especial merece la interpretación que del testamento realiza el notario, en el recurso que interpone contra la negativa de la registradora de la propiedad a inscribir la escritura de adjudicación de herencia —al heredero que ha aceptado la herencia, al que corresponde la legítima estricta que habían renunciado los instituidos únicamente en dicha legítima—. Destaco del recurso interpuesto por el notario el apartado 2.º del Fundamento de Derecho Segundo, en el que comienza advirtiendo que “Hay que tener en cuenta que en el caso objeto del recurso el testador dispuso la sustitución vulgar refiriéndose genéricamente a los tres hijos (“Los herederos serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes”) y en cláusula distinta a la que contiene el llamamiento de dos de los hijos a la legítima estricta” y concluye con que “[...] de ambos hechos puede inferirse que la interpretación que proponemos —que no hay sustitución vulgar en caso de repudiación del heredero llamado solo a su legítima estricta— es más respetuosa con el tenor literal del testamento y en ningún caso implica dejar la sustitución vulgar vacía de contenido, puesto que al contrario nos invita a distinguir entre los sustitutos vulgares del heredero llamado a su legítima estricta respecto a los que no opera la sustitución vulgar en caso de repudiación del sustituido; y los sustitutos del llamado al resto de la herencia en los que sí se extiende la sustitución vulgar al caso de repudiación”.

En esa línea, del notario recurrente, se pronuncia el Centro Directivo, que, además realiza una interpretación del artículo 774 del Código civil⁵³ que se aleja de la literalidad del precepto. En efecto, sostiene en esta resolución la Dirección General que “[...] aun cuando la sustitución vulgar se ha ordenado por el testador genéricamente para todos los herederos y, según el artículo 774 del Código Civil, la sustitución, simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, debe interpretarse que, para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a ésta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes, toda vez que, al no haber dispuesto el testador que dicha porción se atribuya —con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición— a tales sustitutos, la legítima renunciada corresponde por derecho

tres hijos, quienes se distribuirán la herencia en la siguiente forma: a dos de los hijos, se les atribuye la legítima estricta, por partes iguales, equivalente a una tercera parte del tercio de legítima; al tercer hijo, el resto del caudal hereditario, o la totalidad de él si la esposa del testador le premuere; los herederos son sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes; los dos hijos a los que les había correspondido la legítima estricta renunciaron a la herencia de su padre. En la escritura calificada se hacía constar que, como consecuencia de las renunciaciones de dos herederos a los que se les había asignado la legítima estricta, quedaba como único heredero su hermano, colegitimario, por aplicación del artículo 985.2.º CC. En la calificación registral, en la que se suspende la inscripción, se señalaba como defecto (de carácter subsanable) que “Es necesario que los renunciantes manifiesten la inexistencia de descendientes o en caso de que existan presten su consentimiento, y ello, en tanto no recaiga una resolución judicial declarando la nulidad de la cláusula testamentaria controvertida”.

- 53 A tenor del apartado primero del artículo 774 CC “Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia” y según el párrafo segundo “La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario”.

propio al coheredero que ha aceptado la herencia (artículo 985, párrafo segundo, del Código Civil)” (FD Cuarto). Estimo que se trata de una interpretación alejada del tenor de la norma, que deja claro que “a menos que el testador haya dispuesto lo contrario”, la sustitución simple y sin expresión de casos incluye no solo el de premoriencia e imposibilidad de aceptar, sino también el de repudiación, salvo, eso sí, que el propio testador excluya dicho supuesto (de repudiación) del llamamiento a la sustitución.

Por otra parte, aprovecha esta resolución la ocasión para destacar el alcance de la interpretación de la voluntad del testador (ex art. 675 CC), hacer un recorrido por los criterios de interpretación, con especial atención a la prueba extrínseca y para recalcar el papel inestimable que juega el notario, al señalar que “[...] es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje. [...] en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento” (Cfr., los FD Tercero y Cuarto).

IV. OTRAS POSIBLES MEJORAS TÁCITAS EN DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

El Código civil exige que la voluntad de mejorar sea declarada de una manera expresa por el causante (arts. 825 y 828), tan solo por excepción admiten, doctrina y jurisprudencia, dos casos de mejora tácita: la parte de legados que no quepa o exceda del tercio libre (art. 828, inciso final) y las sustituciones fideicomisarias que graven el tercio de mejora establecidas en favor de hijos o descendientes legitimarios o de un nieto o descendiente no legitimario (art. 782.2.^o)⁵⁴.

A continuación, se expondrán diferentes ejemplos de posibles de mejoras tácitas, o como dice ROCA SASTRE: “mejor dicho de mejoras dispuestas de modo tácito”⁵⁵.

I. Mejora tácita derivada de la desigualdad en las cuotas hereditarias.

Un supuesto de mejora tácita puede derivar de la desigualdad en cuotas hereditarias, porque, como ha reconocido ROCA SASTRE, “Cuando los padres

54 Así, se ha sostenido que el Código civil únicamente contempla excepcionalmente mejoras tácitas en los artículos 828 y 782 del Código civil, por ejemplo, en las STS de 27 diciembre 1935 (RJ 1935, 2482), de 23 enero 1959 (RJ 1959, 125) y de 22 noviembre 1991 (RJ 1991, 8477).

55 ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 174.

instituyen herederos a todos sus hijos, pero asignan a alguno o algunos de ellos una cuota hereditaria, cuyo volumen se corresponda con la suma de los valores: de un tercio de la herencia, de la parte alcuota correspondiente al tercio libre en la parte no dispuesta en legados o donaciones y de la cuota legitimaria estricta individual propia, entonces, en dicha cuota hereditaria global habrá una parte que será mejora", así que concluye con que "la desigualdad de cuotas hereditarias demostrará la evidente voluntad del causante de disponer una mejora"⁵⁶. En parecido sentido, con fundamento en una partición desigual hecha por el testador, MARIÑO PARDO observa una mejora tácita en el caso resuelto por al STS de 18 de junio de 1982⁵⁷, en el caso de autos, la testadora había verificado la partición de la herencia, con específica atribución de bienes a cada uno de sus herederos, su hijo y los dos hijos de este, sus nietos, la demanda se interpone por el hijo, en esencia, porque gran parte de los bienes que la testadora le había adjudicado en la partición verificada en el testamento han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha del fallecimiento. Observa MARIÑO PARDO que al haber realizado la testadora adjudicaciones particionales en el testamento a favor de los herederos de las que resultaban diferencias de valor en lo adjudicado: "esta partición desigual debería mantenerse como mejora tácita derivada de una inequívoca voluntad del testador"⁵⁸.

No obstante, la STS 29 mayo 2006, no consideró mejora tácita derivada de lo que, a mi juicio, constituía una manifestación evidente de la voluntad de la causante de desigualar a sus hijas legitimarias, al haber hecho con anterioridad en favor de una de ellas una donación disimulada en forma de venta, si bien en el fallo se hace referencia a que se exige "la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora", a la postre, fue determinante la falta de expresión legal de mejorar, que, para el Tribunal Supremo, no existió en el caso⁵⁹.

56 También, el autor incluye como mejora tácita derivada de una desigualdad en las cuotas, el caso en el que los padres instituyen a uno o alguno de sus hijos o descendientes legitimarios y legan a los demás lo que por legítima les corresponda o les otorgan un legado que cubre simplemente una legítima estricta. ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175. Asimismo, VALLET, admite como supuesto de mejora tácita la que se produce al instituir desigualmente a los hijos y reconoce como el caso más evidente de mejora y de mejora tácita posible el siguiente: institución de un hijo, dejando la legítima estricta a los demás: el testador, después de reconocer a todos sus hijos la legítima estricta, instituye heredero a uno solo de ellos. A mi juicio, este caso, también sería un encuadrable en la voluntad del testador de desigualar. VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", cit., pp. 53, 54 y 60.

57 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

58 MARIÑO PARDO, F.: "¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013", cit., (en línea).

59 STS 29 mayo 2006 (RJ 2006, 3343). Al comentar esta sentencia ESPEJO LERDO DE TEJADA se plantea la pregunta: "¿Es posible deducir de las circunstancias del caso una voluntad de desigualar a los hijos?" y, si bien admite que "resulta convincente decir que en el caso existía una mejora tácita", concluye por estimar "absolutamente correcta" la solución de la sentencia al aplicar la exigencia del artículo 825 CC de que la mejora por donación debe realizarse expresamente. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006", cit., p. 461. Sin embargo, si infiere la existencia de mejora tácita de los hechos de

En fin, la desigualdad de cuotas hereditarias constituirá una clara manifestación de la voluntad de mejorar, aunque no se hubiese manifestado expresamente (mejora tácita), por tratarse, a la postre, de favorecer a alguno de los hijos o descendientes en detrimento de otros. Como reconoció LÓPEZ JACOISTE, la esencia del carácter típico de la mejora “está formada por una relación de comparación [...], en cuanto que implica una ventaja del mejorado respecto de otros legitimarios o descendientes”⁶⁰.

2. Mejora tácita en el caso de la desheredación injusta y posible mejora tácita en la preterición intencional.

El artículo 851 del Código civil proporciona un supuesto de mejora tácita a título de herencia⁶¹. El problema gira en torno a la interpretación de la afirmación de que “valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima”. VALLET admite como mejora tácita el caso de la desheredación injusta⁶² y comparte la doctrina defendida por MANRESA Y NAVARRO, con el que convengo, en que la única dificultad que puede presentarse es en cuanto a la determinación de la legítima del hijo desheredado al concurrir con otro hijo. A instituye por heredero a su hijo B y deshereda por causa no legal a su hijo C, que obtiene la nulidad de la institución en cuanto perjudica su legítima. Como admite el autor, de la parte de libre disposición no hay que hablar porque íntegra pertenecerá al hijo instituido, y se pregunta si deberá seguir la misma suerte el tercio de mejora, a lo que responde que, englobada con el resto de la herencia, dispuso de él el testador en favor únicamente de B, y para privar a C de este tercio: “no necesita fundarse en más causa que su voluntad”. Del tercio de legítima estricta no ha sido C desheredado legalmente y conserva sobre él su derecho; pero, en su opinión: “mejora existe en favor de B, y debe ser respetada”⁶³.

Si hay un fallo jurisprudencial determinante para advertir la posibilidad de la existencia de una mejora tácita tras una desheredación injusta, ha sido la paradigmática STS 23 enero 1959⁶⁴, que, aunque expresamente no se refiere a la existencia de una mejora tácita, se desprende del fallo su existencia. El Tribunal

dicha sentencia MARIÑO PARDO, F.: “¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013”, cit., (en línea).

60 LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *La mejora en cosa determinada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, p. 79.

61 A tenor del artículo 851 CC “La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima”.

62 VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, cit., pp. 56-60.

63 MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentario al artículo 851 del Código civil”, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II (Arts. 840 a 911), Reus, Madrid, 1973, p. 208.

64 STS 23 enero 1959 (RJ 1959, 125). En el caso de autos, el testador había otorgado testamento abierto en el que le atribuye a su esposa la cuota legal usufructuaria, instituye herederos a sus dos hijos y deshereda al tercero, el actor, que considera injusta su desheredación.

Supremo, aun admitiendo la improcedencia de la desheredación, únicamente le reconoce al desheredado (injustamente) el tercio de la legítima estricta y entre sus razonamientos declara que "[...] los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de estos, que a la legítima estricta, el otro tercio de la herencia, y todo lo demás depende de su soberana facultad [...]". Por otra parte, aunque en el caso resuelto descarta expresamente la existencia de una mejora tácita, a la postre, la está admitiendo expresamente. Así, tras declarar que "[...] en el testamento no se contiene declaración expresa de mejora y el Código excluye la tácita, solo admitida en uno o dos supuestos a que se refiere el artículo 828 y el 782 del repetido Cuerpo legal, [...]"; concluye que es indudable que desde el momento que expresamente excluye al hijo de la herencia, determinando su desheredación: "esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía a este tercio [de mejora] al margen de la voluntad del testador, existiendo como existen otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por testamento de la mejora entre los coherederos forzosos, que debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición [...]" y, además, apostilla que los derechos del heredero necesario, frente al testador, quedan reducidos a la legítima estricta: "pues la voluntad expresa de este [el testador] de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial, en aquella parte [tercio de mejora] cuya atribución a este depende, conforme a la Ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve"⁶⁵.

Al comentar esta STS 23 enero 1959, a LACRUZ le parece muy dudoso que una voluntad injusta expresada tenga efectos dispositivos implícitos, además, estima que el testador ha podido relegar al legitimario a su posición estricta con solo ordenarlo así⁶⁶. Sin embargo, para DÍEZ-PICAZO tanto el razonamiento como las conclusiones a que llega esta sentencia "son exactas". Considera el insigne jurista que el artículo 851 CC salva únicamente el derecho del desheredado a percibir su legítima y conduce, por consiguiente, a una pura ineficacia parcial de la institución de herederos, en la medida en que la legítima debe ser respetada: "El derecho del desheredado a percibir su legítima debe entenderse referido a la llamada legítima estricta y, en cambio, no alcanza a la llamada legítima larga, es decir, a la legítima medida con inclusión del tercio de mejora, pues, aunque no existe una expresa mejora, la institución de herederos realizada en favor de los demás hijos conduce claramente a dicha solución"⁶⁷.

65 Con esta doctrina, *cfr.*, STS 9 octubre 1975 (RJ 1975, 3583) y STS 10 junio 1988 (RJ 1988, 4813).

66 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, cit., p. 449.

67 DÍEZ-PICAZO, J. L.: Al estudiar esta STS 23 enero 1959, número del estudio: 372, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. segundo, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 545-548. Sin embargo, para MIQUEL GONZÁLEZ, esta STS 23 enero 1959, "merece crítica muy desfavorable, porque la causa invocada por el testador no se probó y tampoco consta que fuera una causa mentida". Al autor no le parece admisible sostener que una voluntad descalificada por el legislador valga, no obstante, para reducir al desheredado injustamente a la legítima corta, así que su conclusión no se corresponde con la que se defiende en este trabajo, porque

Estimo que también sería un supuesto de mejora tácita la preterición intencional de uno de los legitimarios por el testador, ya que por voluntad propia e intencionadamente no quiere que su legitimario reciba más de lo que por legítima estricta pudiese corresponderle, nunca el tercio de mejora ni el de libre disposición⁶⁸. Claro que en la rúbrica de este apartado concedo mayor protagonismo a la desheredación injusta, porque considero que la mejora tácita otorgada voluntariamente, aunque de modo implícito y no expresamente, se observa de forma más nítida en la desheredación injusta (ex art. 851 CC), que en el caso de preterición intencional (ex art. 814.1.º CC). No en vano, la tan citada STS 23 enero 1959 ya declaraba que en la preterición no hay una voluntad declarada del testador, mientras que en la desheredación la voluntad está declarada: “y sabido es cómo el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la Ley o al derecho necesario que sobre ella debe imperar”. En este sentido MANRESA, al comentar el artículo 814 CC, considera que en la desheredación existe una presunta voluntad del testador que, al desheredar, revela que existe alguna razón o motivo que le impulsa a obrar así, en cambio, el heredero preterido no ha sido privado expresamente de nada. Ahora bien, concluye el autor equiparando el caso de la desheredación injusta (art. 851 CC), del que se ha inferido la posibilidad de pretender una mejora tácita, al de la preterición intencional (art. 814.1.º CC), así que reconoce que en el terreno de los principios, hay que distinguir el caso en el que el heredero omitido [preterido] viviese al otorgarse el testamento, siendo conocida su existencia por el testador, de aquel en que, o nace después o se ignora su existencia, aplicando al primer caso la doctrina del artículo 851 CC y, en el segundo, la del 814 CC⁶⁹.

En definitiva, el perjuicio que la ley quiere salvar, tanto en la desheredación injusta (ex art. 851 CC), como en la preterición intencional (ex art. 814.1.º CC) es la participación en la legítima estricta. A este respecto, destaco dos fallos del Tribunal Supremo que además de incidir en la equiparación de la omisión de un heredero forzoso cuya existencia conoce el testador (preterición “voluntaria”) con la desheredación injusta (art. 851 CC), consideran que el fundamento de esa

sostiene que “Si la desheredación injusta fuera por sí misma una mejora tácita válida, sería obvio que las mejoras dispuestas expresamente no se verían nunca afectadas por una desheredación injusta. [...]. No existe ninguna razón para favorecer las desheredaciones injustas ni su conversión en mejoras tácitas”. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Notas sobre la “voluntad del testador””, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 6, 2002, pp. 170-174.

68 No obstante, MIQUEL GONZÁLEZ, considera que la preterición llamada intencional es un supuesto importante de voluntad no expresada en el testamento: “que, sin embargo, se toma en cuenta más allá de lo que en principio significa: omisión supuestamente voluntaria de un legitimario en el testamento”. Así que, añade: “[...] mal se puede aplicar el art. 675 en caso de ausencia de declaración de voluntad. Hay pues importantes problemas acerca de la voluntad del testador en la preterición y es que precisamente la preterición es la omisión en el testamento de una declaración de voluntad respecto de los herederos forzosos”, por lo que concluye que el artículo 814.1 “no permite entender que el preterido intencionadamente quede reducido a la legítima estricta, porque si así fuera no se comprendería por qué reducir las mejoras”. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Notas sobre la “voluntad del testador””, cit., en especial, pp. 159-163.

69 MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentario al artículo 814 del Código civil”, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II (Arts. 840 a 911), Reus, Madrid, 1973, en especial, pp. 654 y 659.

conclusión está en la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión (art. 675 CC). Se trata de las STS de 13 julio 1985⁷⁰ y de 5 octubre 1991⁷¹, cuando después de reconocer que "[...] la preterición voluntaria, significada por la omisión de un heredero forzoso cuya existencia conoce el testador, no puede tener más alcance que el previsto para el caso de desheredación", concluyen con que el hecho de atribuir al desheredado o, en su caso, al preterido, la legítima estricta: "[...] es consecuencia del reconocimiento, en módulo interpretativo acogido por el artículo 675 del Código Civil, de que la voluntad del testador, que es la Ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo riguroso y estrictamente reconocido por la Ley, [...]".

Finalmente, HIDALGO GARCÍA aprecia una mejora tácita a favor de los nietos por la vía del artículo 857 CC⁷², al plantear qué ocurre si el posteriormente desheredado fue en su momento mejorado por el testador a través de una donación en concepto de mejora, el autor considera que cabe pensar que, a los nietos, con fundamento en la "ratio legis" del artículo 857 CC, no tiene por qué afectarles la posible revocación de la mejora del padre⁷³.

3. Mejoras tácitas por disposición del testador a través de los artículos 1056.2.º en relación con el artículo 1075 del Código civil.

Otros supuestos de posibles mejoras tácitas derivan de la utilización por el testador de las facultades "mortis causa" que le otorgan los artículos 1056.2.⁷⁴

70 STS 13 julio 1985 (RJ 1985, 4052).

71 STS 5 octubre 1991 (RJ 1991, 6889).

72 A cuyo tenor, "Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima".

73 HIDALGO GARCÍA, S.: "Algunas consideraciones sobre las mejoras tácitas (Aportación al estudio de los arts. 825 y 828 del CC)", en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "et al." (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, en particular, al estudiar pormenorizadamente "Un posible caso de mejora tácita a favor de los nietos: derecho de representación de los nietos respecto a la herencia a la que habían de ser llamados sus padres", pp. 5315-5318.

74 Dispone el artículo 1056.2.º CC, en su primera parte, que "El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo [partición por el testador por acto entre vivos o por última voluntad], disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados [...]". La disposición equivalente en el Derecho civil de Galicia es el denominado "derecho de labrar y poseer", ya regulado por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (arts. 130 a 133) como pacto sucesorio, aunque también podía establecerse por vía de legado (art. 144 [STS] Galicia 9 noviembre 2002, RJ 2003, 2455), en esa redacción de la Ley gallega, el artículo 130 se refería a la existencia de una "mejora tácita". Así, después de establecer la posibilidad del ascendiente que quisiese conservar indiviso un lugar o explotación agrícola, de pactar su adjudicación íntegra a alguno de sus hijos o descendientes, en el apartado 3 del artículo 130 se disponía que "Si el testamento no dispusiese otra cosa, se entiende que la adjudicación implica una mejora tácita y que comprende el tercio y el quinto, o sea, las siete quinceavas partes de la hacienda hereditaria, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición". Al comentar este apartado 3 del artículo 130, desde la órbita notarial, se reconoce que se trata de uno de los puntos históricamente más queridos y mimados de la Compilación: la mejora del tercio y del quinto, que como la vieja frase "es así porque es así y porque no puede ser de otra forma", se considera que el párrafo parece pensado también como norma de imputación, en primer lugar al tercio de mejora, en segundo lugar al quinto del tercio de libre disposición y en tercer lugar también al resto del tercio libre si así se dispone. En este sentido se pronunciaron CALVO ALONSO, M. A. y CARREIRA SIMÓN, M. C.: "Del derecho de labrar y

y 1075⁷⁵ del Código civil. Como observó VALLET DE GOYTISOLO, en cualquiera de los dos supuestos referidos, “sería absurdo y contrario a la voluntad clarísima del testador; pretender que esas desigualdades solo puedan imputarse al tercio libre y que en su exceso deban reducirse por no haberse expresado la palabra mejora”. Además, puntualiza que “Ambos casos, por serlo de mejora a título de herencia, caen fuera del artículo 828, y aunque se quisiese incorrectamente incluirlos en él, irían también a escurrirse por la excepción contenida en sus últimas palabras”⁷⁶. A pesar de esa evidente diferencia entre los supuestos de mejora de los artículos 1056.2.º y 828 del Código civil, el primero a título de herencia y el segundo a título de legado, la STS 19 mayo 1951⁷⁷, aun considerando que “[...] la voluntad del padre testador de conservar indivisa una explotación agrícola no necesita más fundamento que esa voluntad, lo cual aparece en este caso con toda claridad por emplear en la cláusula tercera del testamento las mismas palabras del artículo 1056 mencionado, de modo que no hacen precisa interpretación alguna”, sin embargo, a continuación, sostiene que “el caso encaja completamente en el artículo 828 del Código civil”.

La doctrina ha sabido ver, en particular, en el artículo 1056.2.º CC una verdadera mejora tácita, al estimar que cuando el testador se limita a adjudicar la explotación por vía particional, sin especificar nada más, parece que el dato de elegir adjudicatario a uno de los descendientes es suficiente para entender que este ha sido mejorado tácitamente⁷⁸.

A mi juicio, ambos preceptos, artículos 1056 y 1075 CC, son manifestaciones implícitas de la voluntad del testador de favorecer, mejorar, por medio de la partición que realiza a alguno de sus hijos o descendientes. Como recuerda la

poseer”, en AMIGO VÁZQUEZ, J. M., “et al.” (coords.): *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 70 y 71. Como es sabido con la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se ha suprimido la institución de la mejora, por consiguiente y en coherencia con ello, el pacto sucesorio de labrar y poseer ya no puede implicar un supuesto de mejora tácita, por lo que la mejora de labrar y poseer se configura exclusivamente como pacto sucesorio (arts. 219 a 223). Destaco lo dispuesto por el artículo 219.2 “Si del pacto no resulta otra cosa, la adjudicación [integra de la explotación agrícola, industrial, comercial o fabril] supondrá la institución de heredero en favor del así mejorado”. Ampliamente, REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “De la mejora de labrar y poseer”, en REBOLLEDO VARELA, Á. L. (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 948-962.

75 A tenor del artículo 1075 CC “La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”.

76 VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, cit., pp. 60 y 61. También ROCA SASTRE consideró como mejoras tácitas los supuestos derivados de la aplicación de los artículos 1056.2.º y 1075 CC. ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, a la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 175.

77 STS 19 mayo 1951 (RJ 1951, 1618).

78 Así, TORRES GARCÍA, T. F.: “Una aproximación al artículo 1.056.II Código civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)”, *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, Registradores de España Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1667 y 1668. También, en el mismo sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario al artículo 1056 del Código civil”, en DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.): *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1151 y 1152.

antigua pero significativa STS 6 marzo 1945⁷⁹, al referirse, precisamente, a las dos citadas normas, el Código civil español en esta materia da a la facultad de división amplitud y flexibilidad, otorgando al testador una amplia libertad, no solo en la composición cualitativa de los lotes permitida por el artículo 1056.2.º, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1061 y 1062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte [cfr., arts. 1074 y 1075 CC]. Concluye el Tribunal Supremo afirmando que el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código civil es muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable a la subsistencia de estas en cuanto sea posible, como lo demuestran no solo los artículos 1079 y 1080, aplicables a las particiones en general, sino de un modo especial, para la partición hecha por el propio testador, los artículos 1056 y 1075.

V. EL PERTINENTE RECURSO A LOS MEDIOS DE PRUEBA EXTRÍNSECOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA PARA AVERIGUAR LA EXISTENCIA DE LA INTENCIÓN DE MEJORAR.

Para averiguar si la donación o, en su caso, la disposición testamentaria, comportan una mejora tácita, cuando no se declara expresamente la voluntad de mejorar, una ayuda inestimable es el recurso a la llamada "prueba extrínseca", que contribuirá a la averiguación de la verdadera voluntad del causante, prueba extrínseca, que, como estima SALVADOR CODERCH, "no es ningún último recurso. Antes bien, es un elemento más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias. [...] Respeto al principio formal no significa marginación de la prueba extrínseca"⁸⁰. Ya JORDANO BAREA, al confrontar los artículos 675 y 773 CC, había afirmado que "[...] la verdadera teoría subjetivista [...] reclama imperiosamente la posibilidad de utilizar elementos extraños al puro contexto del documento para la determinación de la real voluntad del testador" y llega a la conclusión de que "el artículo 675 circunscribe el objeto (voluntad declarada), pero no los materiales (intrínsecos o extrínsecos) de la voluntad testamentaria, [...] sería incomprensible que la ley mandase atender ampliamente a la voluntad del testador para fijar las disposiciones más importantes del testamento (institución de heredero o designación de legatario), y que por otro lado vinculase al juez o al intérprete a no considerar cosa alguna fuera del contexto del testamento para interpretar las restantes disposiciones"⁸¹. Entre esas

79 STS 6 marzo 1945 (RJ 1945, 272).

80 SALVADOR CODERCH, P.: "Interpretación del testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1983", *CCJC*, 1983, núm. 1 (enero-marzo), p. 295.

81 JORDANO BAREA, J. B.: *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958, en especial, pp. 47-55.

“restantes disposiciones” a las que se refiere JORDANO, podrían incluirse las llamadas “modalidades accesorias” en las disposiciones “mortis causa”, determinaciones accesorias de la voluntad testamentaria, es decir, cláusulas que subordinan la eficacia de la disposición a la condición o al modo, por ejemplo, supeditadas al cuidado y asistencia al testador o a otras personas por él designadas. En fin, comparto las consideraciones en torno a la prueba extrínseca de VAQUER ALOY, que, al defender la ausencia de jerarquía entre los medios interpretativos, “incluida la prueba extrínseca”, parte de que el artículo 675 CC no limita en ningún momento los medios interpretativos, “y sí establece diáfano que siempre debe prevalecer la verdadera voluntad del testador sobre el texto de su declaración, por más que aquella, ni que sea del modo más imperfecto, deba tener reflejo en esta”, por eso concluye que “Si el precepto no prioriza los medios interpretativos, menos legitimado está para hacerlo el intérprete”⁸².

A continuación, destaco alguna de las manifestaciones de prueba extrínseca que sirven para demostrar que la voluntad del testador era la de mejorar, aunque no lo dijese expresamente. Así, aparecen diversas expresiones del recurso a la prueba extrínseca en el caso resuelto por la STS 536/2013, 29 julio⁸³. Esta Sentencia regresa, de nuevo, a la cuestión clásica de si una donación puede ser imputable al tercio de mejora por exceder su valor de los de la legítima o libre disposición. Pues bien, el centro de gravedad de este fallo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo radica en la interpretación de la “voluntas testatoris”, de hecho, el Tribunal Supremo considera que “fuera de este rango sacramental”: “[...] la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad [...]”⁸⁴.

82 VAQUER ALOY, A.: *La interpretación del testamento*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 2008, pp. 98 y 99.

83 STS 29 julio 2013 (RJ 2013, 6395). En el caso enjuiciado se plantea como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, la declaración de voluntad de mejorar mediante el cauce de la donación “inter vivos” y, precisamente, a lo largo del fallo del Tribunal Supremo, pueden observarse algunos supuestos de prueba extrínseca que sirvieron para demostrar la voluntad de mejorar del causante. Así, el Tribunal Supremo considera —en un ejemplo de admisión de pruebas extrínsecas al testamento— que de las testificales practicadas resultaba acreditado que la voluntad del testador había sido “compensar a su hijo tanto por los años de dedicación al cuidado de su patrimonio y persona, como por el hecho de que a su hermano [padre del actor] se le había facilitado el estudio de una carrera universitaria”. Otro ejemplo del recurso a la prueba extrínseca resulta de que “los testimonios recogidos, particularmente los sustentados por los contadores partidores, fueron coincidentes en el propósito manifestado por el testador de querer mejorar el haber sucesorio de su hijo”. MARIÑO PARDO, al comentar este fallo, aprecia la trascendencia de la prueba extrínseca en el caso resuelto por esta STS de 2013. MARIÑO PARDO, F.: “¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013”, cit., (en línea).

84 Esta doctrina elaborada por la STS del Pleno 536/2013, 29 julio (RJ 2013, 6395), es reproducida por la STS 468/2019, Civil, 17 septiembre (RJ 2019, 3619), aunque, en este último caso, se descartó la solución dada al caso enjuiciado por la STS 536/2013, al estimar que no se trataba de un supuesto de mejora tácita y que el litigio no guardaba identidad de razón con el resuelto por la STS 536/2013. Así, no se consideró la donación efectuada por el testador a favor de un hijo, sin dispensa de colación, como tácita o presunta, que se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo, en el de mejora, para corresponder a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta, por no constar exteriorizada la voluntad del testador de mejorar al recurrente conforme al artículo 825 CC, ni el testamento contiene dispensa de colación.

Por otra parte, ya en la STS 18 junio 1982⁸⁵, se observan diferentes manifestaciones de prueba extrínseca que permiten inferir la voluntad de la testadora de mejorar a sus dos nietos en detrimento de su padre, hijo de la testadora, por ejemplo, el hecho de que gran parte de los bienes que la testadora le adjudica a su hijo en la partición verificada en el testamento, han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha del fallecimiento de la causante; y otra prueba extrínseca que evidencia la voluntad de mejorar a sus nietos radica en un precedente comprobado, el testamento anterior otorgado por la causante en el que instituía "por su único y universal heredero de todos sus bienes a su hijo", testamento que es expresamente revocado por el testamento objeto del litigio, en el que no solo instituía heredero universal a su hijo, sino que también instituía herederos a sus dos nietos.

VI. RECAPITULACIÓN FINAL Y PROPUESTA "DE LEGE FERENDA".

En la interpretación de las disposiciones testamentarias, ha de proclamarse la preponderancia de la voluntad del testador, en detrimento de fórmulas sacramentales proclives a la exigencia de la utilización de la expresión "mejora" para inferir lo realmente querido por el causante, por eso convengo con la conclusión de VALLET DE GOYTISOLO, que creía firmemente en que habían quedado abolidas todas las mejoras presuntas; pero aclaraba que "[...]siguen en pie aquellas mejoras, también comprendidas en el calificativo tácitas, en las que la voluntad del causante, interpretada sin perjuicios pseudotécnicos y solo a la luz del sentido común y del sentido jurídico tradicional, aparece claramente determinada a mejorar a algún descendiente, aunque en su expresión no se emplee término alguno relacionado gramaticalmente con la voz mejora"⁸⁶.

La existencia de una mejora tácita a favor de hijos o descendientes puede inferirse, tanto de diferentes preceptos del Código civil, como de la interpretación de la voluntad del testador, o, en su caso, del donante. Entre los casos previstos por el Código civil, destacan los que derivan de la aplicación de determinados preceptos, por ejemplo, artículos 828 (inciso final), 782.2.º, 814.1.º, 851, 1056.2.º o 1075 —que se desenvuelven a lo largo del estudio—. Otras veces, la voluntad de mejorar, por vía de donación o bien, de disposición por causa de muerte, se deduce, por ejemplo, de la inequívoca voluntad de mejorar por medio de una partición desigual —STS 18 junio 1982—, o bien por quedar patente la voluntad de mejorar por una expresa dispensa de colación —STS 29 julio 2013—.

85 STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

86 VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", cit., p. 18.

El recurso a la prueba extrínseca, como se aprecia, a lo largo del presente estudio, puede desempeñar un papel inestimable en la averiguación de la voluntad de mejorar a algún hijo o nieto, cuando no resulte clara la voluntad testamentaria —STS 18 junio 1982; STS 29 julio 2013—.

Por lo demás, resulta conveniente incorporar el “valor del cuidado” en este ámbito de estudio, para deducir la intención implícita en la voluntad del testador o del donante de mejorar, o, en general, de favorecer a los cuidadores. En estos casos, seguramente, corresponderá un papel decisivo, para la interpretación a la prueba extrínseca —STS 29 julio 2013—.

La propuesta normativa “de lege ferenda” se circunscribe al artículo 825 del Código civil, por ser, en este ámbito de estudio, la norma de mayor conflictividad. La redacción que se propone sería la siguiente:

“La donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, se reputará mejora cuando se deduzca claramente la voluntad de mejorar del donante.

La donación con expresa dispensa de colación, se reputará siempre mejora, cuando no quepa en la parte libre”.

Seguramente, los problemas, en especial, de computación e imputación de la mejora se solucionarían con un sistema que favoreciese ampliamente la libertad de testar, como, por ejemplo, fue la opción del legislador gallego, por eso, convengo con REBOLLEDO VARELA, cuando al analizar la cuestión, en la Ley 2/2006, de 14 de junio, observa “La evidente intención del legislador de instaurar un sistema legal en el que se deja a la libre voluntad del causante la disposición de sus bienes, conservando un sistema de legítimas con carácter ciertamente residual”⁸⁷.

En suma, a pesar del vigente modelo de legítimas y, por lo tanto, a la vista de la actual institución de la mejora, convendría entender que no debería ser únicamente la manifestación expresa de mejorar a hijos o descendientes, sino la clara e inequívoca voluntad de mejorar la que decidiese la existencia de una mejora. No en vano, la piedra angular de la interpretación testamentaria, el artículo 675 del Código civil, eleva a principio fundamental que “la voluntad del testador es la ley de la sucesión”.

87 REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Comentario al artículo 238 de la Ley de Derecho civil de Galicia”, en Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1019 y 1020. Recuérdese que en el modelo legitimario gallego en el que la naturaleza de la legítima es de “pars valoris”, desaparece la institución de la mejora, aunque se regule el pacto de mejora (arts. 214 y ss.) y la legítima de los descendientes se reduce a la cuarta parte del valor del haber hereditario (art. 243), alcanzando la parte de libre disposición nada menos que las tres cuartas partes del valor líquido de los bienes.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.

CALVO ALONSO, M. A. y CARREIRA SIMÓN, M.^a C.: "Del derecho de labrar y poseer", en AMIGO VÁZQUEZ, J. M., "et al." (coords.): *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 65-79.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario al artículo 782 del Código civil", en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.): *Código Civil comentado*, vol. II (2.^a ed.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 714 y 715.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. segundo, Tecnos, Madrid, 1966.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario al artículo 825 del Código civil", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 944 y 945.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario al artículo 1056 del Código civil", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1149-1153.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 18/2007, pp. 453-461.

FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: "La mejora en el sistema sucesorio español" — Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Coimbra el día 18 de abril de 1944 en la Semana jurídica española—, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XXII, 1946, pp. 247-284.

GARCÍA GOYENA, F.: "Comentario al artículo 654 del Proyecto de Código civil de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, pp. 353-355.

GARCÍA GOYENA, F.: "Comentario al artículo 657 del Proyecto de 1851", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Editorial Cometa, Zaragoza, 1974, p. 355.

GARCÍA GOYENA, F.: “Comentario a los artículos 659 y 660 del Proyecto de Código civil de 1851”, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, p. 356.

GARCÍA-GRANERO, J.: “Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora”, *Revista de Derecho Privado*, número 391, 1949, pp. 805-830.

HIDALGO GARCÍA, S.: “Algunas consideraciones sobre las mejoras tácitas (Aportación al estudio de los arts. 825 y 828 del CC)”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “et al.” (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 5305-5318.

JORDANO BAREA, J. B.: *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (quinta edición), Bosch, Barcelona, 1993.

LÓPEZ FRÍAS, A.: “Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, Número I (enero-marzo, 2019), pp. 133-176.

LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *La mejora en cosa determinada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

MARIÑO PARDO, F.: “¿Puede la donación ser imputable tácitamente a la mejora? La Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2013”, *Iuris Prudente* (Blog de Derecho privado, desde la óptica notarial y registral [<http://www.iurisprudente.com/2015/04/puede-la-donacion-ser-imputable.html>] —27 abril 2015—).

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Notas sobre la “voluntad del testador””, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 6, 2002, pp. 153-190.

NIETO ALONSO, A.: “Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad —El alcance de la interpretación de las disposiciones *mortis causa* con cláusulas favorecedoras de los cuidados—”, *InDret*, 2023, número 3, pp. 217 a 272.

OTERO VARELA, A.: “La Mejora”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, número 33, 1963, pp. 5-132.

REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “De la mejora de labrar y poseer”, en REBOLLEDO VARELA, Á. L. (dir.): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 948-962.

REBOLLEDO VARELA, Á. L.: "Comentario a los artículos 238 y 239 de la Ley de Derecho civil de Galicia", en Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (dir): *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1015-1024.

ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin, *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: "Comentario al artículo 814 del Código civil", *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II (Arts. 840 a 911), Reus, Madrid, 1973, pp. 643-663.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: "Comentario al artículo 851 del Código civil", *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II (Arts. 840 a 911), Reus, Madrid, 1973, pp. 206-215.

SALVADOR CODERCH, P.: "Interpretación del testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1983", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, núm. I (enero-marzo), pp. 289-295.

TORRES GARCÍA, T. F.: "Una aproximación al artículo 1.056.II Código civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, Registradores de España Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1653-1671.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición" —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 24 de enero de 1950—, *AAMN*, t. VIII, 1954, pp. 5-140.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Donaciones, mejoras, dispensas de colación", en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coords.): *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4903-4914.

VAQUER ALOY, A.: *La interpretación del testamento*, 2.^a ed., Reus, Madrid, 2008.