

Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima

A propósito de un trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

En este ANUARIO —que siempre rememora el recuerdo de su fundador y tantos años director, don Federico de Castro, que con tanto celo consiguió dotarle del prestigio que tiene —en su fascículo IV del tomo XXXVIII, octubre-diciembre 1985, mi querido amigo Manuel Peña Bernaldo de Quirós ha publicado un estudio, *Naturaleza jurídica de la legítima*, que vuelve a remover un tema, cuya discusión periódicamente reaparece y se reaviva en estas páginas.

El nudo de esta controversia se halla en el trazado de la frontera polémica entre la voluntad del causante y sus limitaciones legales. Es decir, radica en la determinación de la mayor o menor elasticidad o rigidez de las normas legales prohibitivas y del modo de entenderlas en su confrontación con la voluntad del *de cuius*. En definitiva, si esas normas están orientadas a proteger los intereses de los legitimarios dignos de tal protección, se trata de determinar cuál es el mejor y más flexible modo de armonizar esa protección, de modo que resulte con la menor merma efectiva posible de la voluntad del causante, con el fin de que ésta pueda moverse en consonancia con las variadas circunstancias del hecho, existentes y previsibles en cada caso contemplado, que nunca están al alcance de los legisladores que sólo pueden y deben contemplar latamente —*in plerisque*— los casos más generales.

Por eso, las cuestiones que los juristas prácticos vivimos no son conceptuales ni sistemáticas, sino de resolución de problemas concretos vivos, que debemos solucionar, atendiendo —en la pugna de los intereses en juego— a lo que resulta más justo conforme la naturaleza de las cosas. Luego compete ordenar y sistematizar esas soluciones y extraer conceptos para mejor clarificar las ideas. Es comprensible que guste a profesores y legistas la claridad y la sencillez y, en cambio, que a los juristas prácticos, en nuestra tarea de arbitrar en la inabarcable casuística de la vida real, sintamos y comprendemos la superioridad de los sistemas y regímenes flexibles, mejores para adecuar bien

a lo justo y más individualizadamente la solución de los problemas que se nos presentan. No cabe olvidar que, como arte de lo justo, todo el derecho, ha de moverse entre dos fuerzas fluidas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: la libre voluntad del sujeto para mejor cumplir sus fines y las prohibiciones normativas que deben establecerse, no porque sí, sino por una *ratio* determinada que los juristas debemos desvelar y matizar.

Esta labor la realizaron maravillosamente los jurisconsultos romanos clásicos, los comentaristas del *ius commune* y los grandes autores castellanos de los siglos XVI y XVII. A éstos Peña los tacha de romanistas, pero, tal vez, precisamente lo eran porque en los textos romanos y en sus glosas y comentarios hallaban abundantes modelos de esa adecuación flexible.

Nuestro maestro don Federico de Castro —después de haber alcanzado la cima de la teoría científica del derecho, en su *Parte General del Derecho civil de España*— accedió a este método en su volumen. *El negocio jurídico*, donde —como él mismo dice al comenzar su prólogo— se apartó del «creciente carácter teórico abstracto», no sólo del pandectismo sino también de «la generalidad de los estudios sobre el negocio jurídico», y supo conjugar la denominada —en la terminología de Helmut Coing— jurisprudencia dogmático-sistemática con la —calificada por el mismo profesor alemán— de jurisprudencia *empírico-casuística*, empleada mediante el análisis de la problemática viva, por los juristas romanos y los comentaristas *moos italicus*. Nuestro maestro la empleó analizando tanto las opiniones de los autores españoles de los siglos XVI y XVII como las sentencias del Tribunal Supremo, con un método «nítidamente escolástico» —como hice notar en la *introducción*, que tuve el honor de escribir, para la reedición de esta obra, en 1985, por *Civitas*.

He leído atentamente el estudio de Manolo Peña. Su lectura no me hace variar, ni un solo ápice, en mi posición acerca de este tema del que he venido ocupándome desde 1946 (1) hasta 1984 (2). Es más, no he encontrado novedades reales en sus argumentos, respecto

(1) *Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del artículo 863 del Código civil*, en Revista General de Derecho, Valencia, diciembre 1946 y enero 1947, pp. 672, 676 y 4 a 6.

(2) Cfr. en especial, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, en An. Dr. Civil IV-II (abril-junio 1951, pp. 421 y ss. o en la ed. separata, Madrid, INEJ, 1955, pp. 5 y ss.; *Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en A.D.C. XVIII-I enero-marzo 1965, pp. 3-139 y ss.; la serie de estudios publicada en el mismo Anuario, XIX-I, 1966, pp. 3-418; XX-I, 1967, pp. 3-115, XXIII-I, 1970, pp. 9-121, XXIV-I, 1971, pp. 3-147; XXV-I, 1972, pp. 3-151 y XXVI-I, 1973, pp. 3-213; refundidos en mis dos volúmenes *Las legítimas*, Madrid, I.N.E.J., 1974 (1324 págs.); *Comentarios a los artículos 806 a 857 del Código civil*, vol. XI de los *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* dirigidas por Albaladejo, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv., 1.ª ed. 1978, y 2.ª ed. revisada y aumentada 1982: y los caps. II a V, sec. III, I parte del *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 449-781, complementado en la II parte, sec. VI, cap. I, sec. VII, cap. III y sec. IX, cap. IV, en el vol. II, Madrid, 1984, pp. 575-588, 671-679 y 811-832.

de los ya conocidos y expuestos en favor de su tesis de que los legitimarios son herederos en el régimen de nuestro Código civil. Tampoco he visto rebatidas las razones que expuse en contra de cada uno de ellos.

No obstante, pienso que he de contestarle; pues creo no debo dar lugar a que —habida cuenta de mi vocación por las polémicas serias acerca de temas de los cuales creo que algo puedo aportar— mi silencio pudiera tomarse como menosprecio ni como tácita aquiescencia. Y, además, me puede permitir de nuevo poner mi contribución para aclarar mejor la posición de los autores de derecho castellano de los siglos XVI y XVII y, en especial, por lo que se refiere a la Ley 21 de Toro, en la que no llegué a profundizar.

Por eso, aunque mi respuesta, en parte, está anticipadamente escrita varias veces y en más de un lugar, trataré de poner cierto orden en lo discutido, haciendo notar las distinciones que median en algunas cuestiones que, a veces, son entremezcladas, produciendo las consiguientes confusiones y deformaciones. En especial, deberé efectuar precisiones respecto de la posición de los autores de derecho castellano, que no puede fabricarse cosiendo mentalmente unas afirmaciones aisladas del contexto al que se refieren y mutiladas de las razones jurídicas aducidas para formularlas.

Para mayor claridad de la respuesta, seguiré, punto por punto, el estudio de mi buen amigo.

I. INTRODUCCION

«La tesis fundamental contenida en el presente trabajo —comienza diciendo paladinamente Peña— es que los legitimarios son herederos».

Primera advertencia: nunca nos hemos atrevido ni nos atreveríamos a plantear la naturaleza de las legítimas en una sola alternativa: heredero o legatario —a la que Peña (3) parece reducirla—; pues la sobrecarga por todas partes. Por eso, he venido diferenciando las siguientes diversas cuestiones, acerca de la naturaleza de las legítimas:

a) ¿Consisten en un *límite negativo* o *freno* a la libertad de testar, o bien en una atribución hereditaria legal directa e inmediata, *ope legis* o *ipso iure*?

b) En uno u otro de esos casos, lo debido o lo deferido legalmente, ¿es *pars hereditatis*, *pars rerum*, *pars bonorum* —*minutatin ex singulis rebus*, o no—, *pars valoris bonorum*, *pars valoris*, etc.. etc.?

d) Cuando existe el deber de instituir heredero al legitimario y caso de contener el testamento tal institución: ¿cabe diferenciar la —necesaria o forzosa— institución de heredero y la legítima —propriadamente

(3) Dice PEÑA (VI, p. 884): «El Código estructura el sistema sucesorio sobre la distinción heredero-legatario (cfr. art. 660 C.c.) y resulta que —contra lo que debería esperarse de los compiladores— habría omitido la regulación de la figura del legitimario». En su lugar profundizaremos un poco ese tema que Peña vuelve a simplificar, omitiendo todo lo discutido y escrito desde hace cerca de cuarenta años.

dicha— como cuota de bienes o de valor —según el sistema— pero no de herencia. Esta cuestión, fundamentalmente de derecho histórico, sirve, aún hoy, para clarificar, con su perspectiva, no sólo la interpretación de las normas legales vigentes, sino también, en muchos casos, ciertas disposiciones testamentarias y «para poder delimitar su aplicación en su adecuado sentido.

e) ¿Se refiere la palabra *legítima* a un *contenido* o al *derecho para obtenerlo*? Si la legítima consiste en una vocación legal, se identifica, a la vez, con su contenido y con su título, y el legitimario es titular y dueño de ese contenido, tiene derecho *en* o *sobre* él Pero, si la legítima es un derecho *a* obtener es contenido, uno y otro se distinguen bien. Este trata de asegurar la adquisición de aquél, de diversas y múltiples formas y maneras. Y esa protección es determinante de los caracteres —formales, cualitativos y cuantitativos— de dicho contenido debido a los legitimarios y ha de dotar, a sus beneficiarios, de los medios legales y acciones precisas para conseguirlo.

Estado de la doctrina

Casi todo el párrafo de su introducción lo dedica Peña a resumir ese estado. En su enumeración de los valedores de la tesis de que los legitimarios son herederos (*ex lege*, claro) —anteponiéndoles el adverbio de tiempo «hoy»— nombra a tres autores que lo defendieron hace ya muchos años: Fuenmayor (4), en un trabajo juvenil, Ortega Pardo (5), en 1945 reiterándolo en 1950 (6) y Espinar Lafuente (7), en 1956.

Por lo que a Fuenmayor se refiere, debo precisar que, en 1946, apareció otro artículo suyo (8), en el cual destacaría que el artículo 815 Código civil, recoge el «espíritu de la legítima romana con un notable avance de la libertad de testar»; «si el *de cuius* —dice— cumplió sólo en parte el *officium pietatis*, entonces la autonomía de la voluntad se concilia con el derecho del legitimario mediante el juego de la acción de suplemento». Y, posteriormente, cuando en 1948 (9) estudia la legítima en su regulación por el Código civil, la examina como una institución de carácter negativo, prohibitiva, que integra un conjunto de «limitaciones impuestas al causante», sin que ni tan siquiera aluda a la tesis que había defendido en su primer ar-

(4) Amadeo de FUENMAYOR CHAMPÍN, *La mejora en el sistema sucesorio español* en *Ius* 1945, pp. 5 y ss y en *Boletim de la Facultade de Dereito*, de la Universidad de Coimbra 1946, separata, pp. 13 y ss.

(5) Gregorio ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, Gráficas Unión 1945, pp. 119 y ss. y.

(6) ORTEGA PARDO, *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en A.D.C. III-II, abril-junio 1950, pp. 321 y ss.

(7) Francisco ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, n. 156, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 334 y ss.

(8) Amadeo de FUENMAYOR, *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legítimaria* V, en R.G.L.J. 179, primer sem. 1946, pp. 67 y ss.

(9) FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, en A.D.C. I-I, enero-marzo 1948, pp. 46 y ss.

título. Tampoco lo hizo, meses después, al ocuparse, en un precioso estudio, de la mejora de labrar y poseer en el derecho consuetudinario gallego, y al relacionarla con la normativa del Código civil (10).

Y Guillermo García Valdecasas (11) —a quien asimismo cita—, ciertamente, también considera que el legitimario es heredero *ope legis* de la *cuota de reserva* —«parte de la herencia reservada por la ley»— pero no de la *cuota de legítima*, que califica de «cuota de valor que el mismo legitimario tiene derecho a percibir».

Su referencia a quienes hemos defendido la tesis contraria a la suya, la encabeza con mi maestro Roca Sastre y conmigo, resaltando nuestra foralidad catalana. Ciertamente es, que acota, «no fue justo» el reproche de efectuar un «intento foralizador» que González Palomino imputó a Roca Sastre; pues, precisa, que ambos de lo que tratamos fue de «aproximar el sistema castellano al del derecho común», como habían hecho los juristas castellanos de la época clásica. Voy a hacer, a este respecto, algunas puntualizaciones.

Roca Sastre no fue el primero que —después de publicado el Código civil— hizo notar la naturaleza de *portio debita* que tiene la legítima recogida en él, y que ésta no es una cuota de delación legal forzosa. La configuración fundamentalmente negativa de las legítimas, como limitación *mortis causa* de la facultad de disponer, fue ya en 1890 claramente explicada por *La Gaceta del Notariado*: «La ley tiene, respecto de las adquisiciones *mortis causa*, carácter enteramente subsidiario, interviene para suplir el silencio del finado, o para encauzar la voluntad del testador evitando que cometa una injusticia...» (12). Sánchez Román indicó que las legítimas, «en el concepto de institución legal en España», no tienen «un carácter sustantivo y esencial, como entidad jurídica de propia naturaleza, sino más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte» (13). Calderón Neira comparó al legitimario con un acreedor al que debe pagársele la deuda «con cuerpos hereditarios de la que responden todos los bienes de la herencia» (14). Jerónimo González consideraba que, desde hace muchos siglos, la legítima castellana quedó configurada en «una concepción de líneas románicas» (15). Felipe Clemente de Diego, destacaría «que se orientó nuestra legislación hacia la romana», deviniendo el legitimario «más acreedor del patrimonio del causante que propiamente heredero del mismo», cumpliéndose el fin de la institución, si éste dejare a los legitimarios «esa

(10) FUENMAYOR, *La mejora de labrar y poseer* IV, pp. A.D.C. I-III, julio-septiembre 1948, pp. 901.

(11) Guillermo GARCÍA VALDECASAS, *La legítima como cuota de herencia y como cuota de valor*, en R.D.P., XLVII, noviembre 1963, pp. 957 y ss.

(12) *Gaceta del Notariado*, XXXIX, 25, 22 junio 1890, pp. 387 y ss.

(13) Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, VI, cap. XV, 5-cfr. 2.ª ed. Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1910, p. 764.

(14) Manuel CALDERÓN NEIRA, *La colación en el Código civil*, en R.G.L. y J., 111, 2.º sem., 1907, p. 122.

(15) Jerónimo GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Observaciones a las conferencias del Doctor Ferrara*, en R.C.D. I, 1929, p. 65, o en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, III, Madrid, Ministerio de Justicia, 1948, p. 241.

parte de bienes» por el título que fuere (16). Y mi maestro Alguer precisaba que el denominado llamamiento forzoso no es una causa de delación, «no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario» (17).

Por lo que a mí se refiere, debo hacer constar que no he sentido la preocupación de aproximar la legítima castellana a la del derecho común, sino de saber lo que realmente era aquélla; y que, para profundizar en su conocimiento, siempre me he guiado por los más grandes juristas del Reino de Castilla, tratando de reconstruir su genuino pensamiento. Basta leer mis *Apuntes de derecho sucesorio* y los dos volúmenes de mi tratado *Las legítimas* para comprobar, sin lugar a duda alguna, que nada foráneo he sobreañadido al pensamiento de ellos.

II. EL ARGUMENTO HISTORICO: LA NATURALEZA DE LA LEGITIMA EN EL DERECHO ANTERIOR AL CODIGO

A) EL ARGUMENTO HISTÓRICO SEGÚN LA TESIS ROMANISTA

Peña refiere mi planteamiento general de que el Código civil, conforme la Ley de bases, debió de recoger, en este punto y con la modificación cuantitativa de las cuotas, el derecho castellano tal como lo habían estructurado los juristas castellanos al interpretar y aplicar los textos del Fuero Real y las Leyes de Toro, con la guía de Las Partidas, del *Corpus Iuris* y de los comentarios de éste por los autores de derecho común. «La construcción de nuestros clásicos —había concluido yo (18)— guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue regulador de la medida. El derecho romano en su fase justiniana explicó la *naturaleza*». Como muestra evidente mostré que Antonio Gómez —el autor castellano que mayor difusión e influencia práctica tuvo (de él decía Federico de Castro que fue el Castán de su época)— en sus *Varias Resoluciones*, se ocupó de las legítimas, en el capítulo XI, que lleva por título *De successione contra testamentum* (es decir, la sucesión *contra tábulas*, según la terminología romana), en el que trata, sucesivamente, de la preterición, la desheredación, la *querella inofficiosi testamenti*, en caso de haber sido el querellante excluido totalmente de la herencia, la legítima, como excepción oponible a esa última y la *actio ad supplementum*, para reclamar lo que faltare para cubrir la parte debida. Nada hallamos allí que aluda, en modo alguno, a una vocación legal forzosa que tampoco aparece en ningún otro autor castellano.

(16) Felipe CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil*, III, Lec. 87, cfr. ed. Madrid, 1932, pp. 186 y s.

(17) José ALGUER MICÓ, *Ensayo sobre varios temas fundamentales del Derecho civil*, en R.J. Cataluña, 1931, pp. 132 y ss.

(18) Así lo concluimos ya en nuestros *Apuntes*, 2.º, A.D.C. IV-II, 435 y separata, p. 19 y lo hemos repetido casi literalmente en múltiples ocasiones.

B) PECULIARIDADES DEL SISTEMA CASTELLANO

Dice paladinamente Peña que él, contrariamente a lo expuesto por mí, cree que los antecedentes castellanos no ofrecen suficiente fundamento histórico «a la que podríamos llamar tesis romanista» (19).

A su juicio: «El sistema legitimario castellano formaba parte del núcleo del derecho autóctono con peculiaridades irreductibles frente al derecho común. Lo que ocurrió es que nuestros autores clásicos estaban enormemente influidos por el romanismo de la época, sin duda por consecuencia de que "en las universidades —como exponía el profesor De Castro— se continuaba enseñando sólo el derecho romano y el canónico"».

La cita de nuestro maestro (20) —que no se refiere concretamente al derecho de sucesiones, sino de modo general al influjo romanista en las universidades— sigue diciendo «el mismo examen sobre el derecho español para todos los que iban a desempeñar cargos de justicia, lo hacían los letrados ante el Consejo», cuyos miembros tenían formación romano canonista.

Pienso que, sin duda, esto apoya mis afirmaciones antes transcritas. Los juristas castellanos no podían hallar soluciones en el derecho germánico —que, por lo demás, conocían aún menos que hoy nosotros, tras las modernas investigaciones de los historiadores del derecho— para la problemática que vivían y que sí las hallaban en el derecho romano.

Además, de una parte, el derecho romano y el canónico no sólo influyeron en los juristas teóricos y prácticos. Ambos, y especialmente el segundo de estos derechos, penetraron en la legislación, como ocurrió en el Ordenamiento de Alcalá, concretamente en su ley única, tít. XIX, que pasó a ser en el Ordenamiento Real de Castilla la 5, 2, 1, la cual abrió a la voluntad del testador cauces que no existían en el derecho justiniano, pero que aún mucho más alejados se hallaban de las concepciones germanistas. Y, a través de su llamada a las Partidas, como derecho supletorio penetró gran parte del derecho sucesorio romano. De otra parte, el derecho no se circunscribe al texto literal de las leyes, sino que incluye las interpretaciones vividas en la práctica. Si los legisladores redactan las leyes en términos generales, los juristas tejen el derecho en contacto con los hechos vividos y tratan de hacerlo racionalmente. No es extraño que, para ello, en Castilla, como en Portugal, en Cataluña, en Valencia, en toda Italia, etc., acudieran al derecho romano como *buena razón* (21) y a la riquísima problemática

(19) PEÑA, p. 852.

(20) Federico de CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España, Parte General*, tomo I, 3.ª ed. Madrid, I.E.P. 1955, p. 166.

(21) Respecto la aplicación del derecho romano como buena razón, «non ratione imperii sed imperium rationis», cfr. FRANCISCO CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, III, 20, p. 128 y Milano, GUIFFRÈ 1951; *Medioevo del diritto*, II, VIII, 3. Milano Guiffirè, 1954, p. 614; Paul KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, cap. VIII, ed. Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. 1956, pp. 144 y s.;

que, para su adecuación a las realidades vividas, elaboraron los juristas *moss italicus*.

«Pero —termina Peña su prefacio— nuestros autores clásicos eran conscientes de las peculiaridades del sistema legitimario castellano, confirmado por las Leyes de Toro, que no se limitaban a la cuantía de la legítima».

Esto es muy cierto. Nunca lo hemos ignorado, ni silenciado. Del mismo modo que tampoco las legítimas catalana y balear se identifica cualitativamente en todo con la legítima romana. Ni la romana justiniana con la romana teodosiana. Pero estas diferencias, por sí solas, nada indican acerca de que la legítima castellana fuera —como quiere Peña— una forma de sucesión legal, una cuota de delación hereditaria forzosa, como él pretende.

El, para inclinar al lector en favor de esa tesis, contrapone la legítima castellana y la del derecho común, y compara sus diferencias. Claro que, con el fin de que la perspectiva fuera completa, convendría haber confrontado también la legítima castellana con la germánica, lo cual echamos de menos en su trabajo.

Pero vayamos ya al cotejo que Peña efectúa.

1. «En el sistema romano, en el derecho común, la regla es la *libertad de testar*, si bien se establecen en favor de los legitimarios un conjunto de frenos y limitaciones que les asegura una porción de bienes». «En el sistema castellano, por el contrario, se recoge la tradición germánica de la *primacía de la sucesión legal*» (22).

Para confirmarlo, Peña (23) nos traslada a la Alta Edad Media, período de tránsito y oscuro del que la Europa cristiana salió con la ayuda de las luces del derecho común, romano y canónico, en la Baja Edad Media, que es el período que realmente interesa por ser el integrador del caudal jurídico en el cual abrevaría el derecho posterior.

Lo cierto es, por otra parte, que ni siquiera los textos del Fuero Juzgo —que en el Reino de León siguió siendo «el Libro» por excelencia— habían mantenido propiamente la tradición germánica. Al menos esta es la opinión que ha acabado de imponerse entre los historiadores del derecho (24). Según ella, la parte dispositiva del Fuero Juzgo, 4, 5, 1, limitaba la libre disposición a título gratuito, *inter vivos* y *mortis causa*, de padres y abuelos y su facultad de desheredar, para cuyo ejercicio exigió una justa causa. Conforme ese criterio, Jerónimo González (25) resalta que, según el texto de esa ley, «los

Guilherme BRAGA DA CRUZ, *El derecho subsidiario en la historia del derecho portugués*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1971; Alejandro GUZMÁN B., *Razón escrita* III, 2, en Rev. Est. Histórico-Jurídicos de la Univ. Católica de Valparaíso IV, 1979, pp. 144 y ss. y nuestro estudio *El derecho romano como buena razón en Cataluña*, en Boletim da Faculdade de Direito de la Univ. Coimbra LVIII-I, dedicado a los Profesores Paulo Merea y G. Braga da Cruz, 1982, pp. 471-532.

(22) PEÑA, p. 852.

(23) PEÑA, nota 11, pp. 852 y s.

(24) Cfr. nuestros *Apuntes* I, 2.^a, A.D.C. IV-II, pp. 430 y s., o separata, pp. 14 y s.

(25) Jerónimo GONZÁLEZ, loc. cit., p. 241.

padres y abuelos, *sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio*, no podían separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes de su misma sucesión». Lo cual —a su juicio— muestra «el desvanecimiento de la tradición germánica desde el primer siglo de la invasión», y que la legítima gótica no tenía el carácter sustantivo y positivo de atribución legal de la *reserva germánica*, sino el negativo de limitación, mayor o menor, de la libertad *ius disponendi mortis causa* de la legítima romana.

Las disposiciones del Fuero Real de Alfonso el Sabio 3, 5, 9; 3, 6, 1; 3, 6, 3; 3, 12, 7 y 4, 22, 1, pueden leerse con lentes germanistas o románicas, y, en ese segundo caso, sus disposiciones tienen un sentido cuantitativo. Aquella lectura es la que hace Peña, pero no es la que efectuó, con mucha menor distancia cronológica de la ley, su principal comentarista, Alonso Díaz de Montalvo, en sus glosas, que serían utilizadas de modo usual así por profesores como por prácticos del derecho, que leían el Fuero junto con ellas. Estas reafirman que la legítima había de deferirla el causante a título de institución (26); que todo padre que tuviere hijos de bendición debía dejarles la herencia al menos en su porción legítima —«*debetur patris hereditas ad minus legitima portio*» (27)—; y, en fin, para los casos en que el testador o el donante privara a hijos y nietos de todo de parte de la legítima o se la gravara, se remite a los remedios previstos en el derecho romano (28).

La referida ley única, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá de 1348, tan sólo es concebible partiendo de su aplicación a un sistema románico, a fin de corregir el formalismo del requisito de la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento; ya que resultaría incomprendible de existir el *Wartrecht* germánico, con la consiguiente atribución legal de la herencia, *ipso iure*, al fallecer el padre, pues entonces no podría hablarse de dejar a alguien «*en su postrimera voluntad por heredero*», como dice el texto de la ley.

La ley 6 de Toro ordenó: «*Los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha sucedan ex testamento e abintestato a sus descendientes y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes a ellos...*». Es decir, ordena que les sucedan por testamento y abintestato.

Por una mala interpretación de un texto de Antonio Gómez, cree Peña (29) que, en él, *ex* (de, desde, por, a causa de, según, en virtud de) equivale a *contra*. El texto de Gómez (30) dice que la Ley de Toro, «*quae aperte disponit, quod ascendentes succedant descenditibus ex testamento, et ab intestato, sicut e contra*» [es decir, según y contra]:

(26) Cfr. *El Fuero Real de España glosado por el egregio Doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Salamanca, casa de Juen Batista de Terranova, 1569, 3, 5, 9, fol. 127 vto. glosa a.

(27) *Ibid.* 3, 6, 1 fol. 131 vto. glosa a.

(28) *Ibid.* 3, 5, 1, fol. 127 vto., glosa f; 3, 6, 1, fol. 132, gl. c; 3, 6, 3, fol. 134 glos. a y b.

(29) PEÑA, pág. 853, en rel. 869, nota 71.

(30) Antonio GÓMEZ, *Variae Resolutiones iuris Civilis, Communis et Regii*, cap. XI, 36; cfr. ed. Lugduni, 1701, p. 53.

quae verba legis ex testamento necessario debent intelligi [en virtud de testamento de modo necesario debe entenderse], *id est* [esto es, a saber, es decir] *contra testamentum: quia ex testamento, hoc est ex voluntate defuncti, etiam qualibet extraneus institutus admittatur et succederet etiam ante illam legem, et ea non obstante*. Es decir, significaba que por testamento, o sea por voluntad del difunto, los ascendientes, igual que cualquier extraño instituido, serían admitidos y sucederían tanto en presencia de esta ley como no obstante ella; pues, lo que ésta dispone es que deben suceder necesariamente, incluso contra el testamento. Pero, para ese caso, señala Gómez que debían hacerse valer los remedios propios del derecho romano, que él mismo enumera. Los cuales no serían necesarios si se hubiese producido una sucesión *ope legis* a favor de esos herederos forzosos. Forzosos en el sentido de que debían necesariamente serlo, ya sea por testamento, contra testamento o bien sin testamento. Tres posibilidades de las cuales sólo cabría la última en el derecho sucesorio germánico, puesto que el testamento cuando —en un grado ya avanzado de su evolución— fue utilizado, sólo podía emplearse para disponer mandas, mas no para instituir herederos. Por lo cual, de existir tal sistema, no sería preciso impugnar institución de herederos alguna, puesto que no era posible ni tenía lugar.

Las frases «*totum patrimonium patris*» u «*omnia bona... excepta quintis*», no tenían, pues, sino su llano significado cuantitativo. La diferencia entre el sistema romano y el castellano se centraba, por lo tanto, en que la regla general no era en éste la libertad de testar; pero tampoco lo era la vocación forzosa.

Añadamos que la ley 24 de Toro regula los efectos de la preterición —la cual no tendría sentido en el sistema germánico—, excluyendo de la invalidez las mejoras de tercio y de quinto, con lo que seguía el criterio romano de la Novela 115, 3 y de la auténtica. *Ex causa* (31).

2. «En el sistema romano, la institución de heredero era el *caput et fundamentum totius testamentum*». En cambio: «Desde el derecho visigótico nunca fue necesaria la institución de heredero. Por eso cuando el Ordenamiento de Alcalá pone en vigor las Partidas, se cuida de precisar que para la validez del testamento no se requiere institución de heredero» (32).

Parece que Peña no se da cuenta de que esta última afirmación —que le hemos transcrito— contradice su tesis, puesto que reconoce la entrada en vigor de las Partidas como derecho supletorio de los textos autóctonos —tal como se produjo en la práctica y muestran los autores castellanos— siendo así que esos textos no regulaban la naturaleza de la legítima ni su contenido, ni los medios para hacerla valer.

Por otra parte, ya hemos dicho antes que, precisamente, la ley única, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá no significó una reacción

(31) Cfr. nuestro *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, 219, pp. 473 y ss.

(32) PEÑA, p. 855.

germanista frente al derecho romano, sino una desformalización del testamento de acuerdo con la tendencia canonista, entonces en auge (33).

No olvidemos que esta cancelación del principio de la necesidad de la institución de herederos para la validez del testamento si bien está en plena contraposición respecto del derecho romano clásico, prácticamente había dejado ya de estarlo desde que se admitió el valor a la cláusula codicilar, que los autores de derecho común estimaban tácitamente entendida en algunos casos, especialmente en el *testamentum inter liberos et descendentes*. Tampoco debemos olvidar que paralelamente a la referida ley del Ordenamiento de Alcalá, pero con anterioridad cronológica, el derecho tortosino (*Cod. cost.* 6, 4, 2) y el barcelonés (Privilegio de 1339) habían llegado a soluciones parecidas de mantener la validez de los testamentos, aunque no contuvieran institución de herederos ni cláusula codicilar expresa (34). Conforme esas novedades, en dichos testamentos eran válidos los legados (y en Castilla, las mejoras) que debían entregar los herederos *ab intestato*. Así lo entendieron los autores castellanos (35), con la matización de Matienzo que vamos a ver.

Matienzo, en quien especialmente Peña intenta apoyarse, claramente entiende que en ese caso no tiene lugar la sucesión intestada. Pero, tampoco estima que se produzca una vocación legal forzosa, independiente del testamento, sino —muy al contrario— interpreta que, por presunción legal, se entienden instituidos —en el propio testamento— no sólo los descendientes y, en su caso, ascendientes, sino todo aquél que «según derecho y costumbre de la tierra debía de heredar», es decir, a los que correspondería ser herederos legítimos o intestados, por su orden y grado, del testador. Así, con toda claridad, concluye que «*non succedunt ab intestato heredes legitimi sed ex testamento, in quo nullus fuit institutus heres, propter voluntatem, et vocationem tacitan ab hac lege praesumptam*» (36). Es decir, que la ley del Ordenamiento presume que el testador tácitamente los instituyó. ¿Cabe algo que sintonice menos con la legítima germánica?

En cuanto a la pretendida definición de la legítima, que Peña (37) dice, de Larrea, «recogiendo la definición de Angulo», debo precisar que ambos autores, en el lugar de referencia, examinan la amplitud

(33) Cfr. nuestro *Apuntes*, II, § 1, I, a, 1.º, en A.D.C., IV-IV, octubre-diciembre 1951, p. 1369, o separata, p. 138.

(34) Cfr. *Panorama*, vol. I, 35, pp. 88 y ss.

(35) Cfr. *Apuntes* II, § 1, B. b, en A.D.C. IV-IV, pp. 1360, o separata, pp. 129 y ss.

(36) Juan MATIENZO, *Commentaria in librum quintum collectiones legum Hispanae*, lib. 5, tít. 4, gloss. 11, n. 1: ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 82 y vto, que, a continuación, se remite a la glosa anterior, nn. 47 y 56, donde respectivamente dice: «*ergo voluisse coheredem sibi universalem dare eum, qui ab intestato a lege vocatur ad hereditatem quo herede universalem dare eum, qui ab intestato a lege vocatur ad hereditatem quo herede universale instituto clarum est*» (fol. 80 vto.), y que «*non dixit testam. quod hered. legitimus succedat ab intestato, sed quod succedat is qui non factio testamentum a lege vocatur*» (fol. 81).

(37) PEÑA, p. 855, noa 22.

del pacto de no mejorar a una hija que se casa, en relación con la pragmática de Madrid que restringía la cuantía de las dotes. En ese contexto, se trataba de determinar el sentido de la prohibición de mejorar a una hija, por razón de su dote, en el tercio, ni en el quinto ni en parte alguna de ellos. Y ambos autores aclararon que dicha pragmática impedía la atribución a dicha hija, por partes iguales con sus hermanos, de tales cuotas; pues, en ese caso, no se entendía mejorada (38). Es en este contexto que Larrea plantea la distinción: «*Legítima necessaria et voluntaria differencia*» (39), y parte de si es su atribución «*aut patre invito vel eo volente*», es decir, según ésta atribuya la legítima contra su voluntad o sea forzado o bien voluntariamente. Lo cual, ya de por sí solo, deja sin sentido y excluye la interpretación de Peña, que pretende encontrar en el derecho castellano una atribución al legitimario directa de la ley por una delación forzosa, impensada por Larrea.

Este explica así ambos términos de su distinción y, para el segundo supuesto, aún subdistingue:

— «*legítima a patre invito* [forzado o contra su voluntad] *est, quae extractio tertio, et quinto a reliquis bonis tangit* [tocan, corresponden] *aequaliter cuique filiorum, cum pater possit tertium uni adimere et alii dari* [quitar a uno y dar a otro]». Aquí el planteamiento no es el de una delación forzosa con facultad de distribuir, mejorando, sino el negativo del freno o de limitación de la facultad de disponer.

— «*legítima a patre volente est pars aequalia cum aliis ex omnibus bonis, nam cum patre non compellatur disponere de tertio et quinto nullo melioratio*». Es decir, siendo legítima voluntaria la parte de tercio y quinto que no la empleara en mejorar, el padre podía disponer por partes iguales entre sus hijos incluida la dotada de todos sus bienes, incluso tercio y quinto.

— «*vel patre intestato defuncto, omnia bona sunt legítima filiorum et eis lege aequaliter deferuntur, 1. inter filios, C. famil. ercis...*». La cita de textos romanos disipan toda duda, si alguna cupiere aún, de que Larrea no tenía en la mente —si es que la conocía— la legítima germánica —a través de cuya concepción todo lo projuzga Peña—, sino que, sencillamente, se refería a la sucesión intestada.

3. «En el sistema romano, la porción legítima se concibe como *pars bonorum*», por lo cual, los legitimarios «no sucedían en las deudas, ni respondían, por tanto, directamente frente a los acreedores del causante». En cambio, en el derecho de Castilla, según la doctrina, «se piensa, sin hacer excepción con los que son herederos por la Ley, que el que los herederos respondan o no *ultra vires* depende, como era general entender en derecho común, de que se haga o no debidamente el inventario» (40).

(38) Andrea de ANGULO, *Commentaria ad leges regias meliorationum*, Madrid, 1585, lex 6, flos. 1, fol. 146 y ss.

(39) Juan Bautista LARREA, *Novarum Decisionum Sacri Regii Senatus Granatensis*, Disp. XXXVI, 18; cfr. ed. Lugduni, 1679, pp. 307 y s.

(40) PEÑA, pp. 35 y s.

Vemos entremezcladas en estas frases, tanto respecto del derecho romano como del castellano, tres cuestiones diferentes.

Una, si la legítima, como porción material mínima de la que no puede privarse a ningún hijo, era *pars hereditatis* o *pars bonorum*. Cuestión enturbiada por el deber de instituirles herederos dimanante de la novela 115 de Justiniano, pero que se planteaba cuando el hijo, no instituido heredero pero beneficiado por donación o legado, ejercitaba la acción de suplemento y no la querella *inofficiosi testamenti*, o si un legitimario, aún no habiendo sido beneficiado en modo alguno, sólo reclamaba, sin querellarse, el mínimo al que tenía derecho.

Otra, la responsabilidad del legitimario que —aunque la legítima, como porción mínima a la que se tenía derecho *per se*, objetivamente fuera *pars bonorum* —dependía del título por el cual la recibiera, sea como heredero o bien como legatario.

Y, tercera, la de la responsabilidad de los herederos —forzosos o voluntarios— por las deudas del causante, o de la herencia, y por los legados dispuestos por el testador.

Vamos a distinguirlas, para analizar bien la tesis de nuestro amigo.

a) La primera cuestión, es decir, la referente a la naturaleza de *pars bonorum* de la legítima cuando podía abstraerse del deber de instituir heredero al legitimario —como, en general, se entendía si era atribuida por institución en cosa cierta concurriendo un heredero *ex asse*—, creo haberla explicado clara y repetidamente (41), y mostrado que la opinión común de los autores dio a esa calificación una respuesta afirmativa. Peña reconoce que yo mismo había señalado como opiniones excepcionales las de Vázquez de Menchaca, Matienzo y Parladoiro (también señalé la de Sarmiento) (42).

Pero, he de hacer notar que tampoco estos autores entendieron la legítima castellana al modo germánico —como porción deferida por vocación legal—, aunque no distinguieran —en contra del parecer de la mayoría de los autores de derecho común— la necesidad de instituir herederos a los legitimarios y la naturaleza de la legítima en el caso de que la admitiese a título distinto quien tuviera derecho a ella. Es decir, partían —sin hacer tal distinción— del deber de instituir herederos a los hijos y descendientes para no incidir en preterición, conforme la Novela 115, aunque lo reforzaran argumentalmente con la consideración de que, en Castilla, la legítima cuantitativamente abarcaba toda la herencia excepto el quinto.

Precisamente Vázquez de Menchaca defiende igual solución también para el derecho romano. Respecto de éste dice que, si bien la común opinión de los autores entiende que se trata de una *quota bonorum* y no *hereditatis*, él opina lo contrario, o sea que es *quota here-*

(41) *Notas críticas a la pretendida distinción entre ...* 19, b; cfr. en A.D.C. XVIII-I, pp. 72 y ss.; *Estudios de derecho...* III, pp. 141 y ss.; *Las Legítimas*, I, cap. IV, I 6, 6 y 7, pp. 195 y ss.; *Panorama...* 247, p. 544 y 249, pp. 346 y ss.

(42) Cfr. *Notas críticas...*, notas 196, 197 y 198, A.D.C., cit., p. 74 y *Estudios*, p. 243.

ditatis, «regulariter», basándose fundamentalmente en que la legítima «est relinquenda título institutionis» (43); pues, en el derecho justinianeo la legítima «tenetur oportere legitiman relinqui título honorabili institutionis» (44); porque en la expresión *honorum* es comprendida *hereditatis* (45); porque no se puede aceptar la legítima y repudiar la herencia (claro que ahí sólo se refiere al caso de estar aquélla embebida en la *institución*), y porque el hijo instituido en cosa cierta no sólo recibe el honor del título sino que de no aceptar sus coherederos, se entendería heredero universal (46). Claro que el *quid* de la cuestión que el jurista pinciano elude, surge en el caso de que se produzca la aceptación de herederos *ex ase*: si éstos son herederos, el instituido en cosa cierta resulta ser mero legatario de esta cosa cierta, y no es heredero.

Respecto del derecho castellano, Vázquez de Menchaca se apoya en el Fuero Juzgo 3, 5, 9, para dictaminar que también es necesario (*oportet*) deferir la legítima *honorabili título institutionis*. La ley única, tít. 18 del Ordenamiento de Alcalá, la entiende en el sentido de que, faltando en el testamento la institución de heredero, tiene lugar la sucesión intestada por la cual la legítima también se cubre a título de herencia (47). Nota que si la legítima se deja por legado, y el testamento contiene la cláusula *ut testamentum valeret eo meliori modo quo posset*, se entiende deferida a título de institución; y que, en caso de que contuviese cláusula codicilar, vale el testamento en que se dejase la legítima a título de legado —sin hacer otra aclaración.

Pero, al concluir, señala veinticuatro supuestos que limitaban esa regla general, cupiendo en ellos dejar la legítima por título distinto del de institución y aún, al final de la limitación 22 —cuando por utilidad del hijo no se le dejara a título de institución— añade que otras varias limitaciones y extensiones pueden colegirse en las cuestiones discutidas por él antes y en las subsiguientes (48).

Y, entre ellas, más arriba contempla el caso de que el hijo hubiese recibido —y, por ende, aceptado— la legítima por derecho de legado o bien en cosa cierta de menos valor que su legítima corta; y dice que, en ese caso, el suplemento al que tiene derecho, le corresponde en la misma forma, es decir a título singular, por lo cual —así como en caso de serle debida a título de heredero sólo a los demás herederos puede reclamarla y no a los legatarios— y en cambio, en ese segundo caso, de no satisfacerse a los herederos, puede accionar contra los legatarios (49). También advierte que, conforme la Partida 6, 8, 5, si el

(43) Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successio[n]um creatione, progressu et resolutione tractatus*. Prima partís, Lib. II, § XXX, 44, cfr. ed. Venecia, 1573, pp. 458 y s.

(44) *Ibid.*, 233, p. 463.

(45) *Ibid.*, 212, p. 259.

(46) *Ibid.*, 212, pp. 459 y s. y 235, p. 436, p. 464.

(47) *Ibid.*, 241 y ss., pp. 465 y s.

(48) *Ibid.*, 247, 248 y 251, p. 466, y 260 y ss., p. 467 y ss.

(49) *Ibid.*, lib. I, § X, n. 393, vers. *Unde portionis*, en rel. vers. *Ergo cum inter*, p. 211.

hijo rescibiese [«aquella parte que le era mandada», es decir, legada, sin ser instituido heredero] «e no protestasse, que le fincasse en salvo la querella que auia del tal testamento, non podría despues quebrantarlo». Por lo cual «querella opus esse rescindendum illud testamentus, quod erat mero iure firmum», modificándose el derecho romano antiguo que en caso de preterición, estimaba nulo el testamento y no tan solamente rescindible; y, en consecuencia «para tal hijo la preterición no es válida omnímodamente», pues «la querella se entiende que subyace, aunque a título singular (*iure singulari*) recibiese íntegramente la legítima». Es decir, el hijo podía ejercitar la *querella* o bien aceptar lo legado y, en su caso, ejercitar la *actio ad supplementum*, en cuyo caso no recibía, aquélla ni éste, como heredero (50).

En cuanto a Matienzo (51), éste al concluir la misma glosa en la cual dice que siempre la plació el referido criterio de Vázquez de Menchaca, añade que siempre vió practicar en la Real Cancillería de Valladolid que «el hijo a quien le fue dejado algo por cualquier título, no impugnara el testamento, sino que accediera al suplemento de legítima, conforme las l. *omnimodo* y l. *scimus*, § *repletionem*, C. de *inoff. testamen.* e, incluso, si no reclamaba el suplemento, era visto que los senadores reales pronunciaran, así, que se le complementara la legítima». Es decir, se resolvía de ese modo, aún sin título de heredero y por medios de derecho romano.

El argumento final de Sarmiento (52), es que, «como en alguna parte deben ser instituidos los hijos, es decir de herencia no de bienes, y así el instituido en la parte legítima es heredero, por el contrario si es instituido en una cuota de bienes es preterido como lo es el designado legatario: luego la legítima, siendo debida a título de institución, es cuota de herencia aunque ciertamente donde sea posible el título de legado es cuota de bienes».

Parladorio (53), para sostener que la legítima es *pars hereditatis*, busca el argumento en el significado de las palabras según textos de derecho romano, como la l. *quoties*, Cod. de *hereder institut.* y glosas a la l. *ex facto*, § 2, ff. de *hered. institut, si quis servum* y *si qui certam*, ff. de *legat 2*; en que el derecho antiguo se refería en sentido equivalente a partes *bonorum* y a partes *assis*, y en que los preceptos del derecho real, al señalar que la legítima es toda la herencia excepto el quinto, daban con ello a entender que estaba determinada en todo el *as*, excepto el quinto.

En suma, tampoco vemos que esos poquísimos autores mencionables como sustentadores de la tesis de que la legítima, *per se*, era *pars*

(50) *Ibid.*, § X, nn. 400 y ss., pp. 212 y s.

(51) MATIENZO, loc. cit., gl. 10, 66, p. 82.

(52) FRANCISCO SARMIENTO, *Interpretationem selectarum*, lib. VIII, «Ex Si cui certam cuml. sequenti [de la Si quis servum tit. De legatis secundo], n. 18, vers. *sed haec opininio nihi numquam placuit*; ed. Antverpiae 1616, p. 147.

(53) JUAN YAÑEZ PARLADORIO, *Quotidianorum differentiarum sesqui-centuria*, dif. 146, 7 a 10; cfr. *Opera omnia*, nova ed. Collomiae Alloverum 1761, p. 384.

hereditatis, justifiquen, en modo alguno la tesis de Peña, sino que, por el contrario, incluso los autores por él invocados muestran que era para ellos impensable y que partían de conceptos y textos romanos.

b) Peña (54) había ya tratado, hace años, el problema de la responsabilidad de los herederos —voluntarios o forzosos— en el derecho de Castilla, con un criterio discrepante de la opinión más generalizada y, muy específicamente, de lo expuesto por Gregorio López. Sus argumentos parten, por un lado, de su presupuesto del origen germánico del sistema hereditario castellano, por lo cual estima que lo normal sería la responsabilidad limitada —frente al régimen que arranca de la introducción del sistema romano, en el cual el beneficio de inventario es el medio de evitar la responsabilidad *ultra vires* del heredero—; y, por otro lado, invoca la práctica del *ius commune* restrictiva de los requisitos del inventario (55).

Esta cuestión, en sí misma, es ajena al tema debatido; aunque —de resolverse conforme el criterio de Peña— podría servir a fin de que los legitimarios que no reciben sino su legítima estricta, pero a título de herencia, salvarán su desventaja respecto de quienes la obtuviesen a título singular. Pero lo cierto es que reconoce, el propio Peña, que los autores y la jurisprudencia anterior al Código se habían pronunciado reiteradamente por la responsabilidad *ultra vires* de los legitimarios instituidos herederos tanto por el pago de deudas del causante cuanto incluso por legados (56).

c) En derecho castellano se dio esa diferente responsabilidad, según la legítima se recibiera como heredero o como legatario, y así lo vemos claramente resuelto por varios de sus más ilustres autores.

Rodrigo Suárez, refiriéndose a los supuestos en que un hijo recibiera la legítima por una institución en cosa cierta, en concurrencia con herederos universales, o en que se le dejara en *quota bonorum* y no en *quota hereditatis* —supuestos en los cuales sus efectos prácticos eran los propios de los legados— indica que en ellos el legitimario no responde de las obligaciones contraídas por el causante (57). En cambio, el instituido heredero sólo en su legítima sí que estaba sujeto a las obligaciones contraídas por su padre. Por ello, ni siquiera podía impugnar las enajenaciones que hubiera hecho su padre y causante de

(54) Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, I.N.E.J. 1967, cap. II, pp. 31 y ss.

(55) Cfr. nuestras observaciones, en *Panorama...* II, 231, pp. 483 y s.

(56) PEÑA, nota 25, pp. 856 y s.

(57) Rodrigo SUÁREZ, *Repetitionis Legis «quoniam in prioribus», C. de inoffic. testamento*, ampl. VII, nn. 12, 13 y 14; cfr., en *Opera Omnia*, Duaci 1614, pp. 400 y s., donde distingue: «quando filius institutus esset in quota hereditatis quia tunc descendit in ipsum proporcionabiliter obligatio defuncti tanquam in heredem utilitem»; «sed sibi filius est institutus in re certa, seu in quota bonorum, secus esset: cum non descendat tunc in ipsum obligatio defuncti, tanquam in heredem (...) cum legitima dicatur deducto aere alieno» (n. 12 in fine); y explica que la responsabilidad por los actos del causante tiene lugar, «quando habet lucrum iure hereditariae successionis: secus si iure particularis legati alias semper legatum censetur relictum animo compensandi» (n. 13, in fine).

los bienes del propio hijo por él administrados, aun cuando, en caso de haberse efectuado el inventario, la responsabilidad por evicción se circunscribiría a cuanto excediera de su legítima, computada con deducción —como parte del pasivo— de la consiguiente obligación de saneamiento (58).

El doctor Luis de Molina Morales (59), en igual sentido, también se refiere a los supuestos en los cuales el hijo no recibe la legítima como heredero; y hace notar que, en ellos, no se le transmiten las acciones que, activa o pasivamente, correspondieron al causante.

4. «La doctrina romanista de la posible exención de responsabilidad de las deudas, de la cual gozaría el legitimario, *se convenía muy poco con lo establecido en la ley 21 de Toro* sobre responsabilidad de los hijos por deudas de su padre», la cual «descubría que en la concepción castellana no sólo que la legítima fuera *pars hereditatis*, sino que *el todo de la herencia* (incluida la mejora de tercio y quinto) era legítima»; por lo cual «la mejora del tercio e incluso del quinto, cuando se hacían como era ordinario a título singular, no tenían la consideración de meros legados», ya que «la mejora como disposición del testador *que se movía en el ámbito de la legítima*, no podía equipararse ni siquiera a los efectos entre descendientes, a un simple legado (o prelegado)» (60).

En toda esta línea expositiva —que hemos extractado— y en las citas subsiguientes, Peña, reúne expresiones legales y fragmentos textuales de varios autores y los ordena según su propia línea de razonamiento, que no es la de la ley 21 de Toro ni la de sus comentaristas que cita; pues, todos ellos, enmarcan dicha ley en el trasfondo del *ius commune* —con evidentes diferencias de criterio naturalmente— y no en el de un olvidado derecho germánico, al que retorna Peña, para explicarlo todo, pero a contrapelo de la mente de esa ley de Toro y de sus comentaristas.

Para ordenar esas ideas, en las que él entremezcla cuestiones distintas, examinaremos, sucesivamente, el sentido de la ley 21 de Toro, primero, y la naturaleza de las mejoras según las entendieron sus comentaristas.

La ley 21 de Toro dice así: «*Mandamos que el fijo o otro cualquier descendiente legítimo mejorado en tercio o quinto de los bienes de su padre, o madre o avuelos, que puedan si quisieren, repudiar la herencia de su padre e madre e avuelos, e aceptar la dicha mejoría. Con tanto que sean primero pagadas las debdas del defuncto, e sacadas por rata de dicha mejoría, como si fuesen herederos en dicha mejoría de*

(58) *Ibid.*, 11, p. 400.

(59) Luis de MOLINA, *De primigeniorum hispanorum origine ac natura*, lib. IV, cap. I, 27, cfr. ed. Lugdani, 1749, p. 574, también distingue «*quando filius in quota hereditatis institutus est, secus autem quando in quota bonorum seu legitima, tanquam quota bonorum, vel in re certa institutus est dato coherede universali. Cum enim in eo casu iure hereditario non succedat, nec actiones activae, nec passivae in illud pertranseat...*».

(60) PEÑA, pp. 858 y s.

tercio e quinto. Lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejora sea en cosa cierta, o en cierta parte de sus bienes».

Veamos, ante todo, lo que acerca del significado de esta ley dice Palacios Ruvios, «uno de los autores de las leyes de Toro», «de acuerdo» con quién «fueron más los autores de derecho castellano» que opinaron —según destaca Peña, de quien son los entrecomillados—. La lectura de los comentarios a esta ley 21 de Toro, basta para percatarse de que la explican de conformidad con textos de derecho romano y de autores de derecho común, de forma tal que resulta flagelante para cualquier tesis que propugne otra cosa. Una interpretación germanizante, sin duda, les parecería totalmente extravagante para el derecho que ellos vivían, conocían y explicaban (61).

La ley 21 —dice Palacios Ruvios— permite repudiar la herencia y aceptar la mejora, «en cuyo caso toda cosa prelegada se consigue por derecho de legado (*iure legati*) del coheredero, a quien acrece la porción repudiada de la herencia con su carga del prelegado» (y cita la glosa de Paulo de Castro a la ley *qui filiabus*, y a la l. *filio patre* y sig., ff. *de leg.* I) «a no ser que el testador quisiera otra cosa o quisiese el prelegado como parte de la herencia» (62), o «si el prelegado se hubiese hecho bajo la condición de ser heredero y no en otro caso» (citando la ley *Sed non alias*, ff. *de legat* I) (63). Asimismo, indica que si el hijo o nieto prelegatario fuera el único heredero, no tenía esa posibilidad, por no haber lugar en ese caso al prelegado, en derecho común, ni en el derecho dimanante de la ley 21 de Toro, pues no cabe mejorar al hijo único, que por tanto recibe el tercio como legítima (64).

La utilidad, en derecho común, de que el hijo aceptara el legado y renunciase la herencia radicaba en que, en ese caso, no respondía de las deudas de la herencia, pues toda *pars bonorum* se entendía «*deducto aere alieno*». Pero, no resultaba así en caso de estimarse, por las palabras expresas del testador o bien por su interpretación, que su intención era la de legar una *pars hereditatis* (65). Ni tampoco se obtenía dicha utilidad, en los fideicomisos de herencia, en los cuales se transmitían las deudas *pro partibus* a los fideicomisarios.

Pues bien, a juicio de Palacios Ruvios, la ley 21 de Toro, para caso de repudiación, hace equivalentes *quota bonorum* y *quota hereditatis* (66). Y, por eso, entiende que el legatario del tercio, al renunciar a la herencia y recibir su legado del heredero o de los herederos, lo obtiene como «fideicomisario universal» —no particular—, y que las diferencias verbales son salvadas tanto si el testador emplea «*nomen bonorum*» como «*nomen hereditatis*», según había entendido Paulo de Castro (67) en el supuesto por él examinado. Pero esta asimilación

(61) Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS: *Glossemata: legum Tauri quas culgo de Toro appellat omnibus...*, ley 21; cfr. ed. Salamanca, 1542, fols. 58 y ss.

(62) *Ibid.*, 10, fol. 58 vto.

(63) *Ibid.*, 12, fol. 59.

(64) *Ibid.*, 14.

(65) *Ibid.*, 16, 17 y 18, f. 59 y vto.

(66) *Ibid.*, 18 y 19 vto.

(67) *Ibid.*, 26, fol. 60.

a los herederos, dice expresamente que se circunscribía a la responsabilidad por las deudas de la herencia; pero no a otra cosa, como sería responder de la satisfacción de los legados ordenados con cargo al quinto (68). E, incluso, respecto de la extensión de la ley a las mejoras «en cosa cierta o en cierta parte de sus bienes», señala varios supuestos, planteados en derecho común, en los que Bartolo, interpretando los textos del Digesto que cita, había llegado a idéntica solución que la ley 21 de Toro (69).

Interpolemos que, en ese punto, fueron más restrictivos Azevedo y Del Castillo Sotomayor; pues, entendieron que esta ley 21 sólo se refirió a la mejora de cuota con determinación —para su pago— de cosa cierta, pero no a la mejora dispuesta directamente en cosa cierta (70).

Incluso tratándose de donaciones en concepto de mejora, explica Palacios Ruvios, la aplicación de esa ley tanto si se tratara de una donación *mortis causa*, como de una donación dispuesta *inter vivos* pero en concepto de mejora; ya que, «si a la donación entre vivos se le añadiere algo contra la substancia de las donaciones entre vivos, vemos que no se estaría en donación de la propia especie», conforme la ley *ita donat*, ff. *de dona causa mortis* y el comentario de Francisco Aretino a la l. *heredes palam* § fi., ff. *de testa* (71).

Por lo tanto, la opinión de este ilustre jurista, partícipe en la redacción de las leyes de Toro, no contrasta con la explicación que Gregorio López (72) daría de esa ley 21, en el sentido de que su razón, tal vez, estuviese en que, abarcando la legítima de los hijos —como cuantitativamente sucedía— todos los bienes excepto el quinto «podrían aquellos salir perjudicados en su derecho, si el legatario o donatario tuviese su parte libre de gravamen de las deudas, las que bajo este supuesto deberían ser pagadas por los hijos, dado que antes de pagarse la legítima cobran los acreedores». Razón que consideró análoga a la señalada, para diversos supuestos, en decisiones de autores de derecho común, de las cuales cree que no se separa la indicada ley de Toro, como —dice— creyó equívocadamente uno de sus intérpretes (73).

Advirtamos que ninguno de estos autores citados —ni ningún otro

(68) *Ibid.*, 27, 28, fol. 60 vto.

(69) *Ibid.*, 29 y 360.

(70) Alphonso de AZEVEDO, *Commentarii Iuris Civilis in Hispania Regias Constitutiones*, lib. V, tít. VI, I. V, I, vers. «La dicha mejora sea en cosa cierta»; cfr. ed. Lugduni, 1737, vol. III, p. 173; y Juan del CASTILLO SOTOMAYOR, *De conieturis interpretationis ultimarum voluntatem*, cap. 169, 19, vers. *in altero autem*, cfr. ed. Collomae Allobrogum, 1752, p. 445.

(71) PALACIOS RUVIOS, ley cit., 24 y 25, fol. 60.

(72) Gregorio LÓPEZ, glosa 1.^a a la Partida 6, 9, 2; cfr. en la ed. Barcelona, 1843, vol. III, p. 577, a la que hemos seguido en su traducción de esa glosa y de las otras de que haremos transcripciones.

(73) Pensamos que se refiere a Miguel DE CIFUENTES, *Glosa a las leyes de Toro*, I. 21, 2, ed. Medina del Campo, 1555, fol. 24, vers. «*per quod corrigitur*», aunque sólo se refiere a la l. *si quis servum*, § *Si cum*, y l. s., ff. *de legat 2*; l. *ex facto*, *einde suo*, ff. *de her instit*; l. *si hereditatem*, ff. *manda*, y l. *si certum poté*, *Cod.*

que conozcamos— examinó esta ley —en contra de lo que piensa Peña— fuera del contexto del derecho común. Discutían si corregía o no algunos preceptos o interpretaciones del mismo, o si se adaptaba más o menos a ellos (74). Nunca les pasó por la mente que la razón del cambio fuera debida a que el derecho castellano estuviese en la órbita de la delación legal propia del derecho sucesorio germánico.

1) Veamos, pues, cuál fue la posición de los autores de derecho castellano acerca de si la ley 21 de Toro era o no correctoria de los preceptos del derecho común, y, de serlo, en qué medida. Para mayor claridad voy a esbozar la siguiente clasificación.

1) El doctor Luis de Molina (75) consideró que, según dicha ley, si bien el mejorado renunciante de la herencia estaba frente al heredero obligado a satisfacer las deudas de la herencia a prorrata de su mejora, no podía ser demandado por los acreedores. Esta opinión la basó en su interpretación de las palabras «*como si fueran herederos en la dicha mejoría*», entendiéndolo que la expresión «como si fueran herederos» quedaba circunscrita por las siguientes palabras, «en la dicha mejoría», o sea en una cuota de bienes —*pars bonorum*— y no de herencia. Por lo cual, rotundamente, concluía: «*ut constat legem illam in hoc non voluisse corrigere quae iuris communi statuta erat, sed illius in omnibus sequi*», es decir, que en todo seguía al derecho común.

2) Juan del Castillo Sotomayor (76), también repetiría, «*legem illam non corrigere iure communia nec in casu speciali*», y siguió la interpretación del Dr. Molina, excepto en cuanto a las deudas aparecidas mucho tiempo después de dividida la herencia, respecto de las cuales —con apoyo del derecho romano— estimó que los acreedores podían demandar directamente al mejorado repudiante de la herencia.

3) Covarrubias (77), entendía que «*non multum differt veteris iuris Romanorum legibus*», explicando que, según ese derecho, cuando el heredero y un legatario recibieran *pro parte* un legado, ambos se lo dividían una vez que «*deris alienis solutus fuisset*», o sea después de pagado lo adeudado a pro rata de la participación que cada uno recibiera del mismo.

4) Pero, en general, los demás autores entendieron que la expresión «*como si fueran herederos*» permitía a los acreedores accionar directamente contra dichos mejorados, reclamándoles el montante de su responsabilidad, a prorrata del valor de su mejora. Pero no coincidieron en su apreciación de si, en ello, era corregido el derecho común.

(74) PEÑA se guía por la breve referencia a que las distintas posiciones hace IBÁÑEZ DE FARIA (*Additiones observationes et notae ad libros Variarum Resolutionum* de Covarrubias, ad. lib. II, cap. II, 14, cfr. 5.ª ed. Coloniae Allobrogum, 1728, p. 147), que naturalmente no analiza las razones ni su contexto de las obras que cita ni siquiera su clasificación es correcta ni aun *grosso modo*.

(75) Luis de MOLINA, *De primogeniorum* I, X, 14, cers. *Nec obstat*, pág. 98.

(76) DEL CASTILLO SOTOMAYOR, op. y cap. cit., 27 y 29, pp. 439 y s.

(77) DIDACUS COVARRUBIAS a LEIVA, *Variaum ex iure Pontificio et Caesareo Resolutionum*, lib. II, cap. II, 2, *explicat. secundi*; cfr. *Omnia Opera*, Lugduni, 1586, vol. I, p. 263 *in fine* y s.

α) Cifuentes (78) enunció varias leyes romanas que estimaba corregidas por la 21 de Toro. Velázquez de Avendaño (79) la estimó correctoria, en cuanto permitía que los acreedores demandasen a los mejorados a prorrata de su participación en el haber, aunque éstos hubieran repudiado la herencia. Rodrigo Suárez (80) indica «*qua lex [21 Tauri] corrigit in aliquo l. 1, Cod., si cer. petat.*» —es decir sólo «en algo» a ese texto—, que, en cambio, Azevedo (81) entendió que no era corregido por ella.

β) Parladorio (82), aludiendo a los autores que entendían corregido el derecho común por esa ley, les replica: «con nuestra interpretación (83), *quae verissima est*, estas leyes Regias exactamente convienen y cuadran con las leyes del derecho común que disponen sobre parte de bienes, porque, como dijimos, la mejora de tercio y quinto es *pars hereditatis* y no *pars bonorum*».

γ) Pedro de Peralta (84), Tello Fernández (85), Matienzo (86), Andrés Angulo (87), García de Saavedra (88) entendieron que, en el caso de que el mejorado repudiase la herencia aceptando la mejora, la ley resultaba correctoria del derecho común, según el cual, en los legados de cuota de bienes, si bien «debían deducirse» las deudas que aparecieran después, los acreedores sólo podían reclamarlas de los herederos, aunque éstos luego pudieran exigir la parte correspondiente a dichos legatarios —«*Et in hoc ius commune immutatur*», dice Matienzo, pero en nada más. Por eso, precisa Peralta, la ley *cum autem* no es innovada por la ley 21 de Toro, y sí, únicamente, la ley 1, Cod., *Si cert. petat*. La ratio de que se impusiera esa responsabilidad fue «*ex fraude praesumptione*»; por lo cual, «*ne ex sua repudiatione dolosa utilitatem coptat*», «*quasi lex velit coercere huius modi dolus*» —explica García de Saavedra. Según Gregorio López —como hemos visto— su fin era proteger al hijo heredero no mejorado. En cambio, Tello cree que «*favore creditorum principaliter emanavit haec lex*», si bien reconoce que secundariamente favorecía a los herederos, en tanto obligados por su aceptación, a los acreedores.

δ) En cambio, como ya hemos visto antes (89), Palacis Ruvios concordó esta misma interpretación con el derecho común, aplicando

(78) Cfr. *supra* nota 73.

(79) Ludovico VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, *Legum Taurinarum a Ferdinando et Ioana. Hispaniorum regibus... utilissima glossa*, § 21, glos. 1, 9; cfr. ed. Toledo, 1588, p. 45.

(80) Rodrigo SUÁREZ, loc. cit. 8, p. 399.

(81) AZEVEDO, op. y vol. cit. l. V, *Tauri* 21, n. 1, pp. 172 y s.

(82) PARLADORIO, diff. cit., 12, p. 384.

(83) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 53.

(84) Petrus de PERALTA, *Commentaria in titul. ff. de legatis secundo*, l. *Cum autem* 14; cfr. ed. Salamanca, 1563, p. 133.

(85) Tello FERNÁNDEZ, *Constitutionum Tauri, utilis interpretatio*, l. 20, nn. 3 y 4; cfr. ed. Granada, 1566, fols. 174 vto. y s.

(86) MATIENZO, op. cit., lib. 5, tít. 6, l. 5, gloss. II,3, y gloss. III, fol. 150, vto.

(87) A. ANGULO, op. cit. l. 5, gl. 5, 1, fol. 133 vto. gl. 6, fol. 136.

(88) Juan GARCÍA DE SAAVEDRA, *De expensis et meliorationibus, commentarius*, cap. XVI, 8; ed. Amsterdam, 1668, pp. 540 y s.

(89) Cfr. *supra* texto correspondiente a la nota 67.

una solución de Paulo de Castro, conforme la cual, entendía analógicamente que el mejorado renunciante recibía del heredero su parte como fideicomisario de cuota de herencia, y no como legatario de cuota de bienes. Muy semejante fueron las posiciones de Pedro de Peralta (90) y Antonio Gómez (91).

En el siglo anterior al Código civil, las opiniones se hallaban, más o menos, de igual modo divididas en esta cuestión.

Benito Gutiérrez Fernández (92) señaló que la ley 21 de Toro se separó *en parte* del derecho romano, es decir, en cuanto «deja obligado al mejorado a responder y pagar las deudas correspondientes a su mejora como si fuese heredero», asimilándolo «en el todo, iguala la condición de heredero y mejorado en cuanto uno y otro pueden ser reconvencidos directamente por los acreedores para pago de deudas».

Llamas y Molina (93), años antes, había estimado: «Ni es absolutamente contrario a las disposiciones del derecho civil [es decir, el romano] el que los legatarios quedasen directamente obligados a responder a los acreedores hereditarios por las deudas que después aparecieren». En apoyo de ello, cita la ley 22, ff., *de cond ind.*, referente a las deudas aparecidas mucho tiempo después de entregados los legados, que Cuyacio interpretó entendiendo que los acreedores tenían acción útil contra los legatarios; y la 22. *Cod.*, *de iure deliberandi*, que, si el heredero no hubiese recibido sino la cuarta parte de la herencia, da acción a los acreedores contra los legatarios por la parte que proporcionalmente les toque, como igualmente previene la Partida, 6, 6, 7.

A fines del siglo XVIII, Alvarez Posadilla (94) atendiendo a la expresión de que responderán los mejorados «como si fuesen herederos», observaba que, con ella, «da a entender bastante que no lo son», y señaló que la diferencia entre una y otra responsabilidad, consiste en que el heredero, «como le sucede en todo al difunto debe pagar (a no ser que acepte con el beneficio de inventario) todas las deudas, aunque el caudal no alcance: pero el mejorado, como si fuese legatario, aunque deba pagar por esta ley a modo de heredero a prorrata, no es obligado a pagarlas en más y mayor cantidad que lo que alcance la mejora».

Añadamos que, tanto Llamas y Molina (95) como Gutiérrez Fernández (96), entienden que la ley 21 es aplicable a la mejora de cuota con determinación de cosa cierta, pero no a la mejora de cosa cierta propiamente dicha.

(90) PERALTA, loc. cit., nota.

(91) ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, l. XXI, cfr. ed. Salamanca, 1595, fol. 74 vto.

(92) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, lib. III, cap. V, sec. II, § II, ley 5 (21 de Toro); cfr. ed. Madrid, 1863, vol. III, p. 514.

(93) SANCHO LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, ley 21, nn. 14 y ss.; cfr. ed. Madrid, 1833, vol. I, pp. 380 y s.

(94) JUAN ALVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las leyes de Toro*, ley XXI, cfr. ed. Madrid, 1796, p. 142.

(95) LLAMAS Y MOLINA, loc. cit.; nn. 23 y s., p. 383.

(96) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 515.

Es, en especial, importante hacer notar que esa regla de la ley 21 sólo era aplicable cuando el mejorado repudiaba la herencia mas no en caso de aceptarla. Así lo mostró Pedro de Peralta (97) —«*solum innovetur per eandem l. 21 quando praelegatarius repudiat institutionem: non autem ubi retinet utrumque*» —y, citándole, lo resaltó Angulo (98)— «*legem hanc solum procedere in casu quo loquitur: scilicet quando institutus melioratus repudiavit hereditatem, acceptata melioratione: non tamen procedere, quando utrumque accepit, nam tunc pro rata solum portionis hereditariae et non pro emolumentum meliorationis cumulo conveniri poterit a creditoribus*»; y «*extra casus legis nullus legatarius quotae bonorum potest pro debitis postea emergentibus a creditoribus convenire*» [lo cual nos parece que no dejaba de tener que matizarse; pues como coheredero aceptante sí podía ser demandado por ellos]; y, en igual sentido, escribió García de Saavedra (99). No obstante, Angulo exceptuaba el caso de que la cosa cierta, en relación al valor de la herencia, resultase exorbitante (100).

Tanto menos aún, por consiguiente, no era, sin duda, aplicable esa ley a quien, no impugnando la institución, recibiere un legado en pago de su legítima, ni tampoco al legitimario instituido en cosa cierta concurriendo con herederos *ex asse*.

II) Queda pues, despojada del argumento dimanante de la ley 21 de Toro, la indicada deducción de Peña en el sentido, que él le da, de que «en la concepción castellana, no es sólo que la legítima fuera *pars hereditatis* sino que *el todo de la herencia* (incluida la mejora del tercio y quinto) era legítima». Esa frase contiene la afirmación de que legítima y herencia, incluida la mejora, se identificaban en el derecho de Castilla cuando existían herederos forzosos.

Hay en ella varias involuciones; y, entre las cuales, la de mejora efectiva y el tercio de mejora (101). Vamos, pues, a distinguirlas; y a examinar, primero, si para los clásicos castellanos el tercio de mejora era legítima y en qué sentido.

Diego Castillo (102) ya observó que «*legítima et melioratio tertio et quinto ponuntur ut diversa, ergo non sunt idem. Et diversitas nominem, arguit diversitas effectus*»; y Gaspar Baeza (103), «*quod tertium non sit legítima probatur quod in ea melioratus gravari potest, ut in l. XXVII Tauri*».

Esa no identidad consiste en que la mejora es legítima frente a los extraños, pero no respecto de los hijos, entre sí, ni tampoco a los nietos, aunque éstos no sean herederos forzosos de su abuelo por vivir

(97) PERALTA, loc. cit.

(98) ANGULO, op. cit., y. 5, gl. 7, 2 y 4, f. 135 y vto., gl. 8, 2, fol. 137.

(99) GARCÍA DE SAAVEDRA, loc. cit. En contra se mostró VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, loc. cit.

(100) ANGULO, gl. 8, 3, fol. 136 vto. y s.

(101) Cfr. nuestro estudio *La mejora tácita*, III, 2, c., en An. Ac. Matr. Not., VIII, pp. 20 y ss. o *Estudios de derecho sucesorio*, II, pp. 120 y ss.

(102) Diego CASTILLO, op. cit., l. 21, n. 5, f. 105 vto.

(103) Gaspar BAEZA, *Quo de non meliorandis filiabus dotis ratione loquitur*, cap. IX, 553; cfr. ed. Granada, 1566, fol. 57 vto.

su padre. Claramente lo observó Palacios Ruvios, quien señala que, contra la interpretación que Diego Segura hizo del derecho anterior en el sentido de que no podían mejorarse a los nietos viviendo su padre, la ley 18 de Toro resolvió que, incluso en ese caso, pudiera mejorárseles, y también gravar el tercio a favor de nietos o descendientes de ulterior grado (conforme la ley 27), por todo lo cual, «*non est legitima*» (104); y, por ende, «*parentum quibus libere testandi et disponendi de bonis suis quibus vellint filius, nepotibus et posteris descendantibus datur facultas*» (105). Es decir, los padres tenían plena libertad de testar y disponer del tercio a favor de los hijos, nietos o descendientes de ulterior grado, que quisieren favorecer, aunque éstos no fueran herederos forzosos.

Por eso, la afirmación de Antonio Gómez (106) de que «*melioratio tertio dicitur legitima respectu filiorum, cum extraneo relinqui non possit*», lleva implícito que, según precisa Tello (107), «*non potest dici legitimam respectu quicumque*», en tanto podía mejorarse a nietos y descendientes de ulterior grado, viviendo el de grado más próximo, hijo o nieto del mejorante y abuelo o padre del mejorado.

De ahí la precisión de Covarrubias (108): «*respectu descendantium non est nec censetur legitima nec quinta nec tertia bonorum pars, in qua melioratio fit*»; y de Azevedo (109): el tercio «*inter filios et descendentes non dicitur nec reputatur legitima*» y «*dicentes esse tertium legitimam nam debet intelligi respectu extraneorum non vero descendantium*».

Veamos, ya, lo que opina Matienzo. Ciertamente, en el texto que cita Peña, leemos: «*Meliorationem tertii, partem esse legitima, licet non in omnibus sit legitima*» (110). Sí, es parte de la legítima; pero, no en todo es legítima. Veamos, pues, en qué lo es y en qué no lo es. El mismo lo ha dicho antes (111): Es así que no sólo puede mejorarse a los hijos, sino también a los nietos, incluso si el padre que les precede vive, y que, en ese caso, los nietos, no tienen *ius succedendi*: «*est tamem legitima voluntaria respectu patris, potest siquidem eam uni vel alteri ex filiis vel nepotibus assignari, eos meliorandi*».

Estamos, pues, en la distinción entre *legítima necesaria* y *legítima voluntaria*, que ya encontramos en Antonio Gómez (112): «*legítima necesaria praecise debita filius et descendantibus*». Subrayemos «*praecise debita*», es decir *debida* —es la *portio debita*— «*praecise*», o sea *absolutamente, sin condición*; y «*legítima voluntaria*», «*ut est melioratio tertii bonorum, qua illa potest relinqui nepoti, etiam vivente patri suo*».

(104) PALACIOS RUVIOS, op. cit., ley 18, n. 2, fol. 54 y vto.

(105) *Ibid.*, n. 7, in fine, fol. 55.

(106) ANTONIO GÓMEZ, *Opus... super legibus Tauri*, 23, fol. 88 vto.

(107) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., l. 23, 2 y 3, fol. 187 vto.

(108) COVARRUBIAS, op. cit., lib. I, cap. XIX, 4, cit., p. 249.

(109) AZEBEDO, op. cit. úl. cit., l. 3 (19 *Tauri*), n. 8, p. 160.

(110) MATIENZO, op. cit., l. 7, gl. 2, n. 3 in fine, fol. 154.

(111) *Ibid.* l. 2, gl. 3, n. 2, fol. 146.

(112) GÓMEZ, op. últ. cit., l. 18, 1 in fine, fol 72 vto.

Distinción que también vemos en Ayerve de Ayora (113), quien hace equivalentes *legítima larga*, «*quae est in parte voluntaria*», en cuanto al tercio con el que puede mejorarse; y «*legítima mínima, et necessaria omnium filiorum*», fuera (*ultra*) de los cuales no puede disponerse. Y asimismo la vemos en Larrea (114).

Ya en el siglo XVIII, Pedro Nolasco de Llano (115), dice del tercio de mejora que, para los descendientes, «es legítima electiva entre ellos». Pero, en eso, se queda corto, porque no sólo es electiva entre los hijos, sino que con ella pueda mejorarse a los nietos, hijos de hijo vivo —que no son herederos forzosos— como volvió a subrayar Llamas y Molina (116). Por eso, Benito Gutiérrez (117) vuelve a decir —con Covarrubias— que el tercio de mejora «es legítima de los hijos respecto de los extraños, no respecto de los nietos».

En resumen: de la mejora podía disponerse, por testamento o donación, *libremente entre los descendientes* de cualquier grado, y *no se podía disponer a favor de extraños*; la legítima estricta era *debida* por el padre a los hijos por partes iguales, y *sólo a favor de cada uno de ellos, en la parte correspondiente, podía disponer*, por donación o testamento, si bien a título de heredero, conforme exigían las Partidas siguiendo el derecho justinianeo.

III) Vista la naturaleza del tercio de mejora, nos corresponde examinar cuál era la *naturaleza de la mejora efectiva*, según la opinión de los autores castellanos.

La palabra «mejora» tenía en derecho de Castilla dos significados: uno *comparativo*, si se efectuaba a algún hijo, en cuanto le favorecía comparativamente con los otros no mejorados; y otro *positivo* o *prelativo*, si se efectuaba a favor de cualquier nieto o descendiente de ulterior grado que no fuese heredero forzoso, por vivir el hijo o descendiente del mejorante de quien nacieron.

En uno u otro supuesto la mejora, *per se*, no se identificaba con ningún título, sino que podía efectuarse por cualquiera: ya fuera de institución, prelegado, legado, donación *inter vivos* o *mortis causa*, fideicomiso e, incluso, sustitución fideicomisaria —como lo era si el hijo, único o no, instituido se le sustituyó compendiosa o fideicomisariamente, en cuanto al tercio, por sus descendientes legítimos o por alguno de ellos (supuesto incluido en la ley 27 de Toro).

Ello no impidió que su forma normal fuera la de prelegado; y así Rodrigo Suárez (118) señala, en primer lugar, que «*hodie verbum*

(113) AYERVE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum*, ed. Granada, 1586, pars. III, quaest. XXVI, 88, fol. 153 vers. *Et ut hoc melius percipiatur*, pp. 116, *in fine* y s., y ed. Valladolid, 1623, pars. III, quaest. XXVII, 88, pp. 116 y s.

(114) LARREA, op. cit., disp. XXXVI, 18, p. 307, *in fine* y s.

(115) PEDRO NOLASCO DE LLANO, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez*, 3.º ed. Madrid, 1795, p. 78.

(116) LLAMAS Y MOLINA, op. cit., l. 18, n. 12, p. 338.

(117) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, cap. y § cits., l. 2 (18 de Toro), p. 502.

(118) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., *Decl. legis regni*, 6, n. 1, p. 551.

(mejorar) *significat praelegatum, quod patet ex significatione vocabuli*; pues, «no otra cosa que un prelegado se hace cuando se lega a uno de los herederos, algo más que la porción relicta a los demás coherederos».

Pero también podía otorgarse a título de herencia, y no sólo se admitía así sino que, incluso, se discutía si en caso de emplearse palabras comunes —como *relinquo*, deajo o, simplemente mejor— había de entenderse dispuesta a título de heredero o bien de legado o de prelegado. Ya Díaz de Montalvo (119) preguntó si dicha mejora era institución o prelegado, y si debía distinguirse según se refiriese a cuota o cosa cierta, inclinándose por referirla a «aquel título que mejor sirva a la intención del difunto», señalando que, comúnmente, cuando son instituidos herederos todos los hijos, el mejorado es legatario de cuota de bienes (120).

Peralta (121) distinguió según se mejorase o legase una *quota bonorum* o una *pars hereditatis*, estimando que si se legara una *pars hereditatis* a quien no fuese heredero no cabía duda de que se trataba de un fideicomiso universal que debía satisfacer el heredero. Solución que, hemos visto (122), propuso Palacios Ruvios en el caso de que el hijo mejorado repudiara la herencia, aceptando la mejora.

Es de notar, que no se trataba meramente de una cuestión de nombre, sino que de ella dimanaban importantes efectos, tanto en caso de preterición como en el de imposición de condiciones y gravámenes.

En cuanto a la primera cuestión, Palacios Ruvios (123) sostuvo que si se invalidaba la institución se salvaban las mejoras dispuestas como prelegado o legado, pero no si estaban embebidas en la institución de herederos. Por el contrario, también consideraron convalidadas éstas como legados o fideicomisos, Antonio Gómez (124), Covarruvias (125), Matienzo (126) y el jesuita Luis de Molina (127), en virtud del valor codicilar del *testamentum inter liberos*, o porque en él las disposiciones valían estimándolas del mejor modo posible (128).

Respecto del segundo tema, ya Gregorio López (129) había entendido que, no pudiéndose imponer a un hijo en la institución condicio-

(119) ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, op. cit., lib. III, tit. V, l. 9, gl. a las palabras «mejorar a algunos», fol 127 a.

(120) Véase esta cuestión ampliamente estudiada por Rodrigo Suárez, *declarat*, últ. cit., pp. 551 y ss.

(121) PETRUS DE PERALTA, op. y l. cit., 16 y 17, pp. 134 y ss.

(122) Cfr. *supra* nota 67.

(123) PALACIOS RUVIOS, op. cit., l. 24, nn. 11 y ss., fol. 65 y ss.

(124) ANTONIO GÓMEZ, op. últ. cit., l. 3, n. 86, f. 18 vto. in fine y 19 y l. 24, n. 3, in fine, ff. 90 vto. y 91.

(125) COVARRUVIAS, *In tit. de testamentis interpretandis*, cap. *Raynutius*, 16, § 1, nn. 4 y 8; cfr. *Omnium operum*, glos. IV, pp. 70 y s.

(126) MATIENZO, op. últ. cit. l. 1, gl. 10, n. 59, fol. 81 vto.

(127) LUIS DE MOLINA, S. I., *De iustitia et iure*, tract. II, disp. 132, 4; cfr. ed. Colloniae Allobrogum, 1733, vol. I, pp. 169 y s.

(128) Cfr. nuestros *Apuntes*... I, § 5.º, b, texto correspondiente a las notas 166 a 174, cfr. en ADC IV-II- 166 y ss., o separata, pp. 55 y ss.

(129) GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras *non empecen*, de la ley 11, tit. IV, Partida 6 ó 65 de dicho título; cfr. ed. y vol. cit., p. 475.

nes causales o mixtas, éstas resultaban inválidas, incluso en cuanto fuese mejora embebida en la institución, y, en cambio, eran válidas si se ponían a mejoras atribuidas a título de prelegado. Esta solución fue extendida a toda imposición de cargas o gravámenes a las mejoras, por Angulo (130) y Velázquez de Avendaño (131), con idéntica distinción de cuando «*filius fuit institutus in maiore parte quam esset sua legitima*» —dice Angulo— «*et gravamen [Velázquez de Avendaño añade «restitutionis vel substitutionis»] fuit tota institutioni addiectum*», supuesto en el cual no estimaban válido el gravamen; o, por el contrario, «*si institutio [filii] fuit unica complectens legitimam et excessus fuit relictum titulo particulari* [Avendaño añade la precisión de «*ut quando filius in tertio melioratus*»]; *bene poterit in eo filius gravari*». Claro que la cuestión resultaba meramente teórica, dado el valor codicilar y la validez *omni meliori modo* de las disposiciones de última voluntad, que solía prevenirse en todos los testamentos y que, además, se estimaban implícitas en los testamentos *parentem inter liberos*.

Sólo hemos hallado, a este respecto, la excepción de Parladorio (132), quien entendió que el deber de instituir herederos a los hijos era extensivo al tercio de mejora —aunque, omitía que, en este tercio, sólo era necesario instituir a alguno o algunos de los hijos, pero no a todos, y olvidara también, al razonar así, que podía dejarse a nietos viviendo su padre—. Sin embargo, esta excepción en nada apoya la tesis germanista de Peña, puesto que el abogado vallisoletano precisa? mente parte del deber del padre de instituir herederos a sus hijos. Parladorio ni siquiera pensaba en una delación legal inmediata de la legítima, al modo del *Wartrecht* germánico, como, en el trasfondo de las palabras de éste, Peña imagina encontrar.

Ya tan sólo nos queda, en este punto, volver a poner los ojos en el supuesto de mejoras aceptadas por hijos renunciantes a la herencia, para ver cuál era, en este caso, su naturaleza, atendiendo a que, según la ley 21 de Toro, los mejorados respondían de las deudas «*como si fuesen herederos*».

Diego Castillo (133) —basándose en que el adverbio «como», «*sicut*», *asimila* pero no identifica—, Angulo (134) —estimando que, en ese caso: «*fingitur tamen heredes in odium repudiationis*», es decir, que se finge que es heredero por prevención contra la repudiación —y sin dar explicación alguna—, también, Díaz de Montalvo (135), Cova-

(130) ANGULO, op. cit., l. 11, gl. 3, n. 3, fol. 214.

(131) VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, op. cit., l. 27, fl. 1, n. 10, fol. 93 vto.

(132) PARLADORIO, op. cit., diff. 146, n. 14, vers. *Hodie igitur*, pp. 384 y s., dice: «*cum omnia paterna Regio iure filiorum sint praeter quincuncem; atque filio institutionis titulo relinqui debeant*».

(133) Diego CASTILLO, op. cit., l. 21, n. 24, x, fol. 107, «*quasi dicat quod praelegatari non sunt heredes, sed tenetur pro rata ad debita hereditaria, non ista dictio sicut, assimilat; et simile non sunt unus*».

(134) Andrea ANGULO, l. 5, gl. 7, n. 1, fol. 135.

(135) Alonso DÍAZ DE MONTALVO, loc. últ. cit.

rruvias (136), Antonio Gómez (137), Tello Fernández (138) e incluso Velázquez de Avendaño (139), consideraron que seguían siendo legatarios. El propio Ibáñez de Faria (140) distingue dos momentos: en el primero de los cuales la posición de legatario del mejorado renunciante resulta clara; pues dice que «el heredero antes de entregar bienes hereditarios al mejorado, puede deducir lo adeudado (*como aes alienum*) por propia autoridad; y, en el segundo, es decir, después de la entrega —al entrar en juego la norma de la ley 21 de Toro— puede ser demandado por los acreedores a prorrata de su mejora.

El doctor Luis de Molina (141), además de basarse en que la expresión «*como si fuesen herederos*» está modalizada por las siguientes palabras «*en la dicha mejoría*», o sea no en cuota hereditaria, recalca que el adverbio de modo «*tamquam*» como «*ex propria natura impropietatem denotat*». Palacios Ruvios (142) y Peralta (143) hemos visto que consideraban fideicomisarios de parte de herencia —*pars hereditatis*, no de *quota bonorum*— a esos mejorados renunciantes lo que explicaba su consideración «*loco heredis*» —como si fuesen herederos— o «*tamquam in heredem utilem*» como afirmaría Rodrigo Suárez (144). No olvidemos que, en el derecho romano, el senado-consulta trebeliano consideró *heredis loco a los fideicomisarios universales* (145). No sabemos si Matienzo (146) se percató de ello, al destacar en la ley 21, «*qua dicit melioratio haberi loco heredis*».

Conforme su singular opinión, y en contra de la que era común, Parladorio (147) consideró al mejorado heredero, en todo y en todo caso; por eso no sólo estimó que los acreedores de la herencia podían demandarle, sino también entendió que podía ejercitar el interdicto «*adipiscendam possessionem bonorum*». Criterio seguido por Hevia Bolaños (148), al afirmar que «es legítimo contradictor para impedir a los herederos la posesión de la herencia el hijo, o nieto mejorado en tercio y quinto de los bienes, en cuanto a la mejora pues en ella tiene lugar de heredero, y, como él, obligación de pagar lo que le toca por parte de las deudas del difunto». Ya en el período codificador, según

(136) COVARRUVIAS, *Variarum resolut.*, lib. II, cap. II, p. 263.

(137) ANTONIO GÓMEZ, op. últ. cit., l. 21, fol. 74 vto.

(138) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., l. 21, nn. 3 y 4, fol. 174 vto. y 175, quien comentando la expresión «*como si fuesen herederos*», indica que la identificación con la donación, de modo que se entendiera hecha al heredero, «*esset ridiculum*».

(139) VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, loc. cit., 9 y ss., fol. 44 vto. y s.

(140) IBÁÑEZ DE FARIA, op. cit., l. II, cap. II, 16, p. 147.

(141) DR. LUIS DE MOLINA MORALES, op. cit., l. I, cap. X, n. 14, *Nec obstat huic intellectui verba*, pp. 98 y s.

(142) PALACIOS RUVIOS, op. cit., lex XXI, n. 26, fol. 60.

(143) PETRUS DE PERALTA, op. y loc. últ. cit.

(144) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., ampl. VII, n. 13, p. 400.

(145) Cfr. nuestro *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, sec. II, cap. III, 102, pp. 250 y ss.

(146) MATIENZO, op. cit., l. 5, gl. 4, n. 3, fol. 150 vto.

(147) PARLADORIO, diff. cit., 146, n. 17, p. 385.

(148) JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, II parte, § 27, n. 6; cfr. ed. Madrid, 1797, p. 173.

Benito Gutiérrez (149): «Esta asimilación lo es en el todo, iguala la condición de heredero y mejorado en cuanto uno y otro pueden ser reconvenidos directamente por los acreedores para el pago de deudas», pero, sin decir nada acerca de la adquisición posesoria.

En cambio, hemos visto ya que Sancho Llamas (150) siguió la posición clásica de entender que la ley 21 tan sólo corrigió las normas del derecho común para el prelegado en el supuesto concreto en ella previsto de repudiar la herencia el mejorado y con el único efecto de hacerle responder, ante los acreedores, «como si fuese heredero», conforme el criterio que, para ciertos casos excepcionales, adoptaron algunos textos romanos, según la interpretación de varios autores de derecho común. Es decir, a su juicio, con esa única particularidad, en el supuesto previsto, seguían siendo legatarios.

5. «Según Roca Sastre, «en el sistema legitimario romano —como es institucionalmente lógico— el desheredado *partem facit ad minuendam legitimam*»; mientras que en las reserva germánica no hace parte». Y en cambio, «advierde Antonio Gómez que no se presenta tal cuestión en Castilla, porque, ya sean pocos ya sean muchos los hijos, siempre su legítima es «*totum patrimonium patris excepto quinto*» (151).

Sin embargo, es de todo punto inexacto entender que esta diferencia dimana de una contraposición jurídica romano-germánica, ni del derecho de Castilla y el *ius commune*. Se trata, ni más ni menos, de dos distintos criterios mantenidos por diversos autores del derecho común y discutidos con respecto a éste. En efecto:

— Expuse, hace años (152), que el romanista franco comptés Claude Chifflet (153) entendió que el hijo a quien, por cualquier razón, no le fuera debida la legítima no hacía número para cómputo de las legítimas individuales y que, por lo tanto, su parte acrecía a los demás y no al heredero. Fundamentó, en especial, este dictamen en que el derecho de acrecer sólo tenía lugar entre los conjuntos, siendo así que el incapaz o el desheredado nunca lo fueron con el heredero y sí lo eran, en cambio, con sus colegitimarios.

—Antonio Gómez (154) apoyaba su opinión, exclusivamente, en textos romanos y en opiniones de autores de derecho común; y tan sólo al final añade «*quod ista quaestio hodie in nostro regne necessario cessat...*».

—Incluso en Cataluña —donde era usual la institución de heredero único y la legítima más corta y cualitativamente más débil que la justi-

(149) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 514.

(150) LLAMAS Y MOLINA, loc. cit., 14 y 15, pp. 380 y s.

(151) PEÑA, p. 861.

(152) Cfr. mi estudio *Las legítimas según Claude Chifflet (1542-1580) jurista del franco-condado de Borgoña en el período español*, 7 en A.D.C. XXXVII-III, julio-septiembre 1974, pp. 686 y s., o en *Estudios de Derecho sucesorio*, III, pp. 23 y s.

(153) Claude CHIFFLET, *Tractatus de portionibus legitimis*, cap. VII; cfr. en el *Thesaurus-Iuris-Romani*, de Everardi Otonis, vol. V, Basilea, 1744, pp. 730 y ss.

(154) Antonio GÓMEZ, *Variae Resolut*, I, cap. XI, 22, pp. 145 y s.

niana— Cancer (155) seguía la opinión de aquellos autores de derecho común que se inclinaron por entender que el desheredado no se contaba para calcular la legítima de los demás legitimarios, a quienes su exclusión se la incrementaba en cuantía. Igual criterio siguió Vives y Cebriá (156), apartándose de él Durán y Bas (157) —que estimó la opinión de Maynz (158)—, en virtud de la que Figa Faura (159) ha venido a considerar una nueva recepción, esta vez a través de los romanistas modernos muy alejados del *moss italicus* del *ius commune*.

6. «En multitud de cuestiones nuestros autores clásicos suelen acoger las tesis de derecho común que más se convienen con la naturaleza hereditaria de la legítima» (160). Y va enumerando las siguientes:

a) «El hijo a quien se deja en testamento su legítima ¿es instituido heredero? Con arreglo a la doctrina generalizada en derecho común, según la cual la legítima es simple *pars bonorum*, la cuestión planteada debería haberse contestado negativamente». Mientras en derecho castellano, según refiere Gregorio López (P. 6,8,5 gl.), «si simplemente el hijo es instituido en la legítima, tal institución es universal, y se tiene como si hubiera sido instituido en toda la herencia excepto el quinto, con arreglo a lo dispuesto en las leyes de Toro.»

Digamos, ante todo, que en la primera afirmación, Peña olvida que en derecho justiniano la legítima debía dejarse a título de heredero y, por ello, por el *favor testamenti* se entendía que la legítima dejaba con palabras comunes —v. gr. *relinquo*— se atribuía a título de heredero (161).

En segundo lugar, el criterio de entender que se deja como heredero lo dispuesto a favor de un hijo por su legítima, dice Gregorio López (162) que es el sostenido por la mayoría de los autores, según dijeron Bartolo, Baldo, Fulgoso, Alexandro de Imola, Decio, etc. Es decir, no hubo la contraposición entre derecho común y derecho castellano que presume nuestro amigo.

b) «¿Corresponde al hijo, para obtener la posesión de los bienes hereditarios, el remedio especial (el *officium iudicis*) previsto a favor de los que sean herederos testamentarios?».

También aquí invoca Peña una glosa de Gregorio López (163). En

(155) Jacobo CÁNCER, *Variarum resolutionum Iuris Cesarii, Pontifici et Municipalis Principatus Cathaloniae*, lib. I, cap. III, 49; cfr. ed. novíssima, Lugduni, 1712, p. 71.

(156) Pedro NOLASCO VIVES Y CEBRIÁ, *Usatges y demás derechos de Cataluña*, lib. VI, tít. V, nota 1; cfr. 2.ª ed., Barcelona, 1862, vol. III, p. 260.

(157) Manuel DURÁN Y BAS, *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, Parte 6, cap. 4, p. 200.

(158) Carlos MAYNZ, *Curso de derecho romano*, § 391, nota 17; cfr. trad. de Pou y Ordinas, Barcelona, 1888, vol. III, p. 417.

(159) Luis FIGA «*Mos italicus*» y los juristas catalanes, en An. Ac. Matr. Not., XX, pp. 293 *in fine* y s.

(160) PEÑA, p. 861.

(161) Cfr. nuestro tratado *Las legítimas*, cap. VIII, § 1, 14, vol. II, p. 769.

(162) Cfr. nuestro tratado *Las legítimas*, cap. VIII, § 1, 14, vol. II, p. 769. que es la glos. 25 de dicho tít. 8; ed. y vol. cits., pp. 565 y s.

(163) *Ibid.*, gl. a las palabras *viviendo el heredero*, P. 6, 14, 2, o gl. 2 de dicho tít. 14; ed. y vol. cits., pp. 719 y s.

lo que hace a nuestro tema, el jurista extremeño pregunta: «Qué diremos si el hijo es instituido en la legítima? Baldo quiere que también goce de este beneficio...». En contra de esa opinión, cita las de Alejandro y Decio, de bastante menor peso, pero no habla de cuál fue la común opinión de los autores. En cuanto a la llamada ley de Soria (*Ordenamiento Real* 5, 2, 1, o *Novísima Recopilación* 11, 34, 3), se refiere a un caso de despojo por un tercero y no de un interdicto de adquirir o *adipiscendam possessionem bonorum*, como en su adición a la nota de referencia hacen notar los traductores de esas glosas.

c) «Según Gregorio López (P. 6, 8, 5, gl 9), la legítima está defendida por la *petitio hereditatis*. Las concretas acciones que defienden la legítima duran, pues, lo que la *petitio hereditatis*, treinta años. Así lo estima la doctrina más común respecto del *ius dicendi nullum*, respecto de la acción *ad supplementum*, respecto de la acción de reducción de donaciones. Este régimen de las acciones había que hacer excepción con la *querella inofficiosi testamenti* por causa de desheredación injusta. Para ello según P. 6, 8, 4, regía el plazo de prescripción de los cinco años. Pero Benito Gutiérrez hace notar la disonancia de que un remedio «dirigido a conseguir la herencia» tuviere tan *anómalo* plazo de prescripción». Añadiendo, en la correspondiente nota, que «Benito Gutiérrez trata, sin embargo, de explicar la anomalía porque dicho «remedio» tiene algo de penal» (164).

Tres breves observaciones requiere este párrafo.

— Gregorio López (165), ciertamente, señala la diferencia de tiempo para la prescripción de la querella de inoficiosidad y de la petición de herencia que tenía el legitimario después de declarado inoficioso el testamento; y lo hace apoyándose en textos romanos y en comentarios de autores del derecho común. No se ocupa, en cambio, en ella de la acción de reducción de donaciones, de la que trata en otro lugar (166), donde la califica de *querellae inofficiosae donationis*, queja de donación inoficiosa.

— Su referencia de que la acción de reducción de donaciones prescribía a los treinta años, la apoya Peña en un texto de Azevedo (167), que aplica ese plazo específicamente a su caso, en el cual contemplaba una donación otorgada como dote a la segunda mujer del donante habiendo hijos del primer matrimonio, y basándose en que la dote dada a la madrastra (*vitricus*) no era válida en lo que excediera del quinto. Por lo cual, en tal caso, no se daba el *iuri agendi de donatione inofficiosa* que «*prescribatur per quinquenium*» —a los cinco años— naturalmente a contar de la muerte del donante, como advierte Gregorio López, en su citada glosa de la P. 5, 4, 8), mientras que, en el supuesto examinado, al no ser válida por dicho exceso del quinto la dote a la

(164) PEÑA, p. 682 y nota 50.

(165) Gregorio LÓPEZ, gl. a las palabras *que gelo cumpliessen* de la Partida, 6, 8, 5, que es la 24 de dicho tít. 8; ed. y vol. cit., p. 565.

(166) *Ibid.* gl. a las palabras *en ninguna manera* de la Partida 5, 4, 8, que es la 47 de este tít. 4; pp. 50 y s.

(167) AZEVEDO, op. cit. lib., 5, tít. 6, l. 12 (Tauri 27), nn. 11 a 14, p. 202.

madrastra, «*in nostro casu petitur ut legitima debita cui petitioni solum praescribitur triginta annis*».

— La frase completa de Benito Gutiérrez (168) aludida por Peña, dice así: «Lo que parece anómalo es el término de los cinco años señalado para la prescripción; pero, este remedio, aunque dirigido a conseguir la herencia, tiene algo de penal y no sería conveniente ampliarla más». Subrayemos, pues, su juicio: «*no sería conveniente ampliarla más*».

d) «En relación con la cuestión del derecho de los legitimarios a recibir sus bienes *in natura*, las dos tesis —legítima igual a simple *pars bonorum*, legítima igual a *pars hereditatis*— llegaban a resultados análogos, y podía discutirse simplemente la mayor o menor vinculación que la legítima suponía sobre *cada una* de las cosas integradas en la herencia. Pero si los bienes, muerto el causante aumentaban de valor, se cuestionaba si el aumento favorecía también a los legitimarios. La solución que prevaleció es la de la participación en los aumentos de valor».

Aquí Peña me cita dos veces (169), una después del primer punto y otra al final del párrafo en primer lugar citado (170), y explica que en derecho de Castilla la legítima podía abonarse en bienes determinados; con tal de que no fuese con una *res deterior* ni *sumptuosa* sin que fuera necesario que recayera *minutatim ex singulis rebus*. Fue el mismo criterio del derecho común, contrapuesto al de los regímenes germánicos. En el segundo lugar en que me cita (171), muestro que la legítima *pars bonorum*, no individualizada en bienes concretos, es decir, señalada en una cuota de bienes indivisos, es afectada por las alteraciones de valor de esos bienes producidas después de fallecido el causante. Es decir, que en eso no se diferencia de la legítima *pars hereditatis*. Incluso en Cataluña, ya en el período histórico en que las legítimas eran abonables en dinero a elección del heredero, Fontanella (172) y Cancr (173) entendieron que la estimación debía hacerse conforme al valor que tuvieran los bienes hereditarios en el momento de efectuarse el pago (174).

Es decir, en esto nada hay de particular y nada abona en favor de la tesis germanizante de la delación legal a título de heredero, sino todo lo contrario.

e) «Con apoyo en ciertas doctrinas surgidas en el derecho común, nuestros autores son propicios a entender que, en cuanto *beneficie* a los hijos, los hijos son considerados herederos y la legítima *portio hereditatis*».

La cita más pertinente a esta afirmación que hace Peña (175) es la

(168) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. ed. y vol. cit. lib. III, cap. V, § X, art. 2, ley 4, p. 425.

(169) PEÑA, notas 51 y 52, p. 862.

(170) *Las legítimas*, cap. IV, 6 I, 3 y ss. vol. I pp. 190 y ss.

(171) *Ibid.*, 10, pp. 207 y ss.

(172) Juan Pedro FONTANELLA, *Decisionis Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Desc. 554, nn. 6 y 7; cfr. ed. novissima, Lunduni 1668, vol. II, p. 570.

(173) Jacobo CANCER, op. y vol. cit., lib. I, cap. III, nn. 27 y 28, p. 68.

(174) *Las legítimas*, cap. cit., § II, n. 28, pp. 339 y s.

(175) PEÑA, nota 53, p. 862.

de un texto de Ayllón Lainez (176) que dice: «el hijo se presume heredero si otra cosa no resultare», pero esa presunción «no es la admitida en derecho como prueba (...) cuando el hijo es demandado por los acreedores»; «mas, cuando actúe como tal, siempre se presume heredero, de no probarse lo contrario». Presunción, está segunda, apoyada en el texto de la l. *in suis*, ff. *de liberis et posth.*, y en las opiniones de Baldo, Angelo de Perusa, Alexandro, Merlino, Menochio, Mascardus. O sea, todo *ius commune*.

Las citas que hace de Ybáñez de Faría (177) y Covarrubias (178) se refieren a supuestos concretos en los cuales el nudo de la cuestión es la interpretación de si el hijo instituido en cosa cierta por su legítima (que también, como *quota bonorum*, se estimaba cosa cierta) y concurrendo con instituido *ex asse*, se consideraba como heredero o como legatario. Punto en el cual discreparon de la común opinión, como hemos visto, especialmente Vázquez de Menchaca y Paradorio (179) y, también, según vemos, Ybáñez de Faría. Pero esas discrepancias no son exclusivas del derecho castellano, según acabamos de ver.

f) «Roca sostiene que era algo excesivo entender que estaban legitimados para promover el juicio de testamentaría los legitimarios del derecho catalán (los cuales fueron moldeados, en principio conforme a la tradición romanista). Pues bien, antes del Código civil es indudable que el heredero forzoso del derecho castellano está legitimado para promover el juicio de testamentaría...» (180).

Aquí la falta de matización es notable e importante. ¿A qué tradición romanista se refiere Peña? Tradición romanista no hay otra que la del derecho común, y de ella se aparta la legítima catalana: primero, al permitirse atribuirle en forma de legado; luego al reducir su cuantía a la cuarta parte, en lugar de la justiniana del tercio y la mitad, y, en fin, permitiendo su pago en dinero a elección del heredero (181).

Es decir, la legítima castellana estuvo más próxima a la del *ius commune*, que la catalana. La legítima catalana se apartó de la tradición del derecho común, que seguía la pauta del derecho justiniano, con el deber formal de instituir heredero a los legitimarios; y retornó a la cuarta teodosiana, atribuible en forma de legado y abonable en dinero.

(176) Juan AYLLÓN LAÍNEZ, *Illustrationes sive additionae eduditissimae ad Varias Raesolutiones Antonii Gomezii*, I, I 6; cfr. ed. Venecia, 1747, p. 7.

(177) IBÁÑEZ DE FARIÁ, op. cit., lib. II, cap. XVIII, n. 92, pp. 305 y s.

(178) COVARRUVIAS, *Variarum Resol.*, lib. II, cap. XVIII, n. 9, pp. 138 y s.

(179) Cfr. *supra*, textos correspondientes a las notas 46 y 53.

(180) PEÑA, p. 863.

(181) Cfr. *Las Legítimas* I, cap. IV, § II, IV, 25, p. 331, 27, p. 338 y cap. V, § II, I, B, 3, d, pp. 494 y s., y *Panorama* vol. I, n. 210, p. 458; 241, p. 531 y 276, p. 607.

C) LA OPINIÓN DE LOS CODIFICADORES

Peña, se fija en que García Goyena señaló que una de las bases preliminares adoptadas por la Comisión General de Codificación fue «la de no innovar lo existente como regla general», y —para aclararlo— pregunta cuál era el derecho existente. Y ahí vuelve a fijarse sólo en unas palabras, para llenarlas de sus ideas preconcebidas. Las palabras de García Goyena en las que él se apoya están en dos frases. En la primera indica que las leyes 17, título 1, y 7, título 11, Partida 6, «copiaron las romanas», y la segunda, adversativa de ésta, dice: «Pero la ley 1, título 5, libro 4 del fuero Juzgo, trasladada a la 9 título 5, libro 3 del Fuero Real, que aclaró la 28 de Toro, 8, título 20, libro 10 Recopilación, habían establecido la legítima de los hijos tal cual ha llegado hasta nosotros a través de tantos siglos, y a pesar del romanismo servil de las Partidas; dicha ley es también notable por las consideraciones de derecho público en ella expresadas, y porque reforma otra antigua que consagraba la absoluta libertad de los padres» (182).

Precisemos, con exactitud, lo que contrapone García Goyena. No es un régimen de libertad de disponer con otro de delación legal forzosa de la herencia, excepto el quinto. Sí que es un régimen de legítima menos larga —de la mitad o un tercio, según el número de hijos— y otro de legítima más larga —de los cuatro quintos con posibilidad de mejorar con un tercio de estos cuatro quintos. Recordemos que según hemos visto antes (183)— el Fuero Juzgo 4, 5, 1, no parece que instaurase un régimen de delación legal forzosa, sino que tan sólo limitó la completa libertad de testar que había instaurado una perdida ley de Eurico (184)—. Y así lo entiende García Goyena, puesto que dice «reforma la F.J.4, 5, 1, otra antigua que consagraba la absoluta libertad de testar». Interpretación en la que insiste en uno de sus apéndices (185), donde explica que, «en aquellos siglos» «la utilidad pública fue la que preponderó en el señalamiento de la legítima, aunque también se hizo mérito de la piedad, u obligación natural de los padres» [obligación que no existiría si la legítima no fuere *portio debita*, sino *parte deferida* legalmente *ipso iure*]; y concluye: «opino, por tanto, que en la inevitable alternativa de haber de optar entre la absoluta libertad de los padres, según los Fueros, y el señalamiento de la legítima, según las leyes de Castilla, debemos decidírnos por las segundas». Pienso que la cosa queda clara.

Y la ley 28 de Toro no hizo sino aclarar las dudas —suscitadas por

(182) Florencio GARCÍA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, lib. III, tit. I, cap. VI, sec. I; ed. Madrid, 1852, vol. II, pp. 88 *in fine* y s.

(183) *Supra* 1, párrafo correspondiente a las notas 24 y 25.

(184) Cfr. nuestros *Apuntes...* I, § 2, en A.D.C. IV-II, pp. 430 y s., o separata, pp. 14 y s.

(185) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., apéndice 7, p. 332. En este mismo sentido la entendía Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. y lib. cit., cap. IV, § VI, vol. cit., pp. 292 y s.

dos leyes del Fuero Real— acerca de si el padre podía disponer de dos quintos a favor de extraños, uno en vida y otro en muerte, o bien sólo de uno. Para disiparlas, explicó «que se entienda el platique que por virtud de la una ley y de la otra, no puede mandar el padre ni la madre a ninguno de sus hijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte» (186). Aquí es donde se inserta la frase de Benito Gutiérrez, de la que Peña (187) transcribe el final saltándose una palabra: «He aquí el origen de la ley 28 de Toro que realizó a la vez dos objetos: desatar aquella dificultad y sancionar la legítima española, sin acordarse siquiera del precedente romano, siempre desatendido en la práctica a despecho de la autoridad del Código de las Partidas» 188). Es decir, tampoco esta cita sirve para la tesis de nuestro contradictor y amigo, pues sólo contraponen las cuantías de la legítima justiniana, de un tercio o la mitad, con la castellana de los cuatro quintos (notemos que de resolverse la duda en el sentido de poderse disponer de un quinto en vida y otro en muerte, la legítima quedaría reducido de hecho a tres quintos).

García Goyena no pone en contraposición ni resuelve sino cuestiones cuantitativas: libertad de testar o libertad limitada por las legítimas largas del derecho de Castilla sin abrir debate acerca de la naturaleza de éstas, sino que las recibe según venían entendiéndose y aplicándose. Y, en cuanto a este derecho, no excluye las Partidas, ni textos romanos, sino que acude a ellos. Así, al comentar el primer artículo que su Proyecto dedica a las legítimas, señala «*sin justa causa*: porque la legítima es debdo natural, *debitum naturale*, según la expresión de las leyes 17, título 1; 7, título 11, Partida 6 y la 36, párrafo 2, título 28, libro 3 del Código» (189).

Y, al comentar el artículo 645 del Proyecto —antecedente del actual artículo 814— escribe: «Por derecho romano y patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando éste el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, libro 3, Código, Novela 115, capítulo 5, ley 5, título 8, Partida 6: se atendía más al honor del título, que a la realidad de la cosa, o al valor de lo dejado» (190).

Deja, pues, de proponerse que el «heredero forzoso» realmente lo sea y se propugna que quede sólo en legitimario; puesto que su legítima podrá dejársele por cualquier título. Y así fue consumado en el artículo 815 C.c.

Todavía, para contemplar la perspectiva de los codificadores, nos queda la opinión de quién fuera el principal impulsor del Código civil, Ministro de Justicia cuando se promulgó, Alonso Martínez. Oigá-

(186) Cfr. *Apuntes* III, § 5, B, en A.D.C. VII-IV, pp. 1045 y ss., o en separata, pp. 3599 y ss., o en *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. IV, Computación, imputación, colación II, IV, B, Madrid, Montecorvo, 1982, pp. 184 y ss.

(187) PEÑA, p. 863, texto correspondiente a su nota 58.

(188) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. y cap. cit., § V, art. 2.º, p. 283.

(189) GARCÍA GOYENA, op. cit., art. 640, p. 92.

(190) *Ibid.* art. 645, p. 96.

mosle: «La Comisión en su deseo de concordia, fue más allá que este proyecto [el de 1851], y ofreció a los representantes de las provincias de régimen foral la siguiente transacción: "El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquél de la otra a su albedrío y destinando el tercio restante a la sabia institución de las mejoras". Esta fórmula, propuesta por el distinguido profesor de la Universidad Central señor Comas, tiene muchas y buenas razones para su abono. Conservando el principio fundamental en que descansa nuestro sistema de sucesión, es, sin embargo, una concesión de gran monta hecha a las legislaciones forales y a los partidarios de la libertad de testar» (191).

He aquí la preocupación y lo que se discutía: la cuantía de la legítima. De su naturaleza y de su contenido no se dudaba entonces. Y, en cuanto al título, dejaba de ser necesario atribuirle por el de herencia. Con ello, las opiniones excepcionales de Vázquez de Menchaca, Matienzo, Sarmiento y Parladorio, de que la legítima era *pars hereditatis*, quedaban sin su argumento básico. Heredero forzoso real sólo se es: ya sea por delación legal forzosa, o bien, por el deber impuesto al testador de atribuir la legítima a título de heredero, como ocurría antes de entrar en vigor el Código Civil y contemplaban por encima de toda otra consideración esos cuatro citados autores. La primera manera no existió ni siquiera en el Fuero Juzgo ni en el Fuero Real, ni se le ocurrió a ningún jurista clásico del derecho de Castilla. La segunda no empezía —excepto a juicio de los cuatro autores nombrados— que la legítima, en sí misma, fuera *pars bonorum*, aunque se debiera a título de heredero. Pero hoy —hemos visto ya que a propuesta de García Goyena— puede dejarse por cualquier título. No queda, pues, apoyo alguno —partiendo del mandato de la Ley de bases— para entender que el legitimario es necesariamente heredero, aunque la legítima, al poder dejarse «por cualquier título», también quepa atribuírsela a título de heredero.

III. EL LLAMAMIENTO FORZOSO A LA HERENCIA EN EL CODIGO CIVIL

A) VOCACIÓN LEGAL FORZOSA

Peña se fija en las palabras «heredero forzoso», «parte de la herencia», «parte alícuota de la herencia». No quiere ver ni considerar que el propio Código desmiente en ese punto el significado técnico de las palabras herederos y herencia.

—«Llábase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular» (art. 660): Siendo así que: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma» (art. 815). Luego, si lo recibe a título particular no es

(191) Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cap. IV, sec. IV; cfr. 2.ª ed., Madrid, 1947, p. 146.

heredero, tal como ha entendido y entiende la inmensa mayoría de los comentaristas del Código y dos nuestros tratadistas (192).

— «*El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*» (art. 768): Siendo así que el cónyuge viudo es calificado entre los herederos forzosos en el artículo 807, n. 3.º, y que su legítima consiste en una cuota en usufructo, incluido entre las consideradas cosas ciertas (193).

Por tanto, la expresión «herederos forzosos» no es sino una reminiscencia histórica, una denominación tradicional, actualmente sin significado técnico. Se han conservado las palabras; pero han perdido su significado.

«No sería buena técnica interpretativa estimar —dice Peña (194)— que nuestros ilustres codificadores no conocían el alcance doctrinal tradicional de las palabras y que empleaban sin propiedad las palabras "heredero forzoso", "parte de herencia"». Acabamos de ver que entendían muy bien el sentido tradicional de la expresión *herederos forzosos*, pero cambiaron su significado —a partir del proyectado artículo 645, Proy. 1851— en el artíc. 815 C.c. Lo que resulta absurdo es entender que permitiendo dejar la legítima por cualquier título y reduciendo la estricta a un solo tercio, la transformarían, al mismo tiempo, de ser *parte debida* a una *delación legal*. Es decir, que queriendo aproximarla a las legislaciones forales y reducirla, la dotaran de la naturaleza de atribución legal directa, que no tuvo en el Fuero Juzgo, ni en el Fuero Real ni en las Leyes de Toro y que ninguno de los autores de derecho de Castilla —ni siquiera los que estimaban la legítima *pars hereditatis*— contemplaron ni consideraron, ni aún hipotéticamente, su posibilidad.

Peña vuelve a querer aislar el tema de la necesidad de instituir herederos a los legitimarios en derecho castellano, respecto de lo preceptuado en el derecho común, cosa que no intentaron ni siquiera Vázquez de Menchaca ni Parladorio (195). «Ya en el derecho castellano anterior al Código civil, el testamento según la opinión de muchos, era —sigue Peña— totalmente válido, aunque el legitimario no fuera en él instituido, sobre todo si tampoco había institución de herederos a favor de otros» (196). Pero, en ese caso —repetámoslo— los hijos y descendientes, por su grado, eran —conforme la más común opinión— herederos abintestato. Tan sólo en el supuesto de que no aceptaran la herencia intestada, recibirían la legítima como legatarios; pero, entonces, se debería sólo a su propia voluntad, como en el caso de que aceptaren un legado y no ejercitaran la *querrela*.

(192) Cfr. nuestro comentario al artículo 815, en *Comentarios al Código civil y ...*, vol. XI, pp. 210, notas 205. Así lo han entendido las SS. 16 enero 1895, 21 febrero 1900, 25 mayo 1917, 23 abril 1932.

(193) Cfr. *Las legítimas*, I, cap. IV, § I, III, 35, pp. 277 y ss.

(194) PEÑA, pp. 864 y s.

(195) Cfr. *supra* texto correspondiente a las notas 47 a 50 y 53.

(196) Si así se aplicaba la ley única, tit. 19 Ord. de Alcalá en el supuesto de preterición ya lo examiné en *Apuntes*, I, nota 62, A.D.C. IV-II, pp. 437 y ss., o separata, pp. 21 y ss.

Esta cuestión no tiene interés alguno para nuestro tema vista según el criterio de la mayoría de autores puesto que opinaban que la legítima era *per se* una *pars bonorum* y que, cuando por cualquier razón se recibiese a título diferente del de institución —e incluso por *institución ex re certa*— el legitimario no era heredero. Su interés se circunscribe, pues, en ver la opinión de los pocos que la estimaban *pars hereditatis*. Veamos, pues, que opinaron respecto de este supuesto. Según Matienzo no había cuestión, puesto que —ya lo vimos (197)— estimó que, por ficción legal, los herederos legítimos se entendían instituidos en el testamento al que faltase la institución. Para Vázquez de Menchaca, no habiéndose instituido heredero alguno en el testamento, sucedían como herederos abintestato (198). Parladorio distinguió dos supuestos. Este, de faltar institución de heredero: caso en el cual llega a esa misma solución, estimando a los hijos y descendientes herederos intestados —*tunc heredes ab intestato* (199)—, sin que pudieran rescindir el testamento por causa de preterición y teniendo la carga, en virtud de esta ley, de satisfacer —salvada su íntegra legítima— los legados y fideicomisos ordenados en el testamento (200). Y el supuesto de que fuera instituido un extraño y, en ese caso «el testamento, en cuanto a la institución queda irrito, y en lo demás se mantiene firme»: es decir, irrito el testamento —previo el ejercicio de la correspondiente acción— sucedían abintestato (201).

Nada queda, pues del argumento de Peña a este respecto. Si en el derecho anterior muchas veces el *nomen* significaba poco, pues «se atenía más al honor del título que a la verdad de la cosa» —según hemos visto, dijo García Goyena—, hoy es un nombre vacío que se mantiene por su solera, porque todos nos entendemos con él, aunque vemos que a alguno le confunde por querer darle un significado técnico que ha perdido totalmente, incluso en su expresión legal.

B) CARACTERES DEL LLAMAMIENTO FORZOSO

Peña saca de su tesis esta consecuencia: El Código civil «regula *un especial llamamiento* de herederos (el de herederos forzosos)», diferente del intestado, pues no es supletorio, sino *forzoso*. Incluso enumera las diferencias que observa entre la sucesión intestada y la forzosa (202).

Esta última, pienso que él la fabrica, ordenando, en un sistema puramente mental, las normas limitativas de la voluntad de testar e invalidatorias de cuanto las exceda, la sucesión subsidiaria de cuanto

(197) *Supra*, texto correspondiente a la nota 3.

(198) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., lib. II, § XX, 245, p. 465.

(199) PARLADORIO, op. cit., diff. 198, 26 y 27, p. 390: «*lex quaedam Regia, novissimi iuris, qua statum est, ratum (valedero) esse testamentum sine heredis institutionem factum, ac succedere tunc heredes ab intestato, salvis legatis, et caeteris in testamento contenta*».

(200) *Ibid.*, 28, pp. 390 y s.

(201) *Ibid.*, 29, p. 391.

(202) PEÑA, pp. 865 y ss.

queda invalidado, y el juego de los complementos y rescisiones, que siguèn tal como se daban en el régimen anterior al Código civil y que éste no ha derogado.

En el epígrafe siguiente veremos si esta construcción tiene alguna nueva base —ya que carece de apoyo en el derecho anterior— o si tampoco la tiene hoy.

IV. ¿COMO SE CONJUGA EL LLAMAMIENTO FORZOSO CON LA DICOTOMIA SUCESION TESTAMENTARIA O SUCESION LEGITIMA «AB INTESTATO»?

A) Confiesa Peña: «El artículo 658 C.c. —y los con él concordantes: 609, 1.009 C.c. y 14 L.h.— parecen contradecir la existencia de un tercer modo de deferirse la herencia. Porque ese artículo no contempla más que dos maneras: la testamentaria y a falta de testamento, la legítima y no prevé que haya una tercera, la constituida por el llamamiento legal aún contra la voluntad del testador: es decir, la forzosa» (203). Pero entiende que el artículo 658 y concordantes «deben ser entendidos como los demás preceptos que establecen, respecto de las distintas relaciones jurídicas, que éstas han de regirse por el correspondiente negocio jurídico»... «pero nunca sólo por el negocio jurídico. Con él y con carácter preferente rige lo que podríamos llamar el régimen primario inderogable de la relación jurídica».

Hasta aquí estamos de acuerdo e, igualmente, en cuanto a que las normas imperativas reguladoras, del régimen de los herederos forzosos se imponen a la voluntad del causante. Pero en lo que no estamos de acuerdo es en que exista «un llamamiento forzoso» simultáneo al testamentario. Este está limitado, en su eficacia, por las normas imperativas que pueden provocar su invalidez en todo o en parte, cualitativa o cuantitativamente. La sucesión *contra testamento*, en Roma, en el *ius commune* y en el castellano, requería la previa invalidación de la disposición testamentaria y la subsiguiente aplicación de la intestada en cuanto correspondiera al legitimario impugnante —salvo para los remedios específicos, como los del derecho al suplemento, invalidez de gravámenes, reducción de liberalidades (204). Y aquí Peña vuelve a recordar el texto de Antonio Gómez que —como antes (205) hemos visto— no interpreta bien.

Nótese que Peña no se limita a estimar, como Lacruz, que hay tres supuestos de llamamiento forzoso, aunque en cierto modo subsidiarios, en los casos de aplicarse el derecho al complemento, de desheredación injusta y de preterición intencional. A su juicio, se trata de un llamamiento general primario, aunque «pueda quedar eclipsado, cuando, el llamamiento voluntario, o el legal supletorio, va más allá en fa-

(203) PEÑA, p. 868.

(204) Cfr., en síntesis, en nuestros Comentarios a los artículos 813, 815, 817, 819, 820, el vol. XI de los *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Albaladejo, pp. 147 y ss., 231 y ss., 228 y ss., 275 y ss. y 295 y ss.

(205) *Supra*, párrafo correspondiente a nota 30.

vor del llamado, que el llamamiento forzoso». Las diferencias que señala entre la sucesión intestada y la que él construye como forzosa las iremos examinando al tratar el respectivo supuesto concreto.

A su juicio (206), el «carácter forzoso del llamamiento» se hace patente «*con toda nitidez y con independencia de cuáles sean los llamamientos testamentarios o legales supletorios*», en los casos que, a continuación, enumera y explica:

1.º *El testador se limita, en su testamento, a dejar a salvo, sólo las legítimas que, en su caso pudieran corresponder a los legitimarios.*

Consiguientemente —a su juicio— esa legítima la recibirán a título de heredero. Y, en eso, ya discrepamos (salvo si se da el caso de que el testador les instituyó herederos en el tercio de legítima o en su legítima estricta). Este tema lo estudiamos ya hace muchos años (207). Desaparecido el deber de instituir heredero a los hijos y descendientes, no es necesario acudir al *favor testamenti*, para presumir que el hijo es llamado a título universal (208); y, puesto que su legítima —conforme al art. 818 C. c.— es un activo líquido, es decir, una *pars bonorum*, ésta le corresponde como legado de parte alicuota.

2.º *El legitimario llamado a suceder en sucesión testamentaria o ab intestato, resulta que es indigno para suceder.*

«Está claro —dice Peña— que el llamamiento a estos hijos o descendientes [del hijo indigno] beneficiados [por el art. 761] con la legítima, no es un llamamiento testamentario ni puramente supletorio. Es un caso de llamamiento forzoso, sujeto a reglas propias», en él que «representan al ascendiente excluido aunque esté vivo, lo cual no es posible (...) ni en la sucesión voluntaria ni en la sucesión abintestato».

Esta interpretación parte del presupuesto que hemos negado, precisamente por falta de apoyo histórico; y, no teniéndola y habiendo tratado los compiladores de aproximar la legítima castellana a las forales (209) —como se hizo con la exclusión de la necesidad de instituir herederos a los legitimarios, con la reducción de medida de la legítima estricta y consiguiente ampliación de las partes de mejora y de libre disposición—; no puede, en modo alguno, entenderse que crearon una delación forzosa —que, evidentemente, no existía antes del Código civil—, diferente de la intestada recibida *contra tábulas* en caso de invalidarse la institución de herederos, en todo o en parte (210).

Siendo así que no hay delación legal forzosa a favor de los hijos, la indignidad de cualquiera de ellos no puede dar lugar a que sus hijos y descendientes le representen en esa inexistente delación. La inconsecuencia dimana por no distinguir el derecho a percibir la legítima,

(206) PEÑA, pp. 870 ss.

(207) *Apuntes*, I, § 10, en A.D.C. IV-II, pp. 503 y ss., o separata, pp. 87 y ss. y *Las legítimas*, II, cap. VIII, 14, pp. 768 y ss.

(208) Cfr. *supra* los párrafos en que se hallan las notas 190 y 194.

(209) Cfr. *supra* el texto de Alonso Martínez en el párrafo correspondiente a la nota 191.

(210) Cfr. *supra* los párrafos en los que se hallan nuestras notas 30, 47 y 201, referentes a textos de autores en los que Peña ha pretendido apoyarse.

con su protección consecuente, y el derecho *en o sobre* una cuota que sólo se produce efectivamente por una delación intestada (volveremos a esto). El art. 761 sólo dice que los hijos o descendientes del excluido de la herencia por incapacidad, adquirirán «*su derecho a la legítima*». Es decir, le representan en su *status* de legitimario, o sea, en la posición que correspondería al padre o ascendiente indigno de no haber sido declarado tal; y, en modo alguno, significa —como hizo notar la R. 14 agosto 1959— «un llamamiento directo de legitimarios a una cuota de herencia que la doctrina parece no admitir en nuestro derecho». Ya señaló García Goyena (211) que ese derecho se introducía «por motivos de justicia y humanidad» para no «dañar a un inocente»; es decir, por motivos de piedad, por lo cual no puede entenderse que se les haya atribuido más —cuantitativa ni cualitativamente— de lo que hubiese correspondido padre o ascendiente en caso de no haber sido declarado indigno.

3.º *El legitimario es preterido* (salvo si tal preterición es no intencional de descendientes).

Peña distingue según se plantee la cuestión antes y después de la ley 13 mayo 1981, para rebatir más a sus anchas la explicación de que la preterición invalida la institución de heredero y queda libre el paso a la sucesión intestada.

a) A su juicio, antes de regir esa ley, ya había llamamiento forzoso, dado que podían darse los casos de no quedar bienes en la herencia —por lo que cree no habría margen a la sucesión intestada— y de que los bienes relictos no cubrieran la legítima; y porque el cónyuge viudo no es llamado como legitimario de igual modo que como heredero abintestato (212).

Dejando para después esta última objeción, volvemos a hallar en las otras dos el rechazo de Peña en ver el múltiple y combinado juego protector de las legítimas, y su empeño en amalgamarlo en ése —por él pretendido— llamamiento legal forzoso. Por otra parte, la vocación intestada no sólo sirve para heredar bienes, sino asimismo para poder reivindicar aquellos de los cuales el causante —fallecido sin patrimonio— hubiese sido injustamente desposeído, así como también para el ejercicio de las acciones de reducción de legados, como heredero o, incluso, como legatario (según recordaremos), que no haya recibido bienes que cubran su legítima. La acción de reducción de donaciones inoficiosas no requiere la calidad de heredero, ni vocación testamentaria ni legal alguna, sino sólo la condición de legitimario, suficiente para demandar la rescisión de las donaciones inoficiosas efectuadas por el causante, por lo cual, en caso no de haber caudal hereditario alguno, el legitimario no necesita impugnar la institución de herederos sino que le basta probar la carencia de bienes hereditarios.

El cónyuge viudo sólo es llamado como heredero abintestato a falta de ascendientes; puesto que no se produce ninguna delación de su cuota legal usufructuaria, a la que tiene derecho en una y otra sucesión,

(211) GARCÍA GOYENA, *op. y vol. cit.*, art. 623, p. 74.

(212) PEÑA, p. 871, en rel. p. 866.

sino tan solo la atribución a título singular de un derecho de usufructo —conmutable— de medida variable, según concorra con descendientes o ascendientes, y tanto en la sucesión testada como en la intestada, o bien con herederos testamentarios, colaterales o extraños, como antes hemos recordado (213).

b) Después de la entrada en vigor de la ley 13 junio 1981, ve «más claro» Peña, que la preterición, salvo la no intencional de descendientes, «no produce la apertura de la sucesión intestada»; pues «no parece adecuado que se abra parcialmente la sucesión intestada únicamente para dar paso a la cuota del preterido intencionalmente». Advirtamos que, por lo menos, sería chocante que, por ese sólo hecho de otorgar menos al preterido, en una reforma en la que redujeron los efectos de la preterición, intencional, su atribución intestada —consecuente a la invalidación de la institución de heredero— se hubiese transformado no en una atribución intestada menor, sino en una delación legal forzosa, forma de atribución que antes no se daba; y que, además, no sería una consecuencia y complemento de la invalidación, sino un preexistente llamamiento directo e inmediato.

Aquí vuelve a repetir Peña (214) el —por mí ya rebatido— argumento de que, en el caso de existir varios herederos forzosos, «si se abriera la sucesión abintestato para la cuota del excluido, concurrirían junto con él los demás herederos forzosos y nunca el excluido lograría su legítima entera».

Sin embargo, él mismo reconoce que la S. 13 julio 1985 «parece entender que sí se produce esa sucesión intestada en parte»; pero —sigue Peña— «lo hace forzada por necesidad de congruencia con la demanda y, sobre todo, para dar una salida de justicia a un recurso mal planteado». Observaciones que no parecen bien fundadas; no sólo porque la sentencia no hace salvedad alguna cuando considera que, al ser invalidado por preterición el testamento, procede la sucesión abintestato del testador, sino porque incluso requiere la «obtención previa de ese derecho mediante el oportuno expediente judicial», y, si bien admite que esa declaración pueda obtenerse en juicio declarativo, dice que ha de ser con adaptación a las exigencias prevenidas en la sec. II del tít. IX del lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil, y, entre ellas, la información testifical, la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal y dictamen de éste, «lo que ha sido omitido en el juicio en cuestión, creando un aspecto impeditivo de pronunciamiento en él de declaración de tal naturaleza», pues «solamente conocida la situación hereditaria, y el alcance, de una persona es cómo puede llegarse a conocer y decidir sobre las consecuencias que ello implique y determine en el ámbito fáctico y por su derivación en lo jurídico».

Es más, el siguiente considerando razona que, «a mayor abundamiento y en definitiva, aún en el supuesto de que se cumpliesen las demás exigencias que el legislador requiere para la declaración de herederos de descendientes en concurrencia con cónyuges, a fines de deter-

(213) Cfr. nota 193.

(214) PEÑA, nota 75 bis.

minación de sus derechos hereditarios y el alcance que los mismos pudieran tener...», habida cuenta de que, aun cuando «según la disposición transitoria 8.ª de la ley 11/1981 de 13 mayo, las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirán por la legislación anterior, también es exacto que la cuestión de preterición objeto de controversia que vino siendo sometida de diversas opiniones, en cuanto a la interpretación del artículo 814 del Código civil, en su anterior redacción», requiere que «salvada aquella omisión de intervención precisa del Ministerio Fiscal», se haga la procedente declaración de «si la preterición aludida genera declaración de heredera única y universal de la precitada...» (es decir, de la preterida), con la limitación de la cuota legal usufructuaria de la viuda, «desplazándola de toda cualidad de heredero independiente de esa cuota en que fue instituida en el testamento controvertido»; «o si, por el contrario, esa preterización sólo ha de alcanzar al ser intencionada a la legítima, señalando ésta que con la nueva normativa, no puede tener más alcance que el prevenido en el caso de desheredación [injusta]», es decir, no más que «lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley», tal como «reconoce actualmente el Código civil español en la redacción dada al precitado artículo 814 por la ley 11/1981, de 13 mayo».

Esta sucesión intestada abierta tan sólo a favor del preterido o del desheredado injustamente en la parte que le corresponda —que Peña continúa sin querer entender— la habían concebido perfectamente los juristas romanos, a pesar que, para ello, tuvieron que superar el principio *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, que hoy no rige y, por tanto, no constituye el obstáculo que ellos tuvieron que salvar y salvaron en los supuestos expuestos en Dig. 5, 2, 15, § 2, 24 y 25, § 1, y Cód. 3, 28, 13 (215). Tampoco entre los autores de derecho castellano provocó las dificultades que Peña cree ver; y lo comprendieron bien Gregorio López (216), Antonio Gómez (217), Salgado de Somoza (218) (quien contempló el caso de que un hijo accionara por inoficiosidad del testamento en diversos tribunales, o diese lugar a varias contiendas judiciales, en que produjesen sentencias dispares —favorables y adversas—, de modo tal que sólo en parte resultara heredero —naturalmente *ab intestato* al modo romano— y en parte continuara siéndolo un instituido en testamento que le venció en el pleito), y Ayllón Laínez (219).

4.º *El legitimario sufre una desheredación que no cumple con las exigencias legales*

Me remito a lo que acabo de decir en el supuesto anterior, respecto del hijo preterido intencionalmente.

(215) Cfr. nuestras *Notas críticas a la pretendida...* 18, en A.D.C., XVIII-I, pp. 68 y ss., o en *Estudios...* cits., vol. III, pp. 137 y s.

(216) Gregorio LÓPEZ, glosa a las palabras de la herencia, 7.ª de la ley 1.º, partida 6, 8; cfr. ed. y vol. cits., p. 562.

(217) Antonio GÓMEZ, *Variae*, lib. I, cap. XI, n. 15, p. 142.

(218) SALGADO DE SOMOZA, op. cit., lib. II, cap. XI, 38; vol. I, pp. 403 *in fine* y s.

(219) AYLLÓN LAÍNEZ, op. cit., II, cap. XVI, 15, p. 69.

5.º *El legitimario está legalmente desheredado.*

Lo que he observado respecto a la legítima de la prole del hijo declarado indigno, en el supuesto 2.º, puede darse aquí por reproducido.

6.º *El legitimario nombrado albacea y en cuyo favor el testador hace determinadas disposiciones testamentarias, no acepta el cargo o lo renuncia sin justa causa.* Supuesto para el cual el artículo 900 C. c. dice «perderá lo que hubiese dejado el testador salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima». Según Peña (220), «en su caso, la institución de heredero a favor del nombrado albacea queda sin efecto», pero «en cuanto legitimario, mantendrá, en cambio, el llamamiento forzoso» (que él imagina).

En realidad, todo es más sencillo. El renunciante al albaceazgo pierde «lo que le haya dejado el testador» en cuanto exceda del montante de su legítima. Si realmente existiera un llamamiento forzoso no sería necesaria la salvedad del «derecho que tuviere a la legítima» y bastaría que dijera «perderá lo que le hubiese dejado el testador».

7.º *Aunque no haya preterición resulta que por la cuantía, las condiciones o el objeto de las disposiciones testamentarias el testador no ha respetado la legítima.* A juicio de Peña, en cualquiera de estos supuestos «el legitimario puede hacer valer el peculiar llamamiento forzoso, y como tal heredero forzoso —y no como heredero voluntario o abintestato— puede, según el caso...».

Nunca ha sido así —bastando los remedios recibidos de la tradición de las leyes *Omnimodo, Quoniam in prioribus, Si quando, § Et generaliter, y Scimus* (Cod. 3, 28, 30, 32, 35, § 2 y 36)— ni hoy tiene porque serlo. El legitimario, sin necesidad de ser heredero de clase alguna, está legitimado en estos supuestos, como tal legitimario, para ejercitar los remedios precisos para obtener el suplemento, la reducción de mandas y legados, la rescisión de donaciones, las opciones legales o testamentarias que le competen y la rescisión de la partición. Sin que necesite tomar la iniciativa respecto a los gravámenes, condiciones y sustituciones, que se tienen por no puestos (221).

Si fuese cierta la tesis de Peña resultaría que el legitimario preterido, o injustamente desheredado, que renunciase al ejercicio de las respectivas acciones impugnatorias, y que, por tanto, no sería heredero, y hubiese recibido alguna donación o legado insuficientes o con gravámenes, condiciones o sustituciones, no podría ejercitar ninguno de los enunciados remedios, ni tener por no puestas las condiciones, gravámenes o sustituciones. Por cierto que aquí, Peña (222) invoca el clarísimo trabajo de Fuenmayor, *Intangibilidad de la legítima*, donde —como hemos advertido al principio de este trabajo (223)— no se

(220) PEÑA, p. 872.

(221) Cfr., respecto todos estos remedios lo que decimos en *Las legítimas* II, cap. XI, pp. 997 a 1181, y *Panorama...*, vol. I, sec. III, cap. III, § III, nn. 282 a 302, pp. 615 a 657.

(222) PEÑA, nota 80, p. 872.

(223) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 9.

refiere a delación legal alguna a favor del legitimario, sino a un conjunto de prohibiciones y de garantías en favor de los legitimarios.

8.º *El legitimario a quien el testador asigna un legado imputable a la legítima, no renuncia a la herencia.* He ahí su versión particular del tema referido en el artículo 815 C. c. (224) y uno de sus caballos de batalla principales.

Es curioso el razonamiento de nuestro amigo, que parte —dice— de la finalidad y antecedentes de este artículo: «En el artículo 815 se trata, como demuestran los comentarios de García Goyena sobre el artículo correspondiente del Proyecto de 1851 (el art. 645), de expresar con claridad que el heredero forzoso a quien en el testamento no se le instituye heredero, pero al cual se le dejase algo por cualquier otro título, no se consideraba preterido» ... «Pero no parece que, además, se pretendiera —contra los precedentes— que el llamamiento del legitimario como *heredero* forzoso, dependiera en definitiva, del arbitrio del testador, el cual siempre satisface la legítima, con un legado —*sucesión a título particular*—, y que el legitimario, que pretendiera hacer valer sus derechos, no le quedara, entonces, otra opción que aceptar el legado».

Confieso que estas afirmaciones me chocan. ¿Qué precedentes existen de un llamamiento del legitimario como *heredero* forzoso? Hemos visto, creo que sin lugar a duda alguna —por lo menos yo no la tengo—, que jamás ha habido en el derecho general de Castilla— no hablo de los fueros locales— llamamiento legal alguno del legitimario como heredero forzoso. Si al legitimario se le calificaba de heredero forzoso era porque se le consideraba preterido si la legítima no se le dejaba como heredero y, por ello, se invalidaba la institución testamentaria de heredero. Desde el momento en que dejó de requerirse que el legitimario fuera necesariamente heredero y pudo dejársele la legítima por cualquier título, se aclaró que, en ese caso, «*sólo podrá pedir el complemento de esa*» [la legítima].

Este es el sentido que le dio García Goyena (225). Y así lo entendieron, sin excepción alguna, todos los primeros comentaristas del Código civil: Manresa, Navarro Amandi, Bofarull, López R. Gómez, Scaevola, Bonel, Sánchez Román, Falcón, Burón (226), y, después, De Diego, De Buen, Castán Tobeñas, etc., etc. (227).

Pero Peña —después de afirmar que, en el derecho de las Partidas, el legitimario a quien no se le hubiera designado heredero y sí dejado un legado, además de la opción de quebrantar el testamento o aceptar el legado, tenía una tercera posibilidad de: «Recibir el legado y hacer la protesta de que le queda a salvo la acción de quebrantar el testamento: en tal caso, según comenta Gregorio López, persistirá el legado y además —de acuerdo con los criterios de derecho común— conservara la acción para quebrantar el testamento»— insiste: «Lo que se quiso

(224) PEÑA, pp. 872 y ss.

(225) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 645, p. 96.

(226) Cfr. los textos pertinentes, en *Notas críticas*, notas 242 a 250, en A.D.C. XVIII-I, pp. 90 y ss., o en *Estudios...*, vol. III, pp. 167 y ss.

(227) Cfr. *Las legítimas*, I, cap. VI, § I, III, nota 35, p. 575.

en el artículo 815 para el caso de legitimario favorecido fue eliminar la acción del legitimario para impugnar, por preterición, la institución de heredero. Pero sin eliminar la condición de heredero forzoso, pues el testador no puede transmutar con el legado un llamamiento hereditario que no se funda en la voluntad del testador sino que viene impuesto por la ley. Y sin eliminar, tampoco la facultad, siempre reconocida —en el derecho común y en las Partidas— al legitimario a quien se hacía un legado, de renunciar al legado sin dejar de ser legitimario» (228).

Es preciso también aquí deslindar cuestiones que a Peña se le entremezclan o, por lo menos, lo parece al exponerlas juntas.

Es muy cierto que la Partida 6, 8, 5, en su apartado 2.º dice: «*Mas si aquella parte la dexasse en el testamento non como e heredero, mas como en razón de manda, estonce podría quebrantar tal testamento*». Pero, es así porque falta la institución del hijo, necesaria conforme la Novela 115, cap. 3 y 4, tal como glosa Gregorio López (229).

También es verdad que, en sus dos siguientes apartados, dice esa ley: «*E esto se entiende, si el fijo, non recibiesse aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiesse, e non lo protestasse diciendo, que la fincasse en saluo la querella que auia de tal testamento, non podría despues quebrantarlo*». O sea, que podía el hijo recibir la manda protestando que se reservaba el ejercicio de la querella. Mas si la ejercitaba y su impugnación prosperaba, invalidándose la institución de heredero, aunque se mantuvieran las mandas y legados dispuestos en el testamento, no se aplicaba esa regla a las dispuestas a favor del impugnante que consiguió la invalidez de la institución, según el criterio iniciado en la glosa de Martín Syllimanus y que, impuesto por las razones de Bartolo —sería absurdo que el preterido o desheredado tuviera más que el instituido— y de Baldo —si el testador legó *animu minuendi*, lo dejado para disminuir la porción no debe incrementar!a—, se erigió en común opinión, seguida, entre otros autores, por Paulo de Castro, Jasón, Pedro de Ancharano (230). Palacios Ruvios la aplicó al derecho de Castilla, para estimar válidas las mejoras de tercio o quinto hechas a título de legado a favor de quien no hubiese impugnado el testamento e invalidadas las que favorecieran al impugnante (231).

Es decir, aun cuando pudiese aceptarse el legado reservándose el ejercicio de la querella, en el caso de que ésta triunfara, lo legado al impugnante quedaba invalidado. O sea, no podía recibirse ese legado además de la cuota hereditaria *ab intestato* correspondiente al invalidarse la institución testamentaria.

Por otra parte, la posibilidad de optar por renunciar al legado y ejercitar la querella, derivaba como consecuencia de la preterición, dimanante de no haberse instituido heredero al legitimario. De modo

(228) PEÑA, pp. 873 *in fine* y s.

(229) Gregorio LÓPEZ gl. a las palabras *podría quebrantar*, gl. 26 a dicho tít. VII, ed. y vol. cit., p. 566.

(230) Cfr. *Cautelas de opción*... I, A, a, β , en *Estudios de...* III, pp. 284 y ss.

(231) PALACIOS RUVIOS, op. cit., ley 24, n. 15, aps. 2.º y s., fol. 65 vto.

tal que, desaparecida la necesidad de dejar la legítima a título de heredero para la validez de la institución, ya no cabe ese ejercicio, sin perjuicio de que las demás acciones que competan al legitimario puedan utilizarse, si se da su respectivo supuesto. No hay duda de que el legitimario no deja de serlo por aceptar el legado; pero no tiene opción ni acción alguna para ser heredero; puesto que no tiene derecho a serlo ni lo es si él testador no le instituye, puesto que no está llamado *ex lege* a título de heredero, sino únicamente es legitimario-legatario, protegido por las correspondientes acciones, entre las cuales no se hallan —en ese supuesto— las de preterición ni de desheredación injusta.

«Hoy —añade aún Peña— el que por ley es heredero forzoso puede "renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar éste y aceptar aquélla" (cfr. art. 980), o aceptar la herencia y el legado (hipótesis de la que parte el art. 815)». Estas tres afirmaciones las apoya en el presupuesto inexistente de la, por él imaginada, delación forzosa de una cuota de herencia, que —hemos visto— no se producía en el derecho que el Código debió recoger y, menos aún, se da en éste que no pretendió germanizar la legítima sino, por el contrario, aproximarla a la de las regiones forales (232).

Al legitimario no instituido al que se otorga un legado no se le ofrecen, pues, acumulativa ni alternativamente un llamamiento a la herencia y la atribución del legado, sino únicamente éste en satisfacción de la legítima, sin perjuicio de los demás derechos que, como legitimario, le correspondan para completar su legítima, sea en cuanto a su *quale* —ineficacia de cargas, condiciones y sustituciones (art. 813, § 2, u opción del art. 820, n. 3)— o a su *quantum* —acciones de suplemento (art. 815), reducción de legados (arts. 817 y 820), rescisión de donaciones (arts. 636, 654 y 820), impugnación de actos simulados por el causante que la perjudiquen (art. 813, § 1.º). Esto explica la supresión, en el artículo 815, del adverbio «sólo» que contenía el artículo 645 Proy. 1851; si bien cree Peña tuvo otro sentido: «Nótese —dice— que en el artículo 815 C. c. ha desaparecido el adverbio sólo («sólo podrá pedir el complemento») contenido en el correspondiente artículo (art. 645) del Proyecto de 1851». No lo entendió así ninguno de los primeros comentaristas del Código, ni después ninguno de sus grandes tratadistas (233). Ni pudieron entenderlo así, puesto que ninguno de ellos imaginó una delación legal forzosa como cauce de la legítima. A su juicio: si había preterición o desheredación injusta se invalidaba en todo o en parte la institución testamentaria; si no la había, el legitimario-legatario disponía de los remedios precisos para recibir íntegra y sin gravámenes, condiciones y sustituciones su legítima, y nada más, puesto que había desaparecido la necesidad de instituir heredero a los descendientes legitimarios para la validez de la institución testamentaria. ¡Ni menos, ni más!

(232) Cfr. *supra*, el texto de Alonso Martínez correspondiente a nuestra nota 191.

(233) Cfr. *supra* citas a las que me remito en las notas 226 y 227.

A continuación (234), sintetiza Peña lo que, a su juicio, es la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el artículo 815, y cita las SS. 16 enero 1895, 21 febrero 1900, 25 mayo 1917 y 23 abril 1932, ya examinadas por Fuenmayor, en su estudio *Acumulación a favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria* (235), y que también yo examiné en 1948, colacionando además la sentencia —posterior al artículo de Fuenmayor— de 3 junio 1947 (236).

De las deducciones que efectúa Peña debemos fijarnos en especial, por no parecernos correctas, en las siguientes: «2.º) No obstante el legado sigue vigente el llamamiento forzoso del legitimario a una porción de herencia; este llamamiento prevalece sobre las demás disposiciones del testador que se anularán en la medida necesaria (nulidad parcial) en cuanto impliquen detrimento de la legítima o impongan sobre ésta gravamen, condición o sustitución (SS. 16 enero 1895, 21 febrero 1900, 25 mayo 1917, 27 abril 1932). 3.º) ... «Mientras no conste con claridad que es otra la voluntad del testador, el legitimario ha de recibir, con independencia, la porción hereditaria y el legado, pues así resulta del artículo 1.037 C. c. (S. 21 febrero 1900).

Como ya hice notar, en el lugar que acabo de referir:

— Las SS. 16 enero 1895, 25 mayo 1917 y 23 abril 1932, contemplaron supuestos en los cuales el respectivo testador había instituido herederos voluntarios y otorgado legados a legitimarios; y si éstos invocaron el artículo 815, no fue con el objeto de resolver si el legado debía acumularse a la legítima o bien sustituirla hasta el alcance de su cuantía —lo cual ni siquiera discutieron—, sino porque, en los tres casos, parecía evidente la voluntad del testador que no se acumularan; por lo cual, y ante la insuficiencia del legado para cubrir la legítima, se dio aplicación a los artículos 815 y 817.

— Y, en cambio, las SS. 21 febrero 1900 y 3 junio 1947 se ocuparon concretamente del problema de la acumulación, o no, de un legado a la legítima, en sendos supuestos de legados otorgados, respectivamente, a una hija natural y a la esposa del testador, que fue cónyuge viudo de éste (notemos que se trataba de legítima *pars valoris*

(234) PEÑA, pp. 874 y s.

(235) FUENMAYOR, op. cit., VI, R.G.L. y J., 179, enero 1946, pp. 76 y ss.

(236) *Imputación de legados otorgados a favor del legitimario*, XI, en R.D.P., XXXII, abril 1948, pp. 345 y ss. Este estudio lo recogimos en *Estudios de...* IV, pp. 13 y ss., rectificado —conforme explico en la advertencia preliminar (p. 9)—, pues cuando apareció, en 1948, todavía no había yo calado hasta el fondo en la naturaleza normativa de carácter limitativo, o de freno, de las legítimas en nuestro sistema sucesorio, y aún pensaba en que cuando el causante disponía a favor de los legitimarios se producía una coexistencia de sendos llamamientos, determinando la propia ley, la preferencia del llamamiento voluntario en cuanto respetara la cuantía y la calidad legalmente requeridas, produciéndose así lo que denominábamos una superposición relativa. Nuestra profundización, dos años después —en la parte I de nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*— en el sentido negativo de limitación de facultad de disponer que nuestras legítimas significan, nos obligó a rectificar los epígrafes III, IV y V, especialmente, de ese primer estudio (el epígrafe XI, dedicado en la jurisprudencia se halla, en ese vol. IV, en las pp. 103 y ss.).

bonorum, la de los hijos naturales entonces, y de cuota de usufructo, la del cónyuge viudo). Ambos fallos dieron lugar a su acumulación. El de la primera porque «cuando la voluntad del testador no se manifiesta claramente en tal sentido, el artículo 815 no impide, y el 1.037 expresamente sanciona (237), que se acumulen con lo que corresponda a su herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento, lo cual se ajusta a la sentencia de 16 enero 1895, porque si bien en ella se limitó el derecho de una hija natural, a quien el testador dejó una manda inferior a la legítima, a pedir el complemento de ella, hay que tener presente que en aquel caso fueron instituidos herederos voluntarios y, por lo tanto, con toda claridad resultaba la voluntad del testador de reducir al importe de dicha manda la participación de la hija en los bienes de su herencia, y, de conformidad con los artículos 813, 814 y 1.037, procedía únicamente completar la legítima, respetando la clara testamentificación en cuanto lo consienten los preceptos legales». Y la sentencia de 1947, después de reproducir estas mismas consideraciones, añade que esa doctrina «resulta perfectamente aplicable al caso de autos, en que el testador no solamente no expresó claramente su voluntad de mermar la legítima de su viuda, sino que existen, por lo que ha quedado expuesto, elementos bastantes para inducir lo contrario...» (238).

En suma, de la *ratio decidendi* de todas estas sentencias queda claro que si la voluntad del testador es la de que el legitimario no sea efectivamente sino legatario, no será otra cosa, sin perjuicio de su derecho a complementar lo recibido hasta cubrir su legítima (sin que juegue, ni falta hace, esa —inexistente en el Código civil— delación legal o forzosa a título de heredero); y únicamente podrá reclamar acumulativamente el legado y el contenido de su legítima cuando así resulte, expresa o tácitamente, de la voluntad del testador. Una y otra posibilidad, previstas y aceptadas por el Tribunal Supremo, contradicen, pues, las tesis de Peña. Y es natural que así sea, puesto que ni la ley confiere al legitimario derecho a exigir más de cuanto por legítima le corresponda ni —en el caso examinado— el testador quiere que perciba mayor porción de sus bienes.

Peña añade otra sentencia posterior a las contempladas en los trabajos de Fuenmayor y mío, la de 11 enero 1950, que —ciertamente en un

(237) Cfr. nuestra crítica a esta invocación del artículo 1.037 C.c. en el trabajo citado en la nota anterior, *Estudios...* IV, pp. 105 *in fine* y ss., en pp. 77 y ss.

(238) Hago constar que inicialmente consideré que era efectuada directamente por la ley la atribución —a título singular— de la cuota legal usufructuaria (R.D.P., últ. cit., pp. 343 y ss.); pero, como hice notar al recoger ese trabajo en mis *Estudios...* IV (nota 127, pp. 101 y ss.), al convencerme de que la naturaleza del llamamiento legal a la legítima viudal es, como en las demás legítimas, subsidiario (*Las legítimas*, cap. VIII, § I, 8, vol. II, pp. 756 y ss.), acepté la opinión de mi compañero Manuel de la CÁMARA (*Estudios sobre pago de la legítima en metálico*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1961, pp. 584 y 588, en especial nota 385), rectifiqué la opinión favorable a la acumulación y me decidí por la imputación del legado a esa cuota, siempre que la solución contraria no pueda deducirse del tenor del testamento (cfr. *Las legítimas*, cap. IX, § 1, 26, pp. 855 y s.

obiter dictum— dice que «el causante no pudo enfrentarse válidamente con la ley» y que «no es indiferente que la atribución se efectúe en concepto de herencia o de legado». Se trataba de decidir si el cónyuge viudo debía participar en el pago de los gastos comunes de la partición —en aquel caso del juicio de testamentaría (239)— y así lo resolvió la sentencia, atendiendo a la naturaleza de legado de parte alícuota que corresponde al de la parte de libre disposición dispuesto por el testador a favor de su esposa.

Reitera tenazmente, una vez más, Peña (240): «El legitimario continúa siendo llamado como heredero forzoso a una porción hereditaria. El mismo artículo 815 C. c. (y también el 817) presuponen que, con independencia de la voluntad del testador, el legitimario sigue teniendo por ley derecho a la legítima [lo que es muy cierto] en concepto de *heredero forzoso* [lo cual venimos viendo que no es así, como no sea nominalmente]». Y señala como distintas posibilidades que tiene el legitimario favorecido por un legado:

«a) El legitimario renuncia a la herencia y acepta el legado. Entonces sólo tendrá facultades de legatario». Pero, es de aclarar que el favorecido sólo por un legado imputable a la legítima no tiene porqué renunciar a la herencia, ni puede hacerlo puesto que no tiene derecho alguno a ella. No tiene sino el de reclamar cuanto le corresponda para completar su herencia en cantidad y calidad.

«b) El legitimario renuncia al legado y acepta la herencia (la legítima). Se producen entonces los peculiares efectos del llamamiento forzoso, en relación con los bienes hereditarios». Pero, como hemos visto repetidamente, esto nada tiene que ver con nuestra realidad. Si ese legitimario no instituido heredero renuncia al legado, no puede aceptar otra cosa, puesto que la legítima se le atribuye por este legado que no acepta; y no hay llamamiento forzoso de heredero.

«c) El legitimario acepta la herencia y el legado». Pero, esto sólo le es posible si corresponde a la voluntad del testador; pues, si de la voluntad de éste, según el tenor del testamento, resulta que no le atribuye cuota hereditaria alguna, el legitimario no tiene llamamiento hereditario que aceptar, y de aceptar el legado en satisfacción de la legítima, sólo le cabe pedir el complemento que, en su caso, le corresponda. Así, como hemos visto, lo ha reiterado el Tribunal Supremo. Y lo demás que Peña añade al enunciado transcrito me parecen puras lucubraciones sobre presupuestos inexistentes.

En el supuesto indicado en el último párrafo de este epígrafe, de legado que puede sin efecto por transformación, enajenación o pereci-

(239) En uno de sus considerandos, esta S. 11 enero 1950, dice de la cuota viudal que aun cuando, la viuda, «por su carácter de usufructuaria, por la temporalidad de su derecho y por la modalidad especial que para la efectividad de su legítima establece el artículo 838 C.c. su posición jurídica no sea absolutamente idéntica a la de un genuino sucesor universal, particularmente en el aspecto de responsabilidad, por deudas hereditarias, pero es indudable que su identidad por razón de gastos comunes de la partición...».

(240) PEÑA, p. 875 y s.

miento de la cosa legada (art. 869), resta vigente, sin embargo, su valor de reconocimiento de la legítima (241).

V. EL CARACTER DE HEREDERO QUE TIENEN LOS «HEREDEROS FORZOSOS»

A) INDICACIONES GENERALES

Partiendo de que el nombre de heredero hace la cosa —aunque, como hemos visto, su aplicación a los llamados «herederos forzosos» sólo es una reminiscencia histórica (242)—, el *nomen* para Peña (243), como en el originario derecho romano, determina su contenido. Podríamos, por tanto, dar por inútil seguir analizando las consecuencias que deduce de ese presupuesto. Pero el seguirle en ellas puede resultar como una piedra de toque de su tesis, atendiendo a las consecuencias de que ella resulten. Por sus frutos la conoceremos mejor.

1. Consecuencias *no patrimoniales*. Peña (244) asigna a los denominados herederos forzosos las mismas que a los voluntarios. Por ello no entra en la cuestión de si ciertas facultades no corresponden propiamente a los herederos sino a determinados familiares del finado (245).

2. Consecuencias *patrimoniales*. Según dice Peña (246), el legítimo, como heredero forzoso (en el sentido que él asigna a esta expresión, por encima de toda realidad que no sea ese nombre), «como cualquier otro heredero pasa a sustituir, *compartidamente* con los demás herederos, la titularidad del patrimonio hereditario en cuanto *unidad abstracta* de bienes de la herencia». Por tanto, a su juicio, se produce esa cotitularidad, incluso cuando les sea satisfecha íntegramente su legítima con legado o donaciones sin habérseles designado herederos, o cuando se cubriera con una institución *ex re certa*.

En eso llega mucho más lejos de lo que, en el régimen anterior, llegaban quienes —basándose en la necesidad de atribuir la legítima a título de heredero para la validez de la institución testamentaria, exigencia que hoy ya no se da— consideraban que los hijos y descendientes siempre eran herederos. En efecto, si bien lo creía así Vázquez de Menchaca, dado el *ius ad crescendi* que competía al instituido en cosa cierta si no llegaban a heredar los instituidos *ex asse* y habida cuenta de la facultad de impugnar el testamento correspondiente al preterido y al desheredado, en cambio, él mismo, reconocía que una vez renunciada la acción de impugnación, y aceptado el legado en satisfacción de la legítima, no era ya sino legatario (246). Pensamos que esto sería

(241) Cfr. *La legítimas* I, cap. VI, § II, n. 9, nota 75 y párrafo *También equivale*, p. 608 y n. 13, β, pp. 614 y s.

(242) PEÑA, p. 876.

(243) *Supra*, III, A.

(244) PEÑA, pp. 876 y s.

(245) Cfr. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1971, 27; pp. 249 y ss.

(246) Cfr. *supra* texto correspondiente a las notas 49 y 50.

también el legitimario instituido *ex certa re* cuando el *heres ex asse* aceptara la herencia.

B) LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE BIENES QUE SE CONSIDERAN HEREDITARIOS A EFECTOS DE LA LEGÍTIMA Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS LEGITIMARIOS POR LAS DEUDAS DEL CAUSANTE

Peña (247) distingue los bienes que integran el haber hereditario tanto para los herederos voluntarios como para los forzosos, y aquellos otros que sólo lo incrementan para estos últimos. Es decir, llama haber hereditario de los herederos forzosos a la masa contable formada, a efectos de cálculo de sus legítimas, por la suma de *relictum* y *donatum*. Pero, propiamente, los bienes donados no forman parte de la herencia ni del haber hereditario; puesto que no retornan realmente a la herencia del donante, sino tan sólo se suman a ella para conocer el montante de las legítimas; y, pese a computarse, a ese efecto, en ellos no tienen los legitimarios derecho sucesorio alguno, sino tan sólo —en caso de darse su supuesto— la acción de rescisión por inoficiosidad.

En relación a las deudas, dice que «la posición del legitimario es la misma que la de cualquier otro heredero, como sucesor universal que es, sucede al causante en las deudas (cfr. arts. 659, 660, 661 C.c.). Está, pues, pasivamente legitimado en las reclamaciones de los acreedores» (248). E invoca que el Tribunal Supremo «supone en sus sentencias que los herederos forzosos responden de las deudas hereditarias como los demás herederos».

He examinado las sentencias que Peña cita (249), y en todas, sin excepción, se trataba de verdaderos herederos, testamentarios o abintestato, aunque además fueran herederos forzosos en el significado usual de esa expresión. Es decir, en ninguna de ellas se examina el supuesto referido a legitimarios que no fueran herederos testamentarios ni abintestato.

En cambio, la S. 4 julio 1906 con referencia al cónyuge viudo —y no en un nuevo *obiter dictum*, como cree Peña— declaró no infringidos los artículos 661 y 1.084 C.c., por no ser aplicables a todos los legitimarios, sino «tan sólo a los herederos forzosos universales, que son los que suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, y a quienes únicamente alcanzan las responsabilidades que impone el artículo 1.084 del mismo cuerpo legal; pero de ningún modo a los que son llamados singularmente al disfrute temporal de determinada porción hereditaria, como el cónyuge superviviente...».

Y la S. 12 enero 1920, como verdadera *ratio decidendi*, consideró que «el precepto establecido en el artículo 668 del Código civil, y en general cuantos se refieren en el mismo cuerpo legal a la sucesión testada, no otra cosa denotan sino que lejos de supeditarse al ritualismo

(247) PEÑA, pp. 878 y s.

(248) *Ibid.*, pp. 879 y ss.

(249) PEÑA, se remite a su nota, 25 p. 857, en la que cita las SS. 5 diciembre 1872, 25 junio 1884, 9 abril 1887, 29 octubre 1888 y 31 diciembre 1891.

de nuestro antiguo derecho y al que informaban las instituciones romanas, hoy puede el testador disponer de sus bienes, en todo o en parte, lo mismo a título de herencia que a título de legado, dependiendo por consecuencia la situación de los que adquieren como sucesores universales o singulares, no de distinciones doctrinarias, a veces de puro nombre, sino de lo que de acuerdo con la realidad y la justicia se acomode a la verdad y a las leyes, con tal que se vea clara y expresa o por lógica interpretación se deduzca la voluntad de transferir a una persona determinada los bienes de que se dispone, con las inherentes responsabilidades o limitaciones establecidas por el testador, la ley o los derechos preexistentes a favor de otras personalidades».

Notemos que, en su supuesto, el testador había legado el tercio de libre disposición a su viuda, mejorado a sus nietos —que fueron los demandantes— e instituido herederos a su viuda y a su única hija, madre de los nietos mejorados, en el remanente de sus bienes y en la proporción y alcance del Código civil (remanente constituido por la legítima estricta de su hija, y por el montante de la legítima viudal). Advierte el T. S. que, si bien «por regla general la viuda que sólo recibe su cuota viudal y el legado que le fuere dejado en el testamento, no reúne el carácter de heredera para el efecto de ser demandada por razón de deudas existentes contra la herencia, la recurrente no puede ampararse en esta doctrina, puesto que según declara la sentencia se encargó al fallecimiento de su esposo de la administración de los bienes de la herencia que todavía no está liquidada»; por lo cual estimó que «se evidencia la imposibilidad de que los hijos de la hija del testador demanden a su madre, que sólo hereda la legítima estricta, que la ley no autoriza que se merme y grave en forma alguna, y, en cambio, han podido reclamarla a la sucesora en la parte de libre disposición, única que puede ser gravada; mucho más tratándose de una heredera que, según afirma la Sala sentenciadora, posee y administra la casa afecta a la hipoteca constituida en garantía del crédito reclamado».

En una nota (250), pregunta Peña ¿cómo responden de las deudas los legitimarios que han recibido, en concepto de legítima, bienes por un título singular?

Hemos visto que la S. 10 enero 1920 vino a considerar a la designada heredera únicamente en su legítima estricta, como si fuese mera asignataria de una cuota de bienes líquida —es decir de una *pars bonorum* y no de una *pars hereditatis*— a pesar de la palabra heredero empleada en el Código civil y utilizada por la testadora.

Nuestro amigo, después de referirse a la opinión de Morell y Terry y a mi exposición de la doctrina acerca de la responsabilidad del mejorado que renuncie a la herencia y acepte la mejora (251), se inclina por

(250) Nota, 87, pp. 879 y s.

(251) Tema del que me he ocupado en *Imputación de legados a...*, V, R.D.P. 1948, pp. 328 y s., o *Estudios*, IV, pp. 56 y s.; en *La mejora tácita* V, 40, A.A.M.N. VIII, pp. 45 y ss., o *Estudios* IV, pp. 151 y ss., y en *Comentarios*, artículo 833, pp. 435 y ss. De la responsabilidad del legitimario que recibe su legítima estricta a título singular ya me ocupé en *Apuntes*, II, § 6, F, A.D.C., V-III, pp. 906 y ss., o separata, pp. 298 y ss.; y en *Las legítimas*, vol I, cap. IV, § I, 9, pp. 207 y s.

concluir: «que los legitimarios, no obstante haber recibido bienes (por título singular) *en concepto de legítima*, pueden renunciar a su carácter de heredero (cfr. arts. 833 y 890) [lo cual no es posible ni necesario sino en caso de ser instituido en el testamento o corresponderles por sucesión intestada, pues, no cabe renunciar a lo que no se es llamado]. Entonces, en cuanto a esos bienes, el legitimario, será considerado, *respecto a los acreedores* [¿porqué *considerados* y porque *respecto a los acreedores*, puesto que —dice— *lo es sin distingos?*], como extraño [¿porqué *como extraño?* y no simplemente como legatario no heredero] que sea adquirente a título singular...». En los demás casos: «Si no rige el beneficio de inventario —dice en el texto (252)—, responden *ultra vires* como los demás herederos (cfr. arts. 1.003 y 1.084 C.c.)».

Así tenemos un resultado que no sólo contradice la doctrina del Tribunal Supremo —que hemos expuesto— sino que está en contra de la naturaleza de las cosas como viene a indicar el antes transcrito primer considerando de la S. 10 enero 1920— y que es injusto. ¿Cómo a unos legatarios de cosa cierta o de cantidad, o que sólo deban recibir del heredero una cuota líquida, y que no se inmiscuyan en la posesión y administración de la herencia, se les va a imponer, para que no respondan sino como tales legatarios, que recurran al beneficio de inventario, que debe hacerse de todo el activo y pasivo de la herencia, con citación de los acreedores y legatarios y con los requisitos exigidos en los artículos 1.013 y ss. C.c., con las dificultades consecuentes y soportando los gastos consiguientes?

C) COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 818 C. C. CON EL CARÁCTER DE HEREDERO LEGITIMARIO

Peña (253) dice que la *ratio* de este artículo simplemente fue «determinar qué legados y donaciones eran inoficiosos» y «aunque se refiere a la determinación de la cuantía de la legítima, implícitamente se refiere también —por exclusión— a la determinación de la cuantía de la parte de libre disposición, y ni priva del carácter de heredero al que hubiera sido instituido como tal *en la parte de libre disposición*, ni priva, tampoco de carácter de heredero al que por ley lo es con carácter forzoso».

Distingamos: Es verdad que el artículo 818 sirve para determinar la oficiosidad o inoficiosidad de legados y donaciones y que no priva de la condición de heredero «al que hubiera sido instituido como tal». Pero —repito— la ley no instituye herederos forzosos, sino que únicamente les confiere derecho a percibir, por el título que sea, su legítima— que, en caso de haber más de un descendiente, es la estricta. Por tanto, pudiéndose satisfacer la legítima por cualquier título, le basta al causante dejar al legitimario ese mínimo, ya sea en bienes concretos, por donación, legado o institución en cosa cierta, o bien como *pars bonorum*, es decir, como legado de parte alcuota o sea de cuota de bienes líquida. Y de ese último modo debe entenderse atribuida la legítima de aquel de

(252) PEÑA, p. 879, párrafo final.

(253) *Ibid.*, p. 881.

los hijos, descendiente o ascendiente legitimarios a quien exclusivamente se le deja o reconozca lo que en dicho concepto le corresponda, cuando al testador instituya a otro u otros herederos universales.

Aclarado esto, quedan dos precisiones por hacer.

Una, referente al derecho de Castilla. Es muy cierto que globalmente la legítima era *toda la herencia excepto el quinto*. Pero, de una parte, cada legitimario de por sí, no tenía legalmente otro derecho sino el de exigir la *pars bonorum* correspondiente a su legítima corta, aunque debía dejársele a título de heredero; y, de otra, renunciada por él la acción de impugnación y aceptado el legado de cosa o de cuota de bienes, no podía reclamar sino el complemento de esa *portio bonorum* líquida (254) y, del mismo modo que el mejorado en cosa cierta o en cuota de bienes, se estimaba como legatario (255) si no le era otorgada a título de heredero.

La otra precisión se refiere a los supuestos en los cuales, *contra tabulas* por preterición —salvo de ser no intencional de hijos o descendientes— o por desheredación injusta, o bien *praeter tabulas* —en virtud del derecho de los descendientes de hijo premuerto no preterido (art. 814,3), del heredero justamente desheredado (art. 857) o declarado indigno (art. 761)— se tiene derecho a la legítima estricta. A mi juicio, en esos casos se recibe como *quota bonorum*, es decir, a título singular; pues, en ellos, la sucesión intestada se abre tan sólo de una cuota de bienes y no de herencia. Notemos que la sucesión *ab intestato* no sólo se puede abrir respecto de toda o parte de la herencia sino también respecto de los bienes de que el causante no hubiere dispuesto (art. 912, 2.º, ap. final) —válidamente se entiende (art. 912, 1.º, inc. 2.º)—. Por eso, el capítulo correspondiente de mi *Panorama* (256) lo titulo *Las atribuciones intestadas*, y no *La sucesión intestada*, y señalo varios supuestos en los cuales esa atribución se produce a título singular, y otros en los que tiene lugar atribuyendo el carácter de fiduciario o el de sustituto fideicomisario. La cual ocurre tanto en el Código civil como en la Compilación catalana.

D) COMPATIBILIDAD DEL CARÁCTER DE HEREDERO CON EL HECHO DE QUE EL CONTENIDO DE LA LEGITIMA PUEDA RESULTAR ENTERAMENTE CUBIERTO CON LA IMPUTACIÓN DE DONACIONES, O CON EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE DONACIONES

La cuestión que aquí plantea Peña (257) la predetermina con su presupuesto —equivocado, según venimos comprobando— de que el legitimario es heredero por delación forzosa dispuesta por la ley. Pero, el derecho a la legítima estricta —no unido a una institución testamentaria de heredero o a un llamamiento intestado a toda la herencia o a una cuota hereditaria— se concreta, como acabamos de ver, a una

(254) Cfr. *supra* II, B, 3, a, y II, B, 4, d.

(255) Cfr. *supra*, II, B, 4, a, III.

(256) *Panorama...*, I, sec. IV, cap. IV, 198, pp. 1086 y ss.

(257) PEÑA, pp. 882 y s.

cuota líquida de bienes, que, por lo tanto, en ese caso, no puede recibirse a título de herencia, sino como legitimario a través de la reducción de donaciones inoficiosas. No se trata, pues, de que no haya herencia porque no quede activo relicto, sino tan sólo que, en ese caso, no cabe legítima que sea *pars hereditatis*, aunque sí *pars bonorum*, en cuanto lo recibido a título de donación y a la parte reducible por inoficiosidad de lo donado a otras personas.

Primer supuesto: La legítima está enteramente cubierta con la imputación de donaciones. Peña cree que es análogo al de la colación, prevista en el artículo 1.035 C. c.

Pero, olvida que la colación sólo tiene lugar entre herederos forzosos de la misma clase y que efectivamente lo sean, ya sea porque estén instituidos herederos o porque lo sean *ab intestato* (258). Tanto es así que quienes renuncien a la herencia no tienen que colacionar, sin perjuicio de las reducciones por inoficiosidad a que haya lugar (artículo 1.036).

En cambio la imputación a la legítima de las donaciones no las lleva a la masa partible, sino a la meramente contable que constituye la *masa de cálculo* de ésta; y, tan sólo en cuanto resulten inoficiosas integra su valor la *masa de extracción* de la legítima efectiva, que es cuota de bienes (259) y no de herencia.

Segundo supuesto: La legítima está enteramente cubierta con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones. Mi amigo sienta que «el carácter de heredero (de legitimarlo), es en primer lugar, presupuesto, para el ejercicio de la acción de reducción». ¡Volvemos siempre al mismo equívoco entre legitimario y heredero!

Con la tesis de Peña, coherentemente aplicada, el legitimario no instituido heredero que cubra su legítima por donaciones recibidas tendría que renunciar a la herencia o aceptarla a beneficio de inventario para no responder ilimitada y solidariamente de las deudas del causante. Pero como no podría renunciar a la herencia para estar legitimado para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, tendría que acogerse al beneficio de inventario a fin de no responder ilimitada y solidariamente de dichas deudas. Es algo que también nos parece va en contra de la naturaleza de las cosas, y que resulta en perjuicio de esos legitimarios a quienes se quiere llenárseles la boca proclamándoles que son herederos sin serlo realmente.

(258) Cfr. *Apuntes...* III, § 14, A, b, 2.º, 3.º y 5.º, en A.D.C. VIII-II, pp. 407 y ss. y 411 y ss., o separata, pp. 571 y ss., y 575 y ss., o en *Estudios*, IV, pp. 498 ss., y 503 y ss.

(259) Cfr. *Apuntes* III, § 13, A, en A.D.C., VIII-II, pp. 375 ss. o separata, pp. 539 y ss., o *Estudios* IV, pp. 451 y ss.; y *Panorama* II, sec. IX, cap. IV, 381, pp. 829 y ss.

VI. EL CARACTER DE HEREDERO COMO CLAVE PARA CONOCER EL REGIMEN DE LA SUCESION DEL LEGITIMARIO

Dice Peña (260): «Una fuerte objeción frente a las doctrinas que niegan el carácter de heredero al legitimario es que abre en el sistema del Código civil una inmensa laguna sobre la singular figura del legitimario (puesto que no es heredero ni legatario). El Código estructura el sistema sucesorio sobre la distinción heredero-legatario (cfr. art. 660 Código civil) y resulta que —contra lo que debería esperarse de los codificadores— habría omitido la figura del legitimario».

Llama la atención que Peña —quien demuestra su capacidad constructiva al fabricar mentalmente una concepción de la legítima apoyada en frases sueltas de los textos clásicos y con la literalidad de la denominación *herederos forzosos*, en contra de lo que pensaban los autores de aquellos textos, de lo que era la legítima castellana, de lo que se pretendió fuera la del Código civil y de lo que resulta del contenido de sus textos leídos sin el perjuicio de esa denominación que ya no es sino la reminiscencia histórica de otra cosa (necesidad de instituir heredero para la validez de la institución testamentaria, y no delación legal directa)— no advierta que la figura del legitimario no se halla en la dicotomía heredero-legatario, sino en otro plano diferente, como titular del derecho a obtener un activo de bienes líquido, que puede recibir *por cualquier título* (herencia, legado, donación *inter vivos* o *mortis causa* o sucesión intestada *praeter* o *contra tabulas*, como antes hemos visto) (261).

Es en esa tesitura que pregunta: «O es que cabe renunciar la herencia y aceptar la legítima». Ya lo hemos visto: no cabe si la legítima se deja a título de heredero; sí cabe en caso de dejarse la legítima a título de legado o de donación y, además, el mismo legitimario es designado heredero.

Y prosigue con esta objeción: «si la legítima no implica, por sí, sucesión en las deudas y en ningún precepto se impone al testador que nombre heredero al legitimario» ... «instituirle heredero significa *imponerle* la sucesión en las deudas», siendo así que «el testador no puede imponer sobre la legítima *gravamen* de ninguna *especie*, como no sea lo que por naturaleza implique la condición de legitimario».

Cualquier jurista práctico está bien percatado de que entre un heredero y un legatario, aunque éste lo sea de parte alícuota, existen otras diferencias que la responsabilidad directa, solidaria y *ultra vires* por las deudas hereditarias. No es lo mismo deber entregar o tener que recibir un legado, y esa diferencia justifica aquella otra. Ser continuador de las relaciones activas y pasivas del causante reporta ventajas e inconvenientes; tener derecho a recibir bienes concretos y una cuota de bienes ya liquidada sin poder inmiscuirse por propia autoridad en

(260) PEÑA, pp. 884 y s.

(261) Cfr. *supra*, II, C y IV, C 8.º, al comentar el art. 815.

ellos, también ofrece ventajas e inconvenientes con relación a la posición del heredero. Si el causante puede satisfacer la legítima de uno u otro de esos modos, en ninguno de ellos se impone al legitimario gravamen alguno que no sea inherente al respectivo título por el cual puede serle atribuida —«*por cualquier título*» dice el art. 815 y puede satisfacerse sin merma alguna tanto con una *pars hereditatis*, siempre que la diferencia entre activo y pasivo cubra el haber legitimario calculado conforme determina el artículo 818, como con una *pars bonorum*, líquida que también lo cubra.

Aún entiende Peña que en favor de su tesis aboga que, de no considerarse como heredero al legitimario, se producen cuatro lagunas, respecto de las cuales hace otras tantas preguntas. Sin embargo, en mi larga práctica nunca las he notado. La pregunta cuarta está ya contestada (262); y de la tercera hablaremos al llegar al tema del juicio de testamentaria. La posición del legitimario en el régimen de la venta de herencia o del retracto de coherederos, dependerá de cuál sea su título y de la individualización o no de su derecho (del mismo modo que, una vez efectuada la partición, los herederos ya no pueden ejercitar el retracto de coherederos), y sin perjuicios del retracto que como comuneros puede corresponderles por su cuota indivisa de bienes aún no siendo herederos. En fin, en cuanto a la pregunta de si cabe designarles contadores partidores, la solución dimana de la específica *ratio* de la prohibición impuesta a los herederos, que no es otra que la incompatibilidad entre ser partididor y parte; por lo cual, es obvio que no podrá serlo nunca el legitimario en una partición en la cual deban computarse las legítimas para juzgar de la oficiosidad o inoficiosidad de las disposiciones testamentarias y de las liberalidades efectuadas por el causante.

VII. EL CARACTER DE HEREDERO FORZOSO COMO CLAVE PARA CONOCER, EN PARTICULAR, EL SISTEMA DE LAS ACCIONES PROTECTORAS DE LA LEGITIMA

A) INDICACIÓN GENERAL

«Los autores que no parten de que el legitimario es heredero forzoso —aduce Peña (263)— nos arrojan al complejo conglomerado de acciones del derecho común producto del aluvión de la historia. Aparecidas estas acciones en épocas y con finalidades diversas, se resisten a un tratamiento armónico».

Mi perspectiva del derecho no me permite reducirlo a unas coordenadas lineales de normas legales simplistas y de conceptos dogmáticos. Es algo más complejo, como lo es la vida, como todo lo que resulta de la experiencia acumulada y recogida a través de historia. El derecho «es historia», le he oído decir varias veces a Rafael Núñez Lagos.

(262) *Supra*, IV, C, 8, párrafos siguientes al que concluye con la nota 232.

(263) PEÑA, p. 885 y s.

Es historia viva de hechos jurídicos y de juicios acerca de su bondad, justicia, equidad y utilidad, en constante revisión; en cuya producción las normas tienen una función semejante a la que tienen las reglas del arte en la realización de la obra artística (264) y los conceptos una función ordenadora pero no creadora. Y en esta experiencia acumulada radica la perfectibilidad progresiva que se observa en la obra de los jurisconsultos romanos, de los autores del *ius commune* y en la labor de los grandes juristas castellanos de los siglos XVI y XVII, operando todos en contacto práctico con la vida.

Esa experiencia atesorada creo que los juristas hemos de tratar de comprenderla y si es posible mejorarla —como hicieron aquellos jurisconsultos— con el fin de captar el orden que llevan ínsito en relación con las cambiantes circunstancias, y no pretender reducirla a nuestros preconceptos mentales, disecándola. Lo cual siempre es empobrecedor.

Es decir, no se trata de someter la vida jurídica a nuestras ideas, imponiéndole la coherencia mental propia, a todo con nuestra capacidad respectiva, sino, por el contrario, de lo que debemos tratar es de abrir nuestra mente a aquella realidad y procurar entenderla tal cual ella es.

Sólo esto es comprender; lo otro es querer someter la realidad a nuestra voluntad o reducirla a nuestra capacidad, empequeñeciéndola en uno u otro caso.

B) EL SISTEMA DE ACCIONES QUE PROTEGEN AL HEREDERO FORZOSO

Cree Peña (265) que el régimen del Código civil —naturalmente según él lo concibe y reduce— «es más sencillo y más justo y práctico». Pienso que afortunadamente el régimen del Código civil es más rico, matizado, justo, adecuado y útil que el pretendido por nuestro amigo, en su interpretación, a la cual —además de faltarle apoyo por no corresponder su sistema al de nuestro Código, ni al castellano en el que se basa— ya le hemos encontrado varias secuencias que, para mi visión de viejo jurista práctico, resultan rígidas, poco adecuadas a la naturaleza de las cosas y en definitiva poco justas. Pero, vamos a continuar siguiéndole su intento de construcción.

El sistema de acciones protectoras de las legítimas no ha sido un capricho —ningún capricho arraiga en la historia—, ni una amalgama informe, sino que ha resultado de la misma naturaleza de las cosas.

No es lo mismo reclamar una legítima reconocida en un testamento, que tener necesidad de impugnarlo, sea por causa de preterición o bien por desheredación injusta. Tenemos ya, pues, tres distintas acciones, con diferentes supuestos de hecho.

Tampoco es igual que un legitimario reclame el complemento de la legítima al heredero o a sus coherederos, o bien que deba cubrirla

(264) La imagen es de Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II^a-IIae, 57, 1, ad. 2.

(265) PEÑA, p. 886.

mediante la acción de reducción de legados o por la reducción de donaciones. Tenemos otras tres acciones, también con diferente legitimación pasiva y con diversos presupuestos.

Asimismo, es diferente la posición de aquel legitimario a quien se le han impuesto legados o gravámenes de cantidad, cuya reducción deberá pedir —pues su cuantía deberá calcularse y fijarse— y la de aquél otro a quien le han sido impuestos gravámenes cualitativos (sustituciones, prohibiciones, condiciones), que le basta, simplemente, considerarlos por no puestos en cuanto afecten a su legítima —como había dispuesto la ley. *Quoniam in prioribus*—, bastando excepcionar esa ineficacia a quien reclame la efectividad del gravamen.

Ni es lo mismo instar el juicio de testamentaría como legitimario a título de heredero o de legatario de parte alícuota, que ejercitar la acción de rescisión de la partición hecha por el testador que lesione la legítima del reclamante, o exigir la entrega del legado *pro legítima*, con su suplemento, en su caso.

En fin, incluso la reclamación del suplemento de legítima, varía según la atribución incompleta se haya efectuado por uno u otro título. Diferencia ya observada por Vázquez de Menchaca (266), quien enunció que debía efectuarse de la misma forma y naturaleza que la atribución que había de complementarse; por lo cual, debía utilizarse, según los casos, la *actio petitio hereditatis*, la *actio ex testamento* o la *condictio ex lege Omnimodo*. Hoy ocurre otro tanto, según se haya efectuado la atribución insuficiente a título de heredero, en partición efectuada por el testador o por el contador partidor, en institución de cosa cierta, en legado de cosa cierta o de parte alícuota o en compensación dineraria (267).

Aparte de la diferencia de nombres, la realidad de las cosas en el derecho poco ha variado en esa perspectiva general.

1. La reclamación del legitimario cuando afecte a bienes hereditarios propiamente dichos.

«Siendo, como es, el demandante heredero *forzoso*, su título sucesorio de heredero arranca directamente de la ley; por tanto frente al heredero *forzoso* de nada pueden valer las disposiciones del testador que sean contrarias a la ley», afirma Peña, quien pregunta y responde así a esta pregunta que, él mismo, formula (268). «¿Qué característica tiene esta ineficacia?».

a) «En primer lugar, se trata de una ineficacia que la ley establece *sólo en protección del heredero forzoso*... «Cuando proceda será presupuesto necesario de la efectividad de la reclamación de la legítima la petición de nulidad, *total* o *parcial*, de una disposición testamentaria en cuanto contraría el llamamiento forzoso del legitimario...».

Lo cual no se consecuenta con la naturaleza que él ha dicho tiene la legítima como vocación legal forzosa; pues, siendo así, debería

(266) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars. cit. § X, 516 y ss., pp. 233 y ss.
 (267) Cfr. lo que dije en *Las Legítimas*, II, cap. XI, § I, 7, pp. 1014 y ss., o en *Panorama del...* I, nn. 287 y 288, pp. 624 y ss., y II, n. 324, p. 678.

(268) *Ibid.*, pp. 886 y ss.

bastar al legitimario hacer valer su propio derecho, sin necesidad de impugnar aquello que sería papel mojado, para un legitimario que arancara su título directamente de la ley. Pero, ocurre que de no saltarse aquí la lógica, esa tesis de Peña resultaría en franca contradicción con todos los preceptos del Código civil, que él mismo cita (arts. 814; 813, 815, 817 y ss., 824, 831, 863, 2, 877, 882, 1037, 1038, 1056, 1070, 1.º, 1075 y 851 C. c.) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es más, sin óbice de que la acción de reclamación de la herencia forzosa fuera renunciable —como admite Peña—, no dejaría de resultar una aporía que un llamamiento legal forzoso a una cuota de herencia pudiera compatibilizarse con un llamamiento testamentario a la misma cuota que sería eficaz en virtud de aquella renuncia. Este llamamiento testamentario sería subsidiario respecto de la sucesión forzosa, al contrario de lo que ocurre con la sucesión intestada. Creo que, de ser así, por lo menos, haría falta una previsión de aquella subsidiariedad que, no la hay, a diferencia de la clara asignación de carácter subsidiario a la sucesión intestada, respecto de la testamentaria, que señala el artículo 913 C. c.

«b) Se trata de una ineficacia *ipso iure*; desde el principio el llamamiento voluntario no produjo efectos *frente* al llamamiento forzoso (cfr. art. 763 II C. c.). En la colisión de llamamientos prevalece el *forzoso*. No es la sentencia la que produce la *anulación* de la disposición testamentaria, sino que simplemente declara la preferencia originaria, *total* o parcial, de la disposición testamentaria, en cuanto está en contradicción con el llamamiento forzoso, cuya fuerza preferente arranca de la ley desde la apertura misma de la sucesión».

Afirmaciones perfectamente coherentes con su presupuesto básico, pero que se contradicen con su anterior consideración de ser necesaria la previa —«presupuesto necesario», ha dicho— «petición de la nulidad total o parcial de una disposición testamentaria». ¿Por qué pedir esa declaración de nulidad si el llamamiento legal no es subsidiario de dicha nulidad, sino que ésta resulta en cuanto se opone a esa delación legal? Por lo menos, en los supuestos de preterición intencional y desheredación sin indicación de causa legal en que se apoye, esa ineficacia *ipso iure* no casa con los arts. 814 y 851 y, en especial, con toda la doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros que los han desarrollado (269). Si existiera la delación forzosa *ex lege* de la cuota legitimaria, bastaría reclamarla por ese título, pidiendo que se tuvieran por no ordenadas las disposiciones testamentarias que no la respetaran; pues, ella de por sí, implicaría la invalidez de tales disposiciones, y no sería necesario, como por el contrario lo es, comenzar por impugnarlas. Y, por esto, no se puede acudir al juicio de testamentaria mientras no se obtenga la invalidación, sea de la institución de herederos en la parte que afecte el preterido, de la desheredación injusta o de la partición efectuada por el testador

(269) Cfr. *Las legítimas*, cap. X, § I, 8 y ss., pp. 913 y ss., y § II, 9, pp. 973 y ss.; *Comentarios* a art. 814, VI, y ss., pp. 185 y ss., y art. 851, III y ss., pp. 543 y ss., y *Panorama...* II, sec. VI, 323, pp. 673 y ss.

en perjuicio de las legítimas. Así, respecto de este último supuesto, con referencia a la cláusula testamentaria que la ordenaba, el 2.º considerando de la S. 17 octubre 1960, dijo que «ha de ser forzoso reputarla válida mientras no se obtenga aquella declaración [de ineficacia o nulidad], en el oportuno juicio declarativo».

Su cita del artículo 763, 2, C. c. no favorece su tesis, puesto que permite al causante disponer, incluso de la legítima estricta, con tal de que lo haga en favor de los legitimarios (270).

«La posibilidad de pedir la prevalencia del llamamiento forzoso dura lo que la *petitio hereditatis*, es decir, lo que la facultad de hacer valer el título o cualidad de heredero».

Esto, de ser así, implicaría que el Código civil —que según la Ley de bases, debió seguir el castellano vigente y aplicado y, en cierto modo, aproximarse a las legislaciones forales, según hemos leído a Alonso Martínez— se habría apartado silenciosamente en sentido contrario del derecho vigente en Castilla hasta su promulgación.

Es muy lógico que las acciones impugnatorias de testamentos —que de triunfar significarán su invalidación aunque sólo sea parcial y un consecuente trastrocamiento de lo que en documento público parece y se presume válido— tengan un plazo de duración bastante menor que las directas reclamaciones de los legitimarios derechos. Esto explica porqué la *querrela de inoficiosidad* y la acción de suplemento siempre hayan tenido plazos de prescripción tan dispares.

2. *La reclamación por el legitimario cuando afecta a bienes que a la muerte del causante no eran ya de éste.* El desarrollo que de esta cuestión hace Peña (271) no nos parece que choque nada con la interpretación tradicional de los artículos 636 y ss. C. c. Incluso admite la naturaleza rescisoria —«aunque especial»— de la acción para reclamar la reducción de las donaciones inoficiosas, y admite que caduca a los cuatro años, conforme el artículo 1.299 C. c., a contar de la muerte del causante, a tenor del artículo 1.969 C. c.

VIII. EL CARACTER DE HEREDERO COMO CLAVE PARA CONOCER EN PARTICULAR, LA POSICION DE LEGITIMARIO EN EL REGIMEN DE LA PARTICION

Dedica Peña a esta cuestión varias páginas (272). De ellas, para la que tratamos interesa lo que dice con referencia a la facultad de promover el juicio de testamentaría. Y, aunque los artículos 1.038, 4, y 1.039 L. E. C. la atribuyen genéricamente a los «herederos forzosos», el propio Peña reconoce que no la tienen cuando el mismo testador ha efectuado la partición (SS. 17 octubre 1960 y 28 junio 1961) o si la ha realizado el cónyuge superviviente a tenor de la previsión contemplada en el artículo 831 C. c.

(270) Cfr. *Comentarios...*, art. 806, pp. 9 y ss., y *Panorama I*, sec. III, cap. III, 240, pp. 527 y ss.

(271) PEÑA, pp. 888 *in fine* y ss.

(272) *Ibid*, pp. 893 y ss.

El punto clave por aclarar es si el legitimario puede instar este juicio cuando le haya sido atribuida la legítima a título distinto de los de heredero o de legatario de parte alícuota. Especialmente si le ha sido conferida por institución en cosa cierta o legado de cosas específicas, o bien en dinero de conformidad con lo preceptuado en los artículos 821, 829 y 1.056, 2 C. c., e incluso conforme a lo previsto en los reformados artículos 841 y ss.

Lacruz Berdejo (273) ha subrayado que el argumento basado en el artículo 1.039 L. E. C., tiene un valor más aparente que real, porque el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior al Código civil, «fue redactado en un momento en que al legitimario se le consideraba realmente como heredero y no había una norma, como el artículo 815, que permitiera satisfacer sus derechos "por cualquier título"», porque «el juicio de testamentaría no está destinado al cálculo de las legítimas, sino, primordialmente a la división del caudal relicto» y porque «si el heredero está presto a entregar el legado de cosa o de cantidad y de garantizar el pago de ésta no parece justificado para que se le conceda al legitimario su incoación».

Albaladejo (274) llega a una conclusión semejante, que sintetiza así: «cuando habla la ley o yo, por seguir su terminología, de que puede pedir la partición cualquier *coheredero*, hay que entender *comunero* (luego no el coheredero no comunero, sí el comunero no *coheredero*)».

Y Díez Picazo y Gullón (275) señalan que el legitimario, «visto el artículo 815 del Código civil, podrá pedirla [judicialmente, la partición] según la naturaleza de su título, es decir, si es heredero o legatario de parte alícuota». A diferencia del régimen de la L. E. C., anterior al C. c., «puesto que antes del Código civil era siempre heredero, la legítima se debía atribuir por ese título».

Los argumentos de Lacruz me convencieron e hicieron que rectificase mi anterior posición que había meditado poco. Advertí, también, una razón, paralela a la contenida en la S. 17 octubre 1960 para el caso de partición efectuada por el testador, puesto que, asimismo, en los supuestos enunciados de individualización de la legítima con instituciones de cosa cierta, legados específicos o pago en dinero, el juicio de testamentaría resulta dilatorio e inútil, además de extraordinariamente costoso. Sin perjuicio de que, si el heredero, en los supuestos de los artículos 821, 829, 1.056 y 1.062 no pagare la compensación debida al legitimario: pueda éste ejercitar la acción divisoria, que garantiza su *pars bonorum*, siempre que no se produzca la prevista *solutio* en dinero (276). Y, asimismo, en la hipótesis de los reformados artículos 841 y ss.

Un análisis de las SS. 3 diciembre 1931, 17 octubre 1960 y 28 junio 1961 nos muestra que las razones decisorias para no dar lugar

(273) José Luis LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, II, 1973, § 68, p. 39 y *Elementos de derecho civil*, vol. V, Barcelona 1981, n. 351, c, p. 437.

(274) Manuel Albaladejo, *Curso de derecho civil*, V, 1982, § 24, 1, pp. 128 y s.

(275) Luis Díez PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1982, 69, II B, p. 708.

(276) Cfr. nuestro *Panorama*, II, n. 343, pp. 739 y ss.

al juicio de testamentaria no sólo se circunscriben al supuesto de haberse efectuado ya la partición, en las dos últimas sentencias, por el testador, o, en la primera, por el contador partidador que él designó, sino que son aplicables a cualquier caso en que la legítima del reclamante haya sido individualizada por el testador, cualquiera que sea el título por el cual lo efectuara.

La S. de 3 diciembre 1931 señala que la «finalidad» del juicio de testamentaria es «hacer la división y adjudicación de la herencia entre los herederos»; por lo cual, procede su sobreseimiento si tal división o adjudicación se han efectuado legalmente. De lo cual podemos deducir que si, a un legitimario, su causante le ha individualizado sus derechos por el título que sea, no le cabe instar el juicio de testamentaria, aun cuando estime que le ha sido lesionada su legítima en la cuantía o en la cualidad de ésta, pues tiene otros remedios más adecuados para resarcirse.

Y así lo confirma el segundo considerando de la S. 28 junio 1961, cuando dice que el sobreseimiento del juicio de testamentaria, decidido por el Tribunal *a quo*, «ni veda ni restringe la defensa que los interesados en la sucesión puedan hacer de una legítima insuficiente e incompleta sin necesidad de proceder a nueva partición», «reduciéndose más no anulándose cuanto perjudique a las legítimas» ... «a medio de las acciones adecuadas S. 17 octubre 1960». Es de notar que este considerando da respuesta y rechaza el motivo primero del recurso de casación en el cual se alegaba que «conforme el artículo 813, § 1, el testador no podrá privar a sus herederos de la legítima, y la única forma de reclamar tanto la legítima como los demás derechos hereditarios, puesto que el causante murió testado, es el juicio de testamentaria. Alegación que fue rechazada, como acabamos de ver. Y es de advertir que, en el supuesto de hecho que motivó la sentencia, el causante había efectuado donaciones de dinero a una hija y nietos en anticipo de legítima, otra a varios hijos de un negocio de fundación —que era el bien principal— con reserva de una pensión vitalicia, y finalmente distribuido los bienes restantes según un documento privado, confirmado en su testamento, hechos que motivaron la alegación de que no había partición efectuada de conformidad al artículo 1.056 C. c.

Peña, específicamente, se ocupa del nuevo supuesto residual de pago en metálico de las legítimas, regulado por los reformados artículos 841 y ss. C. c. (277), sin advertir que la aplicación de su tesis empeoraría la condición de los legitimarios que percibieran así su legítima —de no haberse cumplido con todo rigor todos los requisitos exigidos para gozar del beneficio de inventario. El contenido atribuido al legitimario a quien le sea asignado su haber en dinero y no en una cuota de herencia, o a quién se le concrete sea en una *pars valoris bonorum*, o

(277) Respecto del nuevo supuesto residual —es decir para los supuestos no incluidos en los arts. 821, 829, 1.056, 22 y 1.062— de pago en metálico de la legítima, cfr. mi estudio *Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de mayo de 1981*, en «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», pp. 113 y ss.

bien en una *pars bonorum* con *facultas solutionis* del heredero para pagarla en dinero —como creemos ocurre en éste y en los demás supuestos previstos en el Código civil— no se conjuga con la cualidad heredero. Creo que debe excluir toda responsabilidad *ultra vires* del atributario del dinero, diferenciándole netamente del heredero (sin perjuicio —como hemos dicho— de que la reserva, expresada en el artículo 806 C. c., entre en juego en caso de impago, y, en ese supuesto, su parte alícuota —*pars bonorum*—, le permita acudir a dicho juicio divisorio) (278).

IX. REFERENCIA A LA NATURALEZA ESPECIAL DE LA LEGÍTIMA DEL CONYUGE VIUDO

En este epígrafe, Peña (279) nada dice de particular. Coherente a su consideración literalista, deduce del artículo 807, 3.º C. c. que «en principio», el cónyuge viudo: «Tiene el título de heredero, y con toda plenitud en cuanto a las consecuencias no patrimoniales de tal cualidad» y en cuanto a estos efectos, «en cierta forma y medida». Reconoce que «el viudo o viuda no sustituye al causante en su patrimonio»; «no pasa de ser como heredero forzoso, titular de un derecho real: ni siquiera de un derecho subjetivo».

Esto es la negación de que *realmente* sea heredero, conforme a lo que se deduce de los artículos 660, 659 y 661 C. c. —es decir, al concepto que él mismo ha recordado antes (280). Ello constituye una muestra evidente más de que la denominación *herederos forzosos* no expresa lo que su nombre de heredero significa, y no resulta hoy sino una reminiscencia histórica.

CONCLUSION

Como *conclusión* de estas puntualizaciones podemos resumir:

1.º No existe argumento histórico alguno que pueda apoyar en el derecho general de Castilla la tesis de que existe una delación forzosa a título de heredero. Muy al contrario, incluso los autores que defendieron la cualidad de *pars hereditatis* de las legítimas individuales, no la basaron en la existencia de delación legal alguna, en la cual ni siquiera pensaron.

2.º Los codificadores tampoco marcharon por ese camino, sino que, siguiendo la pauta de la Ley de Bases, recogieron el derecho tradicional, salvo en que, para aproximar el régimen del Código civil al de las legislaciones forales —según indicó Alonso Martínez—, suprimieron la necesidad de instituir herederos a los legitimarios para la validez de la institución testamentaria, y redujeron la legítima estricta, ampliando la mejora y la parte disponible libremente.

(278) Loc. últ. cit., pp. 122 y ss.

(279) PEÑA, pp. 906 y s.

(280) Ibid, p. 877, 2.

3.º En el Código civil, la tesis que, una vez más, rechazamos, no tiene otro apoyo que el verbal de la expresión *herederos forzosos*, mera reminiscencia histórica, cuya realidad desmienten el concepto de heredero, que define el mismo Código civil, y la expresada abolición de la necesidad de instituir heredero al legitimario.

4.º En el régimen del Código civil —tal como era en el vigente al promulgarse— sólo existen dos formas de delación hereditaria: la testamentaria y la intestada. Así resulta de los artículos 609, referente a los modos de adquirir, 658 y 913, que además muestran el carácter subsidiario de la segunda respecto de la primera. Subsidiariedad que corrobora el artículo 1.009. La construcción que hemos criticado queda totalmente fuera de este esquema.

5.º Las categorías de legitimario y mejorado se hallan en un plano distinto de las de heredero y legatario. Estas son modos de suceder a título universal, o propiamente dicho, y singular, o impropriadamente hablando, respectivamente. Legitimario es quien, ya sea como heredero testamentario, como donatario, como legatario, como heredero *ab intestato* o por varios de estos títulos o todos, o bien mediante de los remedios subsidiarios que la ley les confiere, tiene derecho a conseguir, o completar, el mínimo de una cuota líquida de bienes o de su valor en dinero en los supuestos previstos. Esta cuota tan sólo se recibe embbebida en una *pars hereditatis* o cuota de herencia cuando un legitimario es instituido heredero por su causante o cuando le corresponda serlo *ab intestato*. Mejorado es aquel descendiente favorecido por su ascendiente, en detrimento de todos o de los demás legitimarios, bien lo sea a título de donación, de legado o de institución de heredero o de sustitución fideicomisaria. Los artículos 815, 819, 821, § 2.º; 825 y 828 y 782 C. c., confirman lo expuesto.

6.º Las aplicaciones de la tesis que analizamos muestran: que ésta no se adecúa bien a la realidad; que es menos dúctil para arbitrar entre el principio de que la voluntad del causante es ley de la sucesión y sus limitaciones legales; que da lugar a resultados injustos y a contradicciones e inconsecuencias lógicas sólo salvables saliéndose de ella.