

## La naturaleza de la legítima (\*)

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

SUMARIO: I. Introducción: estado de la doctrina.—II. El argumento histórico: la naturaleza de la legítima en el Derecho anterior al Código civil: A) El argumento histórico según la tesis romanista. B) Peculiaridades del sistema castellano. C) La opinión de los codificadores.—III. El llamamiento forzoso a la herencia según el Código civil.—IV. ¿Cómo se integra el llamamiento forzoso en la dicotomía sucesión testamentaria-sucesión legítima o abintestato?—V. El carácter que de heredero tienen los herederos forzosos: A) Indicaciones generales: 1. Consecuencias no patrimoniales. 2. Consecuencias patrimoniales. B) Los distintos ámbitos de bienes que se consideran hereditarios a efectos de las legítimas. La responsabilidad de los legitimarios por las deudas del causante. C) Compatibilidad del artículo 818 C. c. con el carácter de heredero del legitimario. D) Compatibilidad del carácter de heredero con el hecho de que el contenido de la legítima pueda resultar enteramente cubierto con la imputación de donaciones o con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones. VI. El carácter de heredero como clave para conocer el régimen de la sucesión del legitimario.—VII. El carácter de heredero forzoso como clave para conocer, en particular, el sistema de acciones protectoras de la legítima: A) Indicación general. B) El sistema de acciones que protegen al heredero forzoso: 1. La reclamación del legitimario cuando afecte a bienes hereditarios propiamente dichos. 2. La reclamación del legitimario cuando afecte a bienes que a la muerte del causante no eran ya de éste.—VIII. El carácter de heredero forzoso como clave para conocer, en particular, la posición del legitimario en el régimen de la partición: A) Indicación general. B) Facultades del testador en relación con la liquidación y partición. C) El principio de partición *in natura* guardando la posible igualdad y las facultades del causante para asignar a alguno cosas determinadas. D) Las facultades del testador para disponer, no obstante las legítimas, de bienes hereditarios concretos por vía de legado o de mejora. E) Las facultades del testador para, en condiciones muy determinadas, asignar por vía particional, y no obstante las legítimas, bienes hereditarios concretos a alguno de los herederos: 1. La adjudicación a un hijo de la

---

(\*) Hemos expuesto algunas de las ideas más fundamentales del presente trabajo, muy sintéticamente, en la ponencia presentada el 21 de noviembre de 1985 en el programa de Ponencias-Coloquio para el curso 1985-86 del Convenio de Colaboración entre la Audiencia Territorial de Madrid y la Universidad Complutense.

explotación familiar. 2. Adjudicación de los bienes conforme a lo previsto en los artículos 841 y ss. C. c. F) Referencia a las garantías de los herederos forzosos.—IX. Referencia a la naturaleza especial de la legítima del cónyuge viudo.

## I. INTRODUCCION

### *Estado de la doctrina*

La tesis fundamental contenida en el presente trabajo es que los legitimarios son herederos. Es ésta una tesis que siempre ha tenido autorizados valedores (hoy, Fuenmayor, García Valdecasas, Santos Briz, Espinar, Menéndez-Valdés, Ortega Pardo) y permanece viva en la jurisprudencia. Pero ha sido combatida por numerosos e ilustres juristas. En el cambate han destacado dos grandes juristas catalanes de autoridad indiscutida y máxima en toda España: Roca Sastre (1), primero en el tiempo (2), y Vallet de Goytisolo, que ha dedicado a la cuestión profundos y brillantes trabajos (3) en los que resalta su excepcional erudición (4) y su fino y minucioso estudio analítico de la compleja realidad práctica. Uno y otro niegan que el legitimario tenga la cualidad de heredero por llamamiento directo y forzoso de la Ley. Esta es también la tesis que en sus Manuales propugnan Albaladejo, Díez Picazo y Gullón, Lacruz, Puig Brutau y también la de otros grandes juristas, como De la Cámara. Aparte de esta coincidencia fundamental en negar al legitimario la condición de «heredero forzoso», unos y otros autores difieren en cuanto a la exacta catalogación de los derechos del legitimario y en cuanto a las diversas cuestiones que

---

(1) No fue justo el reproche de «intento foralizador» que en su día se hizo a Roca Sastre (cf., por ej., GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de arte menor*: II, Pamplona, 1964, pág. 264). Se trata, es cierto, de una posición que, consecuente con la singular preparación romanista de los que la propugnan, aproxima el sistema castellano al sistema del Derecho común. Mas es un intento que reproduce el que, en otro momento, realizaron, en su generalidad, los juristas castellanos de la época clásica: también ellos pretendieron explicar el peculiar sistema castellano con las ideas cardinales del Derecho común, el cual sirvió de trasfondo —directamente o a través de las Partidas y de la influencia de las Escuelas— a los sistemas sucesorios de España.

(2) ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, R.D.P., 1944, págs. 185 y sigs.

(3) Principalmente: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1955; *Estudios de Derecho Sucesorio* (seis tomos, Madrid, 1980-1983); *Las legítimas*, Madrid 1974; *Comentarios al Código Civil*, EDERSA, tomo XI, Jaén, 1978; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1982; *La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981 y Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de mayo de 1981*, An. Real Ac. de J. y L., n. 11, Madrid, 1983.

(4) ¿Quién hay en España, o en el mundo, que conozca mejor que Vallet el sistema sucesorio del Derecho común y las opiniones sobre él de glosadores, postglosadores y clásicos españoles?

plantea el régimen de la legítima (5). Como reconozco la enorme valía de todos ellos, no puedo por menos de sentir un gran temor al exponer ahora posiciones que tan radicalmente disienten de las posiciones negativas por ellos expuestas.

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

A) *El argumento histórico según la tesis romanista.*—En contra de que el legitimario en nuestro Código civil sea realmente heredero se ha esgrimido, en primer lugar, el argumento histórico. «Tanto del Derecho que el Código debió recoger, según la Ley de Bases (Bases 1, 15 y 16) como de sus precedentes como expresa García Goyena..., resulta —se dice— (6) la filiación romana del sistema legitimario es-

(5) Para Roca Sastre, no hay un llamamiento directo (*pars reservata*) en favor de los legitimarios, sino un deber legal (*pars debita*) de disponer (*facere*), (cf. artículo 763) de un valor patrimonial en favor de los mismos. En sí, la legítima no es una *pars hereditatis*; el legitimario tiene un derecho, incluso de carácter real, a una *pars valoris bonorum*, que recae sobre los propios bienes hereditarios. Viene a ser un derecho real de realización de valor como la hipoteca, pero no tiene —a diferencia de la hipoteca— carácter accesorio, sino carácter principal, como la *Grundschild* del Derecho hipotecario alemán. Esta *pars valoris* debe ser satisfecha, en general (a salvo los supuestos de excepción: arts. 1.056-II y antiguo artículo 840 C. c.), *en substancia*, es decir, en los propios bienes hereditarios, según las reglas de la división de la herencia.

Según Vallet, la Ley no dispone directamente del contenido de la legítima, sino que determina la existencia de un deber del causante de satisfacer la legítima por vía de institución o por cualquier otro título. Este deber está reforzado y asegurado con una limitación de las facultades dispositivas del causante y está sancionado con un conjunto de normas diversas que aseguran la adquisición de derechos por el legitimario como consecuencia de las invalidaciones (anulaciones, rescisiones), las cuales dejan paso, en todo o en parte, a su derecho en la sucesión abintestato, o bien producen la purificación de las limitaciones de la disposición testamentaria ordenada en favor del legitimario. No hay una delación hereditaria legal forzosa sobre una parte del patrimonio del causante; por el contrario, el causante puede disponer de *todos* sus bienes, si bien debe efectuarlo en la forma y con las limitaciones que el Código establece en materia de legítimas (cf. art. 763 C. c.). El contenido normal de la legítima es una *pars bonorum* —no una *pars hereditatis* (el legitimario, como tal, no sucede en las deudas)—. En cantidad y calidad le corresponde como a cualquier heredero. Pero el testador puede satisfacer la legítima con cualquier bien hereditario. En tanto la legítima no sea satisfecha, la relación heredero-legitimario es de comunidad y también el legitimario tiene la acción *familiae erciscundae*.

Para otras posiciones y, en general, sobre el estado de la doctrina en relación con la cuestión de la naturaleza de la legítima, LACRUZ, *Elementos*, V, Barcelona, 1981, págs. 423 y sigs.; VALLET, *Las legítimas*, I, págs. 180 y sigs., nota 5, y II, págs. 739 y sigs.; *Com.*, art. 806, págs. 7 y sigs.; GARCÍA VALDECASAS (Guillermo), *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, R.D.P., 1963, págs. 962 y sigs.; ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, págs. 297 y sigs.; ORTEGA PARDO, *Heredero testamentario y heredero forzoso*, A.D.C., págs. 336 y sigs.; SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA, *Naturaleza de la legítima y pago en metálico*, La Ley, 11 y 12 de octubre de 1984.

(6) VALLET, *Com.*, art. 806, pág. 9.

pañol». «Los autores explicaron esta institución sobre la base de los textos del *Corpus juris* y de las Partidas... El Derecho visigótico, evolutivamente fue el regulador de la *medida*. El Derecho romano, en su fase justiniana, explicó su *naturaleza*» (7). «Aun cuando antes del Código civil, en el Derecho común y en el Derecho real de Castilla el legitimario debía ser instituido heredero, sin embargo, su legítima aislada de la institución era una *pars bonorum* que podía serle satisfecha en una *institutio ex re certa*, una institución en la dote, o un legado si el legitimario lo aceptaba, e igualmente que el suplemento tampoco consistía en un *pars hereditatis*, sino en una *pars bonorum*» (8).

B) *Peculiaridades del sistema castellano*.—Yo creo, por el contrario, que los antecedentes no ofrecen suficiente fundamento histórico a la que podríamos llamar tesis romanista. 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 (9)— se continuaba enseñando sólo el Derecho romano y el canónico». Por eso tenían tendencia a explicar siempre todas las instituciones, incluso las más genuinas del Derecho castellano, incluso el régimen económico matrimonial, sobre el sistema romano, el del *Corpus Juris* (10) y las Partidas. Pero nuestros mismos autores clásicos eran conscientes de las peculiaridades del sistema legitimario castellano, confirmado por las Leyes de Toro. Estas peculiaridades, como veremos seguidamente, no se limitaban a la *medida* de la legítima. Veámoslas:

1. En el sistema romano, en el del 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* (11). Los hijos son he-

(7) VALLET, *Com.*, art. 806, pág. 16

(8) VALLET, *Las legítimas*, I, pág. 186

(9) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid 1955, pág. 166.

(10) El Derecho romano, en general, tuvo, de hecho, una gran fuerza en la práctica notarial y judicial castellana. Incluso se llegó a considerar como Derecho supletorio o complementario. Pero fue doctrina común que el Derecho romano no tuvo fuerza de Ley y se invocaba «rationis auctoritate». Cf. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, pág. 167. YÁÑEZ DE PARLADOIRO, *Opera jurídica*, Coloniae Allobrogum, 1734, *Quotidianorum*, Dif. VI, n. 3, pág. 210.

(11) En la Alta Edad Media, el concepto de *successio* «sólo abarca lo que nosotros calificamos de sucesión legítima», de modo que la sucesión testamentaria «no supone en rigor una sucesión» (GARCÍA GALLO, *Problema de la sucesión «mortis causa» en la Alta Edad Media española*, Conf. 31 de mayo 1955, A.A.M.N. t. X., pág. 257). «La muerte del padre no supone una transmisión de bienes —por referirnos sólo al aspecto patrimonial— sino que los restantes miembros de la familia entran en el ejercicio activo de los derechos que en potencia tenían

rederos por ser hijos (cfr. F.R. 3,6, 2). Además: «Todo el patrimonio es legítima». Nuestros autores clásicos insisten en esta idea total de la legítima y en que no son las Partidas las que rigen en primer lugar sino el sistema castellano tradicional recogido en el Fuero Real (12) y aclarado y confirmado, respecto de los descendientes, en la Ley 28 de Toro: «*Totum patrimonium patris*» o «*omnia bona*» «*excepta quinta parte sint legitima filiorum*» (13). Respecto de los ascendientes legítimos, la Ley 6.<sup>a</sup> de Toro dice que «sucedan ex testamento (14) et abintestato a sus descendientes, y les sean legítimos herederos como lo son descendientes a ellos *en todos sus bienes* de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos, o que ayen derecho de los heredar; pero bien permitimos que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer... etc.».

Así, pues, y a diferencia del sistema romano, es la libertad de testar la que se concibe como excepcional: sólo existe, por excepción, sobre cierta parte del patrimonio.

2.—En el sistema romano, la institución de heredero era el *caput et fundamentum totius testamenti* (Gayo, II, 229). Y habiendo *legitimarios éstos habían de ser instituidos*, pues, en otro caso, procedería el *ius dicendi nullum* (por la preterición sufrida).

En el sistema castellano, en que la sucesión normal era tradicionalmente la sucesión legal, el contenido típico del testamento era, en toda nuestra Edad Media, las mandas, ordinariamente de carácter singular (15). Desde el Derecho visigótico nunca fue necesaria la institución de heredero (16). 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 la institución de heredero (Cf. Ordenamiento de Alcalá, tít. 19, L. única).

Existiendo descendientes, el interés práctico del testamento estaba, pues, no en constituir la fuente de la sucesión universal, sino simplemente en que en él podían hacerse las mandas sobre el quinto (como

sobre los mismos. Esto es lo que se expresa con la palabra *successio*: la subrogación en el lugar del padre. Es decir, *algo que no se da cuando por testamento los bienes se transmiten a un extraño*. Por eso de la adquisición *ex testamento* se diferencia la que tiene lugar *per successionem*» (GARCÍA GALLO, pág. 258).

(12) Cf. F. R. 3,5,10; 3,6,1; 3,6,3; 3,12,7; 4,22,1. También, Estilo, 214, y Fuero Juzgo, 4,5,1.

(13) Estas expresiones constituyen un lugar común en la doctrina de nuestros clásicos: cf., p. ej., A. GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii*, Lugduni, 1701, I, cap. X, n. 22 (pág. 166); *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lugduni, 1701, Ley 17, núm. 1 (pág. 103).

(14) Es decir, *contra testamento*: cf., más adelante, nota 71 y texto *supra* correspondiente.

(15) Las «mandas» son las disposiciones *mortis causa* o de última voluntad. Pero el carácter singular que la manda suele tener en esta época, explica que cuando con la Recepción vuelva a divulgarse el testamento a la romana, con sus disposiciones sobre todo el patrimonio, la manda se identifique con el legado (GARCÍA GALLO, pág. 269, citando a Paulo Merea).

(16) Cf. en este sentido MERÊA, *Estudos de Direito Privado visigotico*, A.H.D.E., XVI, Separata, pág. 25. DE ARVIZU, *La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977.

quisiera el testador, aunque al principio fueran en favor del alma) (17) y las disposiciones sobre mejora de tercio y quinto que ordinariamente se hacían a título singular.

Cabía por consiguiente en Castilla, y a diferencia del Derecho romano, un testamento enteramente válido *en que no se instituyera como heredero* a algún legitimario. Aunque la cuestión fue discutida, se inclinaron por esta solución un gran número de nuestros autores clásicos, sobre todo para el supuesto de que en el testamento ningún otro —legitimario o extraño— fuera instituido (18).

Además, conforme a la Ley 24 de Toro, la preterición o la desheredación no implicaban la nulidad de todo el testamento (19). Según la doctrina, también en Derecho común aunque resultara ineficaz la institución podían seguir valiendo mandas y fideicomisos, si bien ello se discutía para determinadas hipótesis (20). En todo caso, la Ley 24 venía a agregar que valían las mejoras de tercio y quinto, sobre las cuales —a falta de tal ley— podría dudarse si persistían o no puesto que podría haberse entendido que caían como disposiciones que afectan a la herencia, ya que el mejorado, como tal, es considerado como heredero y está obligado, a prorrata, como el verdadero heredero, respecto de todas las deudas del difunto (21). Haya o no preterición, el legitimario puede, pues, hacer prevalecer los derechos que le otorga la Ley frente a las disposiciones del testador (mandas, fideicomisos y mejoras).

De todo lo expuesto parece resultar que si en Derecho castellano los legitimarios recibían el nombre de herederos forzosos *no era ya porque hubiere obligación de instituirles herederos*, obligación que no existía según la opinión de muchos, sino porque su título de heredero y sus derechos arrancaban de la Ley y prevalecían incluso habiendo

(17) En la Alta Edad Media, los extraños, beneficiarios de la cuota de libre disposición, no eran herederos: DE ARVIZU, *La disposición...*, pág. 246. Y esta tradición se continuó siempre en la práctica, cf. BENITO GUTÉRREZ, *Códigos*, III, 3.<sup>a</sup> edic., págs. 447 y 511.

(18) Amplia referencia de las posiciones doctrinales en YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Dif.* 148, n. 27 y sigs. (págs. 390 y sigs.). También MATIENZO, *Comentarios*, Mantua Carp., 1.580), 5,4,1, gl. 10, ns. 49 y sigs. (págs. 389 y sigs.).

Según CEVALLOS (*Practicarum et variarum quaestionum communium contra communes*, Toleti, 1599, Quaest. 23), por Derecho Real no es necesario que la legítima sea dejada por institución de heredero.

Sobre estas cuestiones véase, también, VALLET, *Las legítimas*, I, págs. 571 y sig.

(19) Habiendo preterición, procedía anular la institución de heredero, pero valdrá el resto del testamento. El hijo preterido, o el desheredado por justa causa que no fuere probada, «es legítimo contradictor por su legítima, y parte para impedir al heredero la posesión de la herencia, y así sin embargo, como él ha de ser metido en ella y se le ha de dar»: HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filipica*, Madrid 1747, II, § 27, n. 7 (pág. 172).

(20) Sobre la cuestión, por ejemplo: GREGORIO LÓPEZ (*Código de las Siete Partidas*, Los Códigos de España, tomos 2.<sup>o</sup> a 5.<sup>o</sup>, Madrid 1848, 1849), P. 6,8,7, gl. 7; A. GÓMEZ, Toro, 24; BENITO GUTÉRREZ, III, 2.<sup>a</sup> edic., págs. 428 y ss.

(21) Cf. A. GÓMEZ, Toro, 24, núm. 3. págs. 139 y sig.

testamento (*ex testamento et abintestato*) y aunque en él se hubiera dispuesto de la totalidad de los bienes (22).

3.—En el sistema romano, la porción legítima se concibe como *pars bonorum*, como parte en lo que queda después de pagar las deudas del difunto. No hay, pues, legítima, sino en el residuo. Los legitimarios estaban afectados por las deudas del causante; pero no sucedían en las deudas, ni respondían, por tanto, directamente frente a los acreedores del causante. No era la legítima una *pars hereditatis*.

¿Respondían los legitimarios —en el sistema castellano— de las deudas del causante? ¿Era la legítima una *pars hereditatis* o una *pars bonorum*?

La sucesión legal conforme a la tradición germánica significaba, también, sucesión en la responsabilidad por las deudas del causante. No puede descartarse que la idea primitiva germánica fuera, incluso, que los hijos respondieran *ultra vires* de las deudas del padre (23). Pero

(22) Se define la legítima *necesaria o contra la voluntad del padre* como aquella «que por igual corresponde a cada hijo en los bienes que restan, una vez extraídos el tercio y el quinto»: LARREA, *Novarum decisionum*, Lugduni, 1721, pág. 307 (recogiendo la definición de Angulo).

(23) Lo que se entroncaría con el alcance familiar de la responsabilidad por los delitos en relación con la concepción primitiva de la obligación. Según FADDA (*Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, dos vols., Milano 1949, pág. 27), en el Derecho germánico la responsabilidad por delito alcanza «en primera o segunda línea a otras personas».

Pero realmente es cuestión discutida entre los historiadores si en Derecho germánico se partió o no, inicialmente, de la responsabilidad de los hijos, incluso *ultra vires*, por las deudas del padre difunto. Según FADDA (*loc. cit.*), en la Ley Ripuaria «se encuentra afirmado el principio de que los sucesores legítimos responden ilimitadamente por las deudas hereditarias». En el Edicto de Lotario se «enuncia el principio —informa GIARDINO, *Successione (Diritto intermedio)*, Novissimo Digesto, n. 2, pág. 731— de que los hijos deben cumplir lo que el padre ha prometido solemnemente... incluso si la suma de los bienes hereditarios es inferior a la de las deudas». Más adelante, la Costumbre de París va a partir del principio de la responsabilidad *ultra vires* y sólo muy tardíamente (en el año 1580), y con fuertes restricciones, se va a admitir en ella el beneficio de inventario (cf. Ripert-Boulanger, *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, IV, París, 1959, n. 2424).

También en España nos encontramos manifestaciones de estas ideas. Sobre cómo vincula el vasallaje o la servidumbre a los hijos, cf., para el Derecho español, F.J. 5,3,1 (sobre lo que se ha de devolver por el vasallaje roto) y F.J. 5,7,20 (pena para los hijos de los *franqueados*, que desamparan a sus señores). Señala MARTÍNEZ GIJÓN (*La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, A.H.D.E., Madrid, 1957-1958, pág. 251) —sin pretender caracterizar con este dato el sistema sucesorio— que en el grupo de Fueros Cuenca-Teruel «es frecuente encontrar un precepto (*en el que se*) establece que los hijos responderán de las deudas del padre aunque el muerto nada tenga». En el Fuero Viejo de Castilla parece partirse, también, de la responsabilidad *ultra vires*, puesto que se señalan como excepciones los supuestos en que los hijos no responden con sus bienes: 1.º) Si el padre deudor, estando enfermo por más de veinte días, fue demandado, pues, entonces, los hijos pueden «descredarse después de la muerte de este ome, e non responder a los dehdores, pues gelo quisieron demandar a suo Padre yaciendo tanto tiempo enfermo» (F. Viejo, 3,4,8); 2.º) Si hicieron declaración solemne «en concejo pregonado» de que lo que el padre y la madre dejan no basta para pagar

en nuestros textos termina por prevalecer la idea de que muerto el padre, los hijos van a responder de las deudas de aquél, sólo en la calidad de meros titulares del patrimonio (el patrimonio hereditario) a que las deudas afectan, es decir, *intra vires* (24). En nuestra 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 (25). Antes del Código y conforme a la

las deudas, pues haciendo esto no están obligados por ninguna deuda ni de su padre ni de su madre (F. Viejo 5,2,3).

El tema, sobre el Derecho germánico en general, no es pacífico. Sobre las disputas, FADDA, *loc. cit.*, Niegan el principio de responsabilidad *ultra vires*: DERNBURG-BIERMANN, *Pandette*, trad. it., vol. III, Torino 1905, § 171, II, V, pág. 636. FERRARA, *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*, R.D.P., 1923, pág. 324; BINDER, *Derecho de Sucesiones* (trad. y notas de Lacruz, Barcelona, 1953), pág. 207 (quien invoca a otros autores); BRUNNER-SCHWERIN, *Historia del Derecho Germánico*, trad. Álvarez López, Barcelona 1936, pág. 219.

(24) Fuero Juzgo, 5,6,6: «Cómo deve cmne demandar la debda que deve el muerto... Cada uno según que tinie de la buena pague a cada uno e faga emienda de la debda. E si fijos oviere (*el muerto*), hy ellos ovieren su buena, ellos lo deven emendar por su padre... E los fijos o los propinpuos que non ovieren la buena, non deben seer tenudos por pagar nada...». Cf. también F.J. 7,2,19.

Fuero Real, 1,11,3: «Si alguno ome fictere pleyto derecho con otro, el que heredare lo suyo, quier sea fijo quier otro, *sea tenido de guardar el pleyto*, así como era tenido aquél que fizo el pleyto». La responsabilidad la tienen los herederos y es *intra vires* (cf. F.R. 3,20,6).

(25) Si los hijos son herederos, su carácter de legitimarios no va a impedir, conforme a la misma doctrina del Derecho común, que respondan *ultra vires* de deudas y legados. A pesar de que por no hacer inventario se consideraba que el heredero perdía la cuarta *alcidia* (Novela 1,2, § 2; P. 6,6,10), se entendía que, en cambio, no perdía, frente a los legatarios, la cuarta legítima (P. 6,11,7 y GREGORIO LÓPEZ, P. 6,6,10, gl. 3.ª; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum*, Venetiis, 1564, I, n. 15 (folio 55 vuelto y sg.); JUAN GUTIÉRREZ, *Opera omnia*, once tomos, Lugduni, 1730, y Coloniae Allobrogum, 1735, *De tut.*, 2,1, n. 43-t. VII, págs. 112 y 113). Y dado que no pierde la legítima está obligado a pagar las deudas incluso con sus propios bienes (así, GREGORIO LÓPEZ, P. 6,6,10, gl. 3, P. 6,11,7, glosa 2, y, también, P. 5,13,24, glosa 10). Cf. también VALLET, *Panorama del D. de s.*, I, pág. 686, y *Las legítimas*, II, págs. 1223 y sigs.

¿Hasta qué punto el hijo heredero respondía de los legados sin perder la legítima? La opinión de Gregorio López (P. 6,6,10, glosa 3) es que «se disminuyen los legados por razón de la legítima y así disminuidos se han de pagar *ultra vires hereditarias*; disminución que, claro es, no procedía respecto de los acreedores hereditarios, pues no hay herencia sino en el residuo (así, AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum communium*, 1,2, n. 23 (ed. 1766, pág. 20), JUAN GUTIÉRREZ, *De tut.*, 2,1, n. 42, pág. 112).

La expresada tesis de Gregorio López —los legados, disminuidos por la legítima, deben ser pagados incluso *ultra vires*— tenía un fuerte apoyo en la opinión de muchos doctores de Derecho común (Bártolo y otros) (cf. GREGORIO LÓPEZ, P. 6,6,10, glosa 3.ª, y JUAN GUTIÉRREZ, *De tut.*, II, I, n. 45 (t. VII, pág. 113). Pero en la doctrina española surgió oposición. Como informa JUAN GUTIÉRREZ (II, I, ns. 43 a 45 (t. VII, págs. 112 y 113), Rodrigo Suárez piensa que es excesivamente peligrosa para los legatarios, pues los hijos pueden fácilmente defraudarles no haciendo inventario. Duda, por tanto, de la procedencia de tal tesis, sobre todo teniendo en cuenta que, conforme a la Ley del Fuero, todos los bienes son legítima excepto el quinto. Por el contrario, Covarrubias entendía que



doctrina del Derecho común, los herederos responden no solidariamente, sino a prorrata, de su participación en la herencia.

Si el hijo era heredero testamentario o abintestato, respondía, claro es, de las deudas. Pero ¿respondía, también, cuando hacía valer su condición de legitimario *frente a la voluntad* del testador? Habría que llegar a una solución positiva si por preterición o desheredación injusta se anulaba o rescindía la institución de heredero que desconsideraba sus derechos, pues entonces, eliminado el obstáculo de la institución, prevalecía el llamamiento hereditario legal. Mas ¿*quid* si en el testamento no había preterición ni el legitimario era instituido heredero, y el legitimario reclamaba sus derechos como tal? Una gran parte de nuestros clásicos repetía, ciertamente, la doctrina romanista según la cual la legítima —y no hacían excepciones con la legítima castellana— no es *pars hereditatis* sino *pars bonorum*; los legitimarios quedaban afectados por las deudas, pero no respondían directamente frente a los acreedores hereditarios (y menos *ultra vires*).

Pero también hubo autores castellanos que afirmaron rotundamente, incluso para el Derecho común, que la legítima es *pars hereditatis*; Así, Vázquez de Menchaca, Matienzo y Yáñez de Parladorio (26).

Para Vázquez de Menchaca (27), siguiendo a Alexandro, la legítima es *quota hereditatis*. Invoca diversas razones, de las que recogemos algunas. Por Derecho común la legítima ha de ser dejada *titulo institutionis*; pues bien, resulta que por Derecho común es válido el testamento en que el hijo es instituido en su porción legítima. No obsta, por otra parte, que se diga que la legítima se concreta en una cuota *de los bienes* y que no hay bienes sino después de pagadas las deudas. En esta materia, la expresión *bonorum* comprende también la

---

nunca podía imponerse al hijo el pago de los legados más allá de los bienes de la herencia. Juan Gutiérrez, adhiriéndose a esta opinión, sostiene, invocando que es opinión más recibida, que, salvo que conste legítimamente el fraude u ocultación de bienes, el hijo, aunque no haga inventario, no debe soportar los legados más allá de la legítima; y en Castilla, «más allá del quinto entre extraños o del tercio y quinto entre descendientes, conforme a las claras Leyes de este Reino», pues de otro modo podría resultar que el hijo, por fuerza de los hechos y de la voluntad de su padre, podría llegar a ser privado, por vía indirecta, de la legítima.

El Tribunal Supremo, en S. 31 diciembre 1891, en un supuesto anterior al Código y sujeto al Derecho catalán, hace aplicación del Derecho romano y de P. 6,6,10 respecto de un heredero legitimario (también instituido heredero) que no goza del beneficio de inventario (y niega incluso que proceda la reducción del legado para dejar a salvo la legítima). Según la sentencia (que no estima el recurso), tal heredero «queda obligado a pagar íntegramente no sólo con los bienes hereditarios, sino con los propios, todos los legados, deudas y responsabilidades del difunto; precepto legal que es aplicable a los herederos de cualquier clase que sean, voluntarios o forzosos».

Suponen o declaran también que los hijos, por las deudas del causante, responden personalmente *ultra vires*, las SS. 5 diciembre 1872, 25 junio 1884, 9 abril 1887, 29 octubre 1888.

(26) Reconoce la existencia de estas opiniones, VALLET; *Panorama D. de s.*, I, pág. 544.

(27) VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum*, II, § 20, núms. 210 y sig (folio 101 vuelto).

*hereditas*. Y no importa el que la legítima sólo se deba *deducto aere alieno et deductis funeris impensis*, pues esta referencia a la previa deducción se explica para saber si procede o no la *querela inofficiosi testamenti*, que queda excluida siempre que el hijo reciba por cualquier título la cuarta líquida de los bienes (legítima clásica). Además la tesis queda confirmada por la observación de que, según la opinión común, el hijo no puede repudiar la herencia del padre y aceptar la legítima.

Matienzo (28) reconoce que la opinión más recibida entre los autores de Derecho Común era que la legítima es *quota bonorum*. Mas informa también que alguno opinó que es *quota hereditatis et non bonorum*, tesis esta que se esfuerza en probar Fernando Vázquez (*de Menchaca*), y la opinión de éste agradaba a Matienzo.

Yáñez de Parladorio (29) se enfrenta con la cuestión y explica su trascendencia. La consecuencia fundamental es que el que adquiere una *pars hereditatis* es un *successor juris*, y pasan a él, por tanto, tanto los derechos como las obligaciones (las *acciones activas y pasivas*). En cambio, el que adquiere una *pars bonorum*, no es *successor juris*, y no pasan a él las acciones activas y pasivas (a él no le incumbe «la carga de las deudas del causante sino al heredero»). El que adquiere una *pars hereditatis* puede recibir los bienes hereditarios sin deducir las deudas porque a él, como heredero, le corresponden *a prorrata*; en cambio, el que adquiere una *pars bonorum* recibirá siempre su porción una vez deducidas las deudas. Después de señalar otras consecuencias se pregunta Yáñez de Parladorio, en concreto, ¿qué naturaleza tiene la legítima? Distingue, en relación con la cuestión, el Derecho común y el Derecho real. En relación al Derecho común, distingue a su vez el Derecho romano anterior (el clásico romano) y el posterior. Reconoce que la opinión más común, para estos Derechos, es que la legítima es *pars bonorum*, si bien algún doctor señala que es *pars hereditatis*. Para él la opinión más común es ciertísima para el Derecho romano anterior, pero no para el posterior. Para este Derecho (el justiniano) estima que la legítima es *pars hereditatis*: «Lo que según nuestro Derecho real pienso que ha de sostenerse, pues según él todos los bienes de los padres son legítima de los hijos, excepto el quinto respecto de los extraños y el tercio respecto de los hijos».

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 las deudas del padre. Pues conforme a esta Ley los hijos, aunque recibieran bienes hereditarios incluso por disposición a título particular (por mejora del tercio y quinto) estaban obligados como los herederos frente a los acreedores del difunto. Decía esta Ley 21: «Mandamos que el hijo o otro qualquier descendiente legítimo mejorado en tercio o quinto de los bienes de su padre o madre o abuelos, que puedan si quisieren repudiar la herencia de su padre y

(28) MATIENZO, *Comm.*, 5,4,1, gl. 10, n. 62 (folio 82).

(29) YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Quot.*, Dif. 146, págs. 383 y ss.

madre, o abuelos, y aceptar la dicha mejoría, con tanto que sean primero pagadas las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partida pareciesen, y *por las otras que después pareciesen, sean obligados los tales mejorados a las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en la dicha mejoría de tercio y quinto, lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, o en cierta parte de los bienes».*

Descubría esta Ley cómo la disposición que, en concepto de mejora, hacía el testador no podía significar que el legitimario se escapara de las consecuencias de la sucesión legitimaria y que, entre estas consecuencias, estaba el responder como los herederos. O si se quiere, descubría 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.

Como, en principio, todo el patrimonio es legítima, la mejora del tercio e incluso la del quinto, cuando se hacían, como era ordinario, a título singular, no tenían la consideración de meros legados. Es cierto que era frecuente ésta calificación (prelegado) y que también era lugar común de nuestros autores clásicos afirmar que el tercio de mejora es legítima respecto de los extraños pero no respecto de los descendientes. Mas con ello se quería expresar, sobre todo, que la limitación que— frente a los extraños— suponía la legítima en cuanto a la libertad de disposición, cesaba, en cuanto a la mejora frente a los hijos. Pero 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). Matienzo, aunque afirma que el mejorado es un prelegatario (30), sostiene que la mejora es legítima (31); incluso respecto de los hijos mismos es legítima «*quoad multa, licet quoad plurima diferat*» (32). Según Yáñez de Parladorio, la mejora es *pars hereditatis* (33): el mejorado, aunque renunciara a la herencia, respondía como los herederos (L. 21 Toro, transcrita antes); tenía los remedios posesorios que los herederos; y las mejoras de tercio o quinto habían de ser satisfechas, no como el legado de parte alícuota (el cual, según el Derecho común, podía ser pagado —a elección de los herederos— en bienes o en dinero), sino precisamente en bienes hereditarios (cf. L. 20 Toro). Y, andando el tiempo, el que parece (cf. nota 57) que fue principal autor, en esta

(30) Y no un heredero, no obstante la L. 21 Toro, pues, según Matienzo, una cosa es ser heredero y otra ser tenido *como* tal heredero (cf. L. 21 Toro).

(31) MATIENZO, *Commentaria*, 5,6,5, gl. IV, n. 3 (folio 158).

(32) MATIENZO, *Comm.* 5,6,11, gl. I, n. 2 (folio 158).

(33) YÁÑEZ DE PARLADORIO (*Quot.*, Dif. 146, ns. 10 y ss., págs. 383 y sigs.), quien rebate diversas objeciones: a) No importa que nuestras leyes hablen de mejora de *tercio o quinto de los bienes*, pues el término *bienes* en muchos textos de Derecho común significa también *hereditas*. b) Ni que la misma Ley de Toro exprese que los mejorados sean tenidos «como si fuesen herederos en la dicha mejora de Tercio y Quinto», pues la palabra «como» no siempre expresa analogía sino que algunas veces expresa la verdad (como en el texto de San Juan: «como Unigénito del Padre»). En la mejora tiene el mejorado «lugar de heredero»: HEVIA BOBLAÑOS, *Curia Filipica*, II, § 27, n. 6 (pág. 119).

materia, del Código civil, Benito Gutiérrez, llega a afirmar (34) que «las mejoras... tienen *más de legítima* que de legado, sobre todo que como *título esencialmente hereditario*, siguen los principios peculiares de la herencia».

Ante la Ley 21 de Toro, no faltaron autores, y autores eximios, como Molina y Azevedo, que intentaron concordar —siguiendo la inercia doctrinal de la época— los términos de tal Ley con el sistema romano justiniano y que entendieron que los mejorados, como legatarios que son, no podían ser directamente demandados por los acreedores (35). Incluso lo intenta Gregorio López (P. 6,9,2, gl. 1), si bien después de señalar que la L. 21 Toro es singular y que «quizá la razón de tal norma ha sido que como todos los bienes, excepto el quinto, son legítima de los hijos según las Leyes de este Reino, si el legatario o donatario de parte de los bienes tuviera tal parte libre de la carga de los acreedores, se haría perjuicio a los hijos en su legítima, de la cual deberían pagar a los acreedores».

Pero fueron más los autores de Derecho castellano que, de acuerdo con Palacios Rubios —uno de los autores de las Leyes de Toro—, resaltaron la peculiaridad del sistema castellano: los mejorados en cierta *pars bonorum* o incluso (36) en cosa cierta podían ser directamente demandados por los acreedores del difunto (37). En relación a la mejora de tercio y quinto era frecuente decir que había desaparecido la diferencia entre la *quota bonorum* y la *quota hereditatis* (38). Y ya en los tiempos inmediatamente anteriores al Código civil, Benito Gutiérrez —cuya influencia en nuestro Código venimos destacando—, expresa que el mejorado queda obligado «a responder y pagar las deudas correspondientes a su mejora, como si fuera heredero. Esta asimilación lo es en el todo, iguala la condición del heredero y mejorado en

(34) BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, 3.ª edic., pág. 521.

(35) LUIS MOLINA, *De primogeniorum*. Lugduni, 1737, I, 12, c. 10, ns. 13 y sigs. (págs. 97 y sigs.); si bien termina aconsejando como *más seguro* que los acreedores demanden, a la vez y desde el principio, a herederos y legatarios (los mejorados). AZEVEDO, *Comm.*, 5,6,5, n. 1 (págs. 172, 173). Cf., también, IBÁÑEZ DE FARIA, *Novae Additiones ad Covarrubias*, Lugduni, 1688, II, c. II, ns. 14 y sigs. (pág. 186).

(36) Era más discutido el supuesto de mejorado en cosa cierta cuando no se trataba simplemente de señalar la cosa en que había de pagarse la mejora de tercio o quinto.

(37) La opinión según la cual la Ley 21 Toro significaba una modificación del sistema del Derecho común, ya que los mejorados podían ser directamente demandados por los acreedores, fue la que prevaleció en la práctica, YBÁÑEZ DE FARIA (*loc. cit.*, n. 16). Fue también la opinión de Palacios Rubios, Cifuentes, Matienzo, Suárez, García Olano, Tello Fernández, Yáñez de Parladorio, Covarrubias, Ybáñez de Faria, Llamas y Molina, y otros muchos; se entendía que era la opinión común de nuestros intérpretes. Así informan: YBÁÑEZ DE FARIA, *Additiones, Ad variae Res*, II, c. II, n. 14 (pág. 186); AZEVEDO, *Comm.*, 5,6,5, n. 1 (t. III, págs. 172, 173), MATIENZO, *Comm.*, 5,6,5, gl. II, n. 3 (folio 150). Cf., también, COVARRUBIAS, *Opera omnia, Autrerpiae, Variae*, 2,2, n. 2 (t. II, pág. 103); LLAMAS Y MOLINA, *Commentario a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid 1876, I, Ley 21, págs. 223 y ss.

(38) Según informan: MOLINA *De primogeniorum*, I, 12, c. 10, n. 13, pág. 97. YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Rerum*, 2, c. último, P. I, 9, n. 9 (pág. 125).

cuanto uno y otro pueden ser reconvenidos directamente por los deudores para el pago de las deudas» (39).

5.—Según Roca Sastre (40), «en el sistema legitimario romano —como es institucionalmente lógico— el desheredado *partem facit ad minuendam legitimam*, mientras que en la reserva germánica no hace parte». Antonio Gómez (41) plantea la cuestión sobre si cuando el hijo es justamente desheredado por el padre, la porción legítima que le corresponde acrece a los demás hijos y si, por consiguiente, se computa o no en el número de los hijos para aumentar su legítima, y concluye que, conforme al Derecho común, no debe computarse en el número de los hijos (42). Pero, a la vez, advierte 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». Y así, sea que alguno de ellos muera, o sea desheredado o sea incapaz.

6.—En una multitud de cuestiones, nuestros autores clásicos suelen acoger las tesis de Derecho común que más se convienen con la naturaleza hereditaria de la legítima.

a) El hijo a quien se deja en el 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 (43). No fue esta la opinión de Vázquez de Menchaca (cf. nota 27 y texto supra). Y también Gregorio López (P. 6,8,5, gl. 1), con referencia expresa al Derecho castellano, sostiene que «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» (44).

b) ¿Corresponde al hijo, para obtener la posesión de los bienes hereditarios, el remedio especial (el *officium iudicis*) previsto en favor de los que sean herederos testamentarios? No se duda cuando es instituido heredero (45). ¿Y si el hijo es llamado abintestato? Gregorio López (P. 6, 14, 2, gl. 1) se adhiere —frente a la común opinión de los doctores— a la opinión de Baldo, porque «si filius est, ergo he-

(39) BENITO GUTIÉRREZ, III 3.ª edic., pág. 527.

(40) ROCA SASTRE, *Naturaleza...*, pág. 75. Cf. art. 130 de la Compilación de Cataluña.

(41) A. GÓMEZ, *Variae*, I, I, n. 22 (págs. 145 y 146).

(42) Nótese, sin embargo, que la cuestión que principalmente plantea Antonio Gómez (cf. también VÁZQUEZ DE MENCHACA, II, § 20, n. 205 (folio 101 vuelto) y CEVALLOS, *Practicarum*, quaest. 370 (pág. 469) era sólo la de saber cuántos son los hijos a efectos de conocer si corresponde la legítima de la tercera parte o de la mitad, lo que en Derecho justinianeo dependía del número de los hijos.

(43) De acuerdo con su tesis, ROCA (*Naturaleza*, pág. 206) estima, para el Derecho vigente, que tal disposición testamentaria constituye un legado de legítima.

(44) A continuación, G. López da las opiniones contrarias, en relación con el Derecho común.

(45) Si el hijo es instituido en su legítima, la cuestión era, en Derecho común discutida, puesto que la legítima es *quota bonorum* y no *quota hereditatis*. Véase, supra a).

res» (46), por lo que la existencia de un *heredes sui* tiene el mismo efecto que el testamento. Mas, en fin, por Derecho del Reino (Ley de Soria), sigue Gregorio López, no sólo al hijo sino a cualquier sucesor abintestato corresponde tal remedio (el *officium iudicis*).

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 *jus dicendi nullum* (47), respecto de la acción *ad supplementum* (48), respecto de la acción de reducción de donaciones (49).

En este régimen de las acciones había que hacer excepción con la *querela inofficiosi testamenti* por causa de desheredación injusta. Para ella, según P. 6,8,4, regía el plazo de prescripción de los cinco años. Pero Benito Gutiérrez hace notar (50) la disonancia de que un remedio «dirigido a conseguir la herencia» tuviera tan *anómalo* plazo de prescripción.

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 (51). Pero si los bienes, muerto el causante, aumentaban de valor, se cuestionaba si el aumento favorecía sólo a los herederos o si favorecía, también, a los legitimarios. La solución que prevaleció es la de la coparticipación en los aumentos de valor (52).

e) Con apoyo en ciertas doctrinas surgidas sobre el Derecho común, nuestros autores son propicios a entender que, *en cuanto beneficié* a los hijos, los hijos son considerados herederos y la legítima, *portio hereditatis* (53).

(46) Evoca, sin duda, el texto de S. Paulo, Epístola *ad Galatas* 4,7; cf. también Ep. *ad Romanos*, 8,17.

(47) Cf. YÁÑEZ DE PARLADORIO, Dif. 148, n. 21 (pág. 389). También A. GÓMEZ (*Variae*, I, 11, ns. 3 y 8), apoyándose en diversos doctores del Derecho común: *quia testamentum est ipso jure nullum et transmittit hereditatem abintestato* (n. 3 citado, pág. 135).

(48) YÁÑEZ DE PARLADORIO, Dif. 148, n. 31 (pág. 391). AZEVEDO (*Commentaria juris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Lugduni, 1737), 4,15,6 (t. II, pág. 370). Según A. GÓMEZ (*Variae*, I, 11, n. 23, pág. 166) dura treinta años, como acción personal *in rem scriptam*.

(49) AZEVEDO, *Comm.* 5,6,12, ns. 13 y 14 (t. III, pág. 202).

(50) *Códigos*, III, 3.ª edic., pág. 436. Benito Gutiérrez trata, sin embargo, de explicar la anomalía, porque dicho «remedio» tiene algo de penal.

(51) Sobre la cuestión, VALLET, *Las Legítimas*, I, págs. 190 y sigs.

(52) Sobre la cuestión, VALLET, *Las Legítimas*, I, pág. 207.

(53) AYLLÓN, *Additiones ad varias resolutiones Antonii Gomezy*, Lugduni, 1666, I, I, n. 6 (pág. 7). YBÁÑEZ DE FARIA, *Additiones ad vari Resol.*, II, II, página 388 (n. 92); y de ahí concluye que si el hijo fuere instituido en la legítima, podrá tomar la enfiteusis o feudo *hereditario*, aun cuando hubiere «coheredero universal». COVARRUBIAS (*In variarum*, II, 18, n. 9) (tomo II, pág. 171) entiende, en cambio, que al hijo instituido en la legítima, habiendo sido instituido otro

f) Roca (54) sostiene que era algo excesivo entender que estaban legitimados para promover el juicio de testamentaria 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 testamentaria (cf. arts. 406 L.E.C. de 1.855 y 1.038 L.E.C. de 1881); sin que el testador, que puede señalar reglas en relación con las operaciones que integran tal juicio, pueda menoscabar, con sus disposiciones, la legítima de los herederos forzosos (art. 496 L.E.C. de 1.855, D. 6 noviembre 1868, art. 1.046 L.E.C.; véase, además, la jurisprudencia que citamos en VIII, B).

C) *La opinión de los codificadores.*—Informa García Goyena (55) que una de las bases preliminares adoptadas por la Comisión General fue «la de no innovar lo existente», como regla general. Este criterio pasó a ser imperativo para los redactores del Código: por mandato de la Ley de Bases de 11 mayo 1888, habían de recoger «el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio» (Base 1.ª; cf., también, Bases 15 y 16). ¿Dónde encontraron nuestros codificadores, en materia de legítimas, el Derecho histórico patrio? ¿En las Partidas y en la doctrina romanista de nuestros clásicos? Veamos lo que nos dicen los mismos codificadores.

García Goyena, sobre ser el Presidente de la Sección de lo Civil cuando se redacta el Proyecto de 1851, el principal antecedente de nuestro Código, fue —según él mismo nos dice (55 bis)— «el encargado de toda la materia de herencia por testamento y sin él». Pues bien, en su opinión (56), las normas fundamentales no son las contenidas en las Partidas que «copiaron a las romanas», sino las del Fuero Juzgo, Fuero Real y Leyes de Toro, que establecen la legítima de los hijos «tal cual ha llegado hasta nosotros al través de tantos siglos, y a pesar del romanismo servil de las Partidas».

Este punto de vista sobre el romanismo y la legítima castellana, es confirmado por Benito Gutiérrez, que fue el ponente, en la última etapa de la redacción del Código civil vigente, en las materias de donaciones, legítimas y mejoras (57). Según él (58), las Leyes de Toro sancionan «la legítima española, sin acordarse siquiera del precedente romano, siempre desatendido en la práctica a despecho del Código de las Partidas».

como heredero universal, no pasa el derecho de patronato, sino que éste pertenece al instituido en la herencia.

(54) ROCA, *Naturaleza...*, pág. 200, nota 52. Allí da cuenta de que se estimó, sin embargo, que estaban legitimados por S. 3 noviembre 1876, dada la vigencia general de la Ley Procesal Civil.

(55) GARCÍA GOYENA, *Concordancias. Motivos y comentarios del Código Civil Español*, Zaragoza 1974, pág. 347

(55 bis) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, pág. 347.

(56) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, pág. 346.

(57) Cf. M. PEÑA, *Antecedentes del Código civil vigente*, A.D.C., 1965, pág. 918.

(58) BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, 3.ª edic., pág. 297.

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

A) *La vocación legal forzosa*.—Los legitimarios son «herederos» y precisamente «herederos forzosos». Así los denomina el Código civil: arts. 140, 756-2.º, 763, 777, 806, 807, 813, 814, 815, 816, 817, 820, 821, 822, 825, 857, 863, 985, 1.035, 1.036, 1.056, 1.324. Así los denomina el artículo 28 L. H. Y así los llamaba ya, antes del Código, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.046), el Código de comercio («herederos legítimos», art. 428, según la redacción que estuvo vigente hasta la L. 8 octubre 1980) y la Ley de Propiedad Intelectual (art. 6.º; el art. 41 de su Reglamento, habla de «heredero necesario»).

Los textos del Código no sólo dicen que los legitimarios son «herederos forzosos», sino que además precisan —como ya lo hacía la S. 21 octubre 1865 (60), y lo vuelve a hacer la S. 31 marzo 1970 (61)— que la legítima, a que por Ley tienen derecho los legitimarios, consiste en una *parte de la herencia* (cf. arts. 809, 820-3.º, 837, 838), o en una *parte alícuota de la herencia* (cf. art. 655-I, C. c., como después explicaremos (62)). Incluso precisan que la legítima es *herencia* (cf. artículo 810-II C. c.).

Ciertamente el artículo 806 C. c. se refiere a la legítima como una *porción de bienes*. Pero con ello no quiere decirse que la legítima sea una *simple pars bonorum* (cf. nota 33, a), y en I,B,3, lo que, ante objeción análoga, dice Vázquez Menchaca). Del propio artículo se desprende que se trata de una porción de bienes que corresponde a los legitimarios como *herederos*. Como cuando el Código habla de la institución de heredero que no comprende la totalidad de *los bienes* (cf. artículos 764-I y 912-2.º C. c.; cf. también arts. 667 y 668).

Estos términos —«heredero forzoso», «parte de la herencia» (*pars hereditatis*)— deben entenderse en el sentido técnico que resulta del propio contexto del Código y de la doctrina tradicional ya expuesta. Son *herederos* y, por tanto, sucesores a título universal (cf. art. 660 C. c.). Y lo son con carácter forzoso, es decir, por determinación de la Ley y cualquiera que fuere la voluntad del testador.

No sería de buena técnica interpretativa estimar que nuestros ilustres codificadores no conocían el alcance doctrinal tradicional de las palabras y que empleaban sin propiedad los términos «heredero forzoso», «parte de la herencia». Nótese que el legislador, en la Ley 13 mayo 1981, vuelve a insistir en estos términos —a pesar de que

(60) La legítima es «la *parte de la herencia* que se debe —se trataba de enjuiciar la renuncia de una legítima *futura*— por disposición de la Ley a los herederos forzosos» (S. 21 octubre 1865, *obiter dictum*).

(61) En nuestro ordenamiento jurídico la legítima tiene «la consideración de *pars hereditaria*» (S. 31 marzo 1970: a efectos de sostener que, en principio, la legítima debe ser satisfecha con bienes de la herencia).

(62) En una *porción hereditaria* (cf. arts. 127, 134, 844, 846 C. c., en su redacción originaria); cf. también los arts. 834 y sigs. y 840 y sigs. C. c., en su primitiva redacción.



podía haber empleado uno más neutro, *legitimarios*— incluso cuando redacta artículos de nueva planta (cf. arts. 140-II y 1.324 C. c.).

No cabe, en particular, explicar los términos «heredero forzoso» con el sentido que estas palabras podían tener en el Derecho común: en este Derecho eran forzosos porque habían de ser necesariamente instituidos herederos para evitar, de este modo, que el testamento pudiera ser atacado, a causa de la preterición, por el *jus dicendi nullum*. Ya en el Derecho castellano anterior al Código civil, el testamento, según la opinión de muchos, era totalmente válido, aunque el legitimario no fuera en él instituido heredero, sobre todo si tampoco había institución de heredero en favor de otros (cf. *supra* texto y nota 18). En cuanto al Código civil, todos los autores están hoy de acuerdo en que en modo alguno necesita el testador, para evitar las consecuencias de la preterición, instituir heredero al legitimario (cf. art. 815 C. c.). Por lo cual es inadecuado atribuir el término «forzoso» a una *necesidad* que no existe. Creo que hoy el legitimario es llamado «forzoso» porque la legítima —que, como hemos visto antes, es *parte de herencia*— le está directamente atribuida por la Ley (cf. art. 806 C. c.); es decir, la Ley impone al causante unos herederos sobre cierta *parte de la herencia*, y, en consecuencia, de esta parte el causante «no puede disponer» (63) (cf. art. 806 y 808 y 813-I C. c.). El que tiene herederos forzosos, debe respetar esta *limitación* sectorial del ámbito de su potestad dispositiva (cf. art. 763-II C. c.).

B) *Caracteres del llamamiento forzoso*.—El Código civil regula un *especial llamamiento* de herederos (el de los herederos forzosos), que es distinto del llamamiento voluntario y del llamamiento abintestato. Se diferencia del llamamiento voluntario en que éste se funda en la voluntad del hombre y el forzoso se funda sólo en la Ley (cf. arts. 763 y 806 y ss. del C. c.). Como en la sucesión abintestato, el llamamiento forzoso es también un llamamiento que surge por ministerio de la Ley (cf. art. 658 C. c.), con la consiguiente aplicación de las normas que se refieren a este tipo de llamamiento (cf. arts. 111, 179, 811 C. c.). Pero se diferencia de la sucesión abintestato en que el llamamiento forzoso se produce, no a falta de la voluntad del hombre manifestada en el testamento (llamamiento dispositivo o supletorio), sino a pesar de esa voluntad (llamamiento imperativo, es decir, *forzoso*).

El llamamiento forzoso se distingue de los otros dos no sólo en cómo se produce sino también en su *régimen* (por lo cual, cuando actúa, no puede decirse que entre en aplicación, puramente, la sucesión abintestato).

El orden de los llamamientos en la sucesión voluntaria es, obviamente, el querido en el testamento, completado por las disposiciones específicas sobre el derecho de representación (cf. art. 814, V) y sobre el derecho de acrecer. En la sucesión legal (sea forzosa o abintestato)

---

(63) No puede disponer de ella en cuanto «pars hereditatis» que la Ley asigna al legitimario. Pero, como veremos, sí tiene ciertas facultades en relación con la concreción de la «pars» abstracta en un lote de bienes.

el orden de los llamamientos es el fijado por la propia Ley. Pero lo que queremos destacar ahora es que cuando es aplicable el llamamiento forzoso (sea contra el testamento, sea a falta de testamento), el orden de llamamientos es distinto que en la sucesión abintestato:

1.º En la sucesión abintestato, los descendientes excluyen al cónyuge. En la sucesión forzosa, concurren con el cónyuge.

2.º En la sucesión abintestato, los ascendientes excluyen al cónyuge. En la sucesión forzosa, concurren con el cónyuge.

3.º En la sucesión abintestato, no es llamado el cónyuge «separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente» (cf. art. 945 C. c.). En la sucesión forzosa, sólo deja de ser llamado el cónyuge en determinadas hipótesis de separación legal (cf. art. 834 C. c.).

4.º En la sucesión abintestato, repudiando la herencia todos los parientes más próximos (según el orden legal), heredarán los del grado siguiente (cf. art. 923 C. c.). En la sucesión forzosa, repudiando la legítima todos los legitimarios del mismo grado, no son llamados (64) como legitimarios los del grado siguiente (65).

Ha sido discutido si para la sucesión forzosa se dan o no las mismas causas de indignidad que en la sucesión voluntaria o abintestato (cf. art. 756 C. c., sobre todo el número 2.º) (no es ahora de nuestra incumbencia profundizar más en este tema).

Ni en la sucesión voluntaria ni en la sucesión abintestato los hijos podrán representar a su padre, si viviere, aunque sea incapaz de suceder. En cambio, en la sucesión forzosa se permite la representación en los casos de desheredación o indignidad (cf. arts. 761, 766, 857, 923, 929 y 981, C. c.).

En la sucesión legítima (*abintestato*) la parte del que repudia la herencia, o del que no puede suceder, acrecerá a los coherederos (artículos 922 y 981). En la sucesión voluntaria tiene lugar el derecho de acrecer en los términos que establecen los arts. 982 y sigs. C. c. En la sucesión forzosa —haya o no sucesión voluntaria—, hay un régimen especial que impone el acrecimiento precisamente entre los llamados a la sucesión forzosa «por su derecho propio» (cf. art. 985-II), y no, en su caso, por el derecho de acrecer que derivaría del llamamiento voluntario (éste sólo opera en relación con la parte de libre disposición) (66). Es decir, en la sucesión forzosa, los llamados lo son, por

(64) En este sentido, también: VALLET, *Com.* art. 857, pág. 573. LACRUZ, *Elementos*, V, pág. 439. En la sucesión forzosa no se da la necesidad legal de continuar los llamamientos para evitar que las herencias queden vacantes.

(65) Ni tampoco se aumenta la cuota del cónyuge viudo por repudiar o ser desheredados los legitimarios concurrentes.

(66) ¿Cabe el derecho de acrecer derivado del llamamiento voluntario hecho en favor sólo de algunos legitimarios en cuanto la parte vacante comprenda la mejora? Hoy casi unánimemente los autores se manifiestan en favor de la tesis positiva y en este sentido se pronuncia la R. 14 agosto 1959. Pero son muy fuertes los argumentos contrarios. En primer lugar uno muy repetido: La expresión sólo del art. 985-I C. c., y la consideración de que la mejora es una parte de la legítima (cf. art. 823 C. c.). También, que la tesis negativa es la más con-

su grado, *al todo de la legítima*, y en caso de repudiación —o de indignidad o de desheredación, cuando no juegue el derecho de representación— la porción vacante acrecerá a los demás legitimarios (67).

En la sucesión voluntaria o abintestato, agotados los bienes hereditarios por las cargas y deudas, nada percibirán los herederos. En la sucesión forzosa, los herederos pueden todavía —por vía hereditaria— recibir bienes, los que, a estos solos efectos, vuelvan, por reducción de donaciones, al patrimonio del donante.

Cuando en la sucesión voluntaria o abintestato el heredero forzoso concorra con otros que también lo sean, la posible colación está sujeta a reglas distintas que la colación y reducción de donaciones determinadas por la sucesión forzosa.

El carácter forzoso del llamamiento y su protección incluso frente a los actos *inter vivos* del causante, determina un especial sistema de protección del heredero forzoso (al que después nos referiremos).

Las posibilidades del testador en relación con la administración y liquidación de la herencia y, en particular, en relación con la partición hereditaria no son las mismas en la sucesión voluntaria o abintestato que en la sucesión forzosa (cf. VIII).

Finalmente, aun siendo los herederos forzosos igualmente herederos, van a tener un plus de consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Los bienes adquiridos por vía de sucesión forzosa van a sufrir sujeciones (la reserva del art. 811 C. c.) que no sufren al menos los bienes adquiridos sólo por sucesión voluntaria (68). Los herederos forzosos tienen derechos especiales en relación con la propiedad intelectual (cf. art. 6 L. P. I.). Los herederos forzosos, en cuanto herederos, tienen legitimación para ejercitar determinadas acciones de tipo personalísimo (a las que nos referiremos); en ciertos supuestos, sólo ellos son los únicos herederos legitimados para su ejercicio (cf. art. 140-II C. c.).

---

forme con el principio de no admisión de las mejoras tácitas (cf. arts. 825, 828) y con el de que la regla, en el trato paterno, es la igualdad como se confirma en la regulación de la colación (arts. 1.035 y ss.). Es especialmente sorprendente que se admitiera la solución afirmativa del derecho de acrecer derivado del llamamiento voluntario cuando aún no se admitía el derecho de representación en los términos que resultan del art. 814-V, redacción dada por L. 13 mayo 1981: la admisión entonces del derecho de acrecer equivalía a la postergación total, en la mejora, de la stirpe del hijo mejorado premuerto (contra la probable voluntad del testador). No debe olvidarse que, como decía Matienzo —según ya vimos—, también entre los hijos la mejora se considera legítima a muchos efectos.

(67) En este sentido, también, VALLET DE GOYTISOLO, *Com.* art. 857, páginas 572 y sigs.; LACRUZ, *Elementos*, V, pág. 438. Pero ambos autores admiten el derecho de acrecer en la mejora (véase nota anterior).

(68) Cf. VALLET, *Comentarios*, art. 811, pág. 70.

#### IV. ¿COMO SE CONJUGA EL LLAMAMIENTO FORZOSO CON LA DICOTOMIA SUCESION TESTAMENTARIA, SUCESION LEGITIMA O ABINTESTATO?

A.—El artículo 658 C. c. —y los con él concordantes: 609, 1.009 C. c., 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 aun contra la voluntad del testador; es decir, la forzosa (69).

Pues bien, 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 (el contrato, la sociedad, las capitulaciones matrimoniales, etc.). La respectiva relación jurídica es regida, ciertamente, 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. En materia sucesoria, la sucesión forzosa forma parte de este régimen primario inderogable, y aplicable, por consiguiente, tanto cuando hay como cuando no hay testamento. De manera que *habiendo testamento* el régimen de la sucesión viene integrado: 1.º Por las *normas imperativas* y entre ellas —cuando se hagan valer por persona legitimada— las que precisan el régimen de los herederos forzosos (cf. art. 763-II C. c.); 2.º Por las normas válidas establecidas por el testador en el negocio jurídico testamentario; 3.º Por las normas dispositivas supletorias de la voluntad del testador, entre las que pueden estar unas u otras disposiciones de la sucesión abintestato (70). Y *no habiendo testamento*, el régimen imperativo primario y el régimen legal supletorio se funden en uno sólo, con primacía de las normas de aquél.

Así, pues, cuando la sucesión se defiere por la voluntad del hombre no sólo juega la voluntad del hombre. La sucesión testamentaria también comprende la forzosa. Las Leyes de Toro establecían la sucesión hereditaria forzosa de los ascendientes (respecto de sus descendientes) (Ley 6 Toro) o de los hijos naturales (respecto de sus madres) (Ley 9 Toro), fijando que tenía lugar «ex testamento» y abintestato. Es decir, se partía de la misma dicotomía vigente y se entendía, naturalmente, que «las palabras de la Ley *ex testamento* deben entenderse *contra*

(69) En este sentido: ROCA, *Naturaleza...*, pág. 196; VALLET, *Com.*, art. 806, pág. 6; DE LA CÁMARA, *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, Cent. L. Not. Madrid, 1964, págs. 744 y sigs.

(70) Desde esta perspectiva, incluso la sucesión mixta (en el testamento se dispone sólo de parte de los bienes, o no tiene efecto la institución de heredero, lo que no obsta a la validez de las otras disposiciones testamentarias) es sucesión testamentaria. Para tales casos, decía Benito Gutiérrez (tomo 3.º, ed. 3.º, pág. 233) «aunque la designación de heredero deba verificarse según las leyes que arreglan la sucesión intestada, el juicio que haya de incoarse habiendo testamento no puede ser el de abintestato sino el de testamentaria (S. 8 junio 1861)».

Cf., también, en esta línea, MATIENZO, *Commentaria*, 5,4,1, gl. 10, folio 81.

testamento, pues *ex testato*, es decir, *ex voluntate defuncti* también sucedería el extraño (*el no legitimario*) si fuera instituido heredero» (71).

En R. 30 junio 1910 se admite la inscripción de una partición en que, con la conformidad de todos, había sido reconocida la legítima de los legitimarios (hijos naturales) preteridos. Los bienes, según la partición, habían de pasar, pues, a los hijos naturales por un título, la Ley misma, que venía a completar la voluntad del testador.

B.—Ahora bien, el heredero forzoso que, a la vez, sea llamado como heredero testamentario o abintestato, no es llamado *de modo singular e independiente como tal heredero forzoso*. Si hay testamento, rigen los llamamientos testamentarios, con las peculiaridades que la sucesión forzosa exija. Si hay sucesión abintestato, rigen las normas de la sucesión abintestato con las exigencias que imponga la sucesión forzosa. Quiero decir que el llamamiento forzoso no engendra, para el que también es llamado «*ex testamento*» o abintestato, un *jus delationis* independiente. La sucesión deriva de un solo título, bien el testamento, bien la Ley, en el cual se integran las normas que imponen la sucesión forzosa; y no puede aceptarse la cualidad de heredero sino como se desprende del conjunto de las normas aplicables a cada sucesión según cual sea el título por el que la sucesión se defiere: en concreto, no cabe aceptar la sucesión forzosa y renunciar a la testamentaria (o a la sucesión abintestato, en su caso), ni viceversa, pues no cabe que un llamado, tal como resulta del conjunto de las disposiciones aplicables, acepte o repudie una herencia, distinguiendo la *parte* (cf. art. 990 C. c.) a que es llamado por la voluntad del hombre (o, en el caso de sucesión abintestato, a que es llamado por la Ley, pero sólo con carácter supletorio de la voluntad del hombre).

C.—En toda sucesión, sea testamentaria o abintestato, han de cumplirse —decimos— las exigencias y peculiaridades del llamamiento forzoso, en los términos antes descritos. Este régimen peculiar del llamamiento forzoso puede quedar eclipsado cuando el llamamiento voluntario, o el legal supletorio, va más allá, en favor del llamado, que el llamamiento forzoso. Pero aun en estos supuestos, y sea la sucesión voluntaria o abintestato, emergerán las normas peculiares del llamamiento forzoso, en los términos ya expuestos, en los supuestos de indignidad para suceder, acrecimiento, insuficiencia del caudal hereditario (y consiguiente procedencia de la reducción de donaciones, y de otras acciones contra los actos del causante) para satisfacer las legítimas (72), partición que lesione las legítimas, reserva del art. 811 (al menos si la sucesión es voluntaria), derechos de propiedad intelectual.

(71) Así, A. GÓMEZ, *Variae*, I, XI, n. 36 (pág. 153), con relación a la Ley 6 Toro (en la cuestión de los remedios que tienen los ascendientes preteridos o desheredados).

(72) Como para la fijación de las legítimas se computan las donaciones, incluso las hechas a extraños, puede resultar que el importe de las legítimas sea superior al que resultaría para las cuotas hereditarias si sólo se aplicaran las normas de la sucesión voluntaria o abintestato. En particular, ocurrirá así cuando, habiendo donaciones, el caudal hereditario se agota en pagar deudas del causante.

tual (cf. art. 6.º L.P.I.), ejercicio de acciones reservadas sólo a los herederos forzosos, etc.

El carácter forzoso del llamamiento se hace patente *con toda nitidez*, y con independencia de cuáles sean los llamamientos testamentarios o los legales supletorios, en los siguientes supuestos (73):

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.*— En estos supuestos la fuerza del llamamiento sucesorio a los legitimarios no arranca de la voluntad del testador sino de la Ley. El testador se limita a soportarlo y así lo hace saber. El alcance de la disposición sucesoria dependerá, pues, enteramente de la Ley. Lo que tiene especial importancia en los casos de cambios fácticos (varía el número de los hijos) o normativos (cambio de estatuto personal, cambios normativos) producidos después de otorgado el testamento.

El llamamiento forzoso se produce con sujeción a sus peculiares normas (ya vistas).

2.º *El legitimario llamado a suceder en sucesión testamentaria o abintestato, resulta que es indigno para suceder.*—Si se siguiera la tesis de que, en general (a salvo lo dispuesto en el art. 756-2.º C. c.), la indignidad no afecta a las legítimas, el legitimario seguiría siendo heredero pero sólo por el llamamiento forzoso. Aceptando la tesis más generalizada, en todo caso el llamado por testamento o abintestato quedaría excluido de la herencia, pero «si fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima» (art. 761). Está claro que el llamamiento a estos hijos o descendientes, beneficiados con la legítima, no es un llamamiento testamentario ni puramente legal supletorio. Es un caso de llamamiento forzoso, sujeto a reglas propias: en la legítima los beneficiarios representan al ascendiente excluido, aunque esté vivo, lo cual no es posible —como vimos— ni en la sucesión voluntaria ni en la sucesión abintestato.

3.º *El legitimario es preterido* (salvo si es preterición no intencional de descendientes (74)).—Hasta la Ley de 13 de mayo de 1981 el

(73) Según LACRUZ (*Elementos*, V, § 350, págs. 435 y sigs.) hay tres supuestos en que cabe hablar de una verdadera vocación legitimaria *mortis causa*: cuando el legitimario puede pedir el *complemento* de su legítima y en los casos de desheredación injusta y de preterición intencional.

G. GARCÍA VALDECASAS (*op. cit.*, pág. 966) señala que «la delación forzosa tiene lugar cuando el testador, sin incurrir en preterición, ha dispuesto por vía de institución de heredero, de una parte de la herencia superior a la de libre disposición, privando así al legitimario de la totalidad o de parte de la cuota reservada». Desde luego no comparto la distinción que García Valdecasas hace entre la legítima como parte —*cuota fija* (uno o dos tercios, la mitad)— de la herencia reservada por la ley al heredero forzoso y la legítima como cuota de valor a que el mismo tiene derecho a percibir; y creo que el heredero forzoso, en cuanto tal, puede quedar satisfecho con lo ya recibido, por vía de donación, aunque concurra a la herencia con extraños.

(74) La preterición no intencional de hijos o descendientes, es tratada como error, que pone en juego otros mecanismos correctores. En cambio, la preterición no intencional de otros legitimarios tiene el mismo tratamiento que la intencional.

efecto que, en general, tenía la preterición (75) era anular la institución de heredero, con lo cual quedaba ya libre el paso a la sucesión abintestato —se decía— y el legitimario era llamado ya no como tal sino como heredero abintestato. Mas aún antes de la vigencia de la citada Ley, se revelaba el llamamiento forzoso: 1.º Si el testamento no contenía institución de heredero y las mandas y mejoras no dejaban margen a la sucesión abintestato porque se había dispuesto de todos los bienes (cf. art. 912-2.º C. c.). 2.º Si contenía institución de heredero, y no obstante ser ésta anulada, las mandas y mejoras abarcaban todos los bienes del testador (cf. art. 912-2.º C. c.). 3.º Si, aun no habiendo mandas o mejoras, la sucesión abintestato no satisfacía las legítimas. Ya hemos visto antes cómo para este u otros fines puede revelarse en la misma sucesión abintestato, el llamamiento forzoso. 4.º En el llamamiento del cónyuge viudo (ya hemos visto cómo no es lo mismo que sea llamado como legitimario que lo sea como heredero abintestato).

Hoy está más claro que la preterición (salvo la no intencional de descendientes) no produce la apertura de la sucesión intestada (75 bis), sino que lo que ocurre es que se manifiesta el peculiar llamamiento del legitimario y en su estricta medida (cf. art. 814, I, C. c.). Recordemos otra vez que el puro juego de la sucesión abintestato puede no bastar para la satisfacción de la legítima. Pero es que, además, no parece adecuado sostener que se abra parcialmente la sucesión intestada únicamente para dar paso a la cuota del preterido intencionalmente. Como ya observó G. GARCÍA VALDECASAS (76), en relación con la desheredación, para el caso de existir varios herederos forzosos, si se abriera la sucesión abintestato para la cuota del excluido, concurrirían, junto con éste, los demás herederos forzosos y nunca el excluido lograría su legítima entera (77).

4.º *El legitimario sufre una desheredación que no cumple con las exigencias legales.*—Los efectos que se producen, en relación con el llamamiento del legitimario, son iguales a los ya vistos para la preterición intencional (cf. art. 851 C. c.) (78). Por lo cual nos remitiremos a lo antes dicho.

(75) No interesa ahora replantear si en la antigua redacción del Código cabía dar otro efecto a la preterición intencional. En sentido afirmativo, S. 13 julio 1985.

(75 bis) La S. 13 julio 1985 parece entender que sí, pero lo hace forzada por la necesidad de la congruencia con la demanda y, sobre todo, para dar una salida de justicia a un recurso mal planteado.

(76) G. GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pág. 968.

(77) Se ha opuesto que una apertura parcial, y con exclusión de determinados hijos, también cabe «si el testador instituye sólo a uno de sus hijos en su parte viril diciendo que nada más puede recibir de su herencia, supuesto en el cual la parte deferida abintestato corresponde por partes iguales sólo a los demás hijos» (así VALLET, *Com.* art. 851, pág. 534). En este singular supuesto está claro que en la herencia restante no hay pura sucesión abintestato, ya que respecto de ella la sucesión se defiere, en primer lugar, por la voluntad del hombre manifestada en el testamento y según éste uno de los llamados abintestato había de ser excluido.

(78) El caso de *error* en la desheredación puede dar lugar a otros efectos, más favorables para el desheredado (cf. art. 767 C. c.).

5.º *El legitimario está legalmente desheredado.*—En este supuesto, «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de *herederos forzosos* respecto a la legítima» (art. 857 C. c.). El supuesto, en relación con el llamamiento forzoso, es igual al ya visto en relación con el legitimario indigno de suceder.

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.*—En este supuesto, el legitimario «perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima» (art. 900) (79). Así, pues, en su caso, la institución de heredero en favor del nombrado albacea queda sin efecto, y habrá lugar, según el supuesto, al juego de la sustitución vulgar, o del derecho de acrecer, o de la sucesión abintestato. Pero el nombrado albacea, en cuanto legitimario, mantendrá, en cambio, el llamamiento forzoso.

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* (80).—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: a) Pedir el complemento de la legítima y reducir el alcance de la institución de heredero, las mandas y legados y, en último término, las donaciones (cf. arts. 815, 817, 819-III, 820 y concordantes C. c.). b) Pedir que la legítima sea atribuida libre de gravámenes, condiciones o sustituciones (cf. arts. 813, 863-II, 782 C. c.) (81). c) Escoger, en los casos legalmente previstos, entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de herencia de que podría disponer libremente el testador (cf. art. 820-3.º C. c.). d) Exigir que se rectifiquen las disposiciones del testador que, más allá de los casos en que la Ley lo permita, impidan al legitimario que su cuota hereditaria se concrete en bienes hereditarios (sobre esto volveremos). e) Pedir la rescisión de la partición hecha por el testador, o por el contador partidor, y que lesione la legítima (cf. art. 1.056, 1.070-1.º, 1.075 C. c.).

8.º *El legitimario a quien el testador asigna un legado imputable a su legítima, no renuncia a la herencia* (82).—El artículo 815 es entendido con frecuencia en el sentido de que el causante puede, a su arbitrio, evitar que el legitimario sea heredero: bastaría, por ejemplo, que el causante hiciera efectiva la legítima mediante un legado.

(79) Supuesto análogo contemplaba el art. 251, antes de la Ley 24 octubre 1983.

(80) Sobre el tema, cf. DE FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, A.D.C., 1948, págs. 46 y ss.

(81) Nótese que hoy el testador puede, en ciertos supuestos, designar quien ha de administrar los bienes que se reciben por legítima: cf. art. 164-II-2.º C. c.

(82) Sobre la cuestión, ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid 1945; *Heredero testamentario...*, A.D.C., 1950, págs. 321 y sigs.



Si el legado cubre la legítima, no hay cuestión sobre el carácter singular del título. Si no lo cubre, tampoco recibirá nada como heredero al ejercitar la acción de complemento, pues lo que se recibe por la acción de complemento se recibe, también, por el mismo título que el principal (en el supuesto del legado, a título singular).

Así, pues, el legitimario, que quisiera hacer valer sus derechos como tal legitimario, tendría que soportar el legado que le hubiere hecho el testador, y al legitimario sólo le cabría, en su caso, la acción de complemento. Como el artículo 815 no distingue, en esa situación se encontraría el legitimario a quien el testador haya hecho un legado de no importa qué cuantía ni de qué objeto (bienes propios o ajenos, productivos o suntuosos, por ejemplo un castillo, de metálico, de valores, del crédito que tiene el testador contra tercero, etc.) (82 bis).

No es ésta la finalidad del artículo, ni los antecedentes justifican tan graves resultados. En el artículo 815 se trata, como demuestran los comentarios de García Goyena sobre el artículo correspondiente del Proyecto de 1951 (al 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. Es decir, en el sistema codificado no existe al hacer testamento la obligación, típica del Derecho común, de instituir heredero al legitimario (recuérdese que según el Proyecto la preterición siempre anularía la institución de heredero). 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 podría satisfacer la legítima, con un legado —*sucesión a título particular*—, y que al legitimario, que pretendiera hacer valer sus derechos, no le quedara, entonces, otra opción que la de aceptar el legado.

Las Partidas también contemplaron el supuesto en que el testador deja la legítima en el testamento no por vía de institución de heredero sino por vía de manda. En tal hipótesis el legitimario podía, según P. 6,8,5: 1.º No recibir el legado: entonces el legitimario podrá quebrantar el testamento puesto que en él no había sido instituido heredero. 2.º Recibir el legado sin protesta alguna; en tal hipótesis, no podía después quebrantar el testamento. 3.º Recibir el legado y hacer la protesta de que le queda a salvo la acción para quebrantar el testamento: en tal caso, según comenta Gregorio López, persistía el legado y, además —de acuerdo con los criterios del Derecho común— conservaba la acción para quebrantar el testamento.

Lo que se quiso 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

---

(82 bis) Con lo que en muchos casos el legitimario se encontraría en peor situación que cuando es desheredado sin expresión de causa, o expresando causa no legal o por causa legal que no pueda ser probada, ya que, entonces, tendrá entera la legítima (y su participación *in natura* en el conjunto de los bienes hereditarios) (cf. art. 851 Código civil).

de heredero forzoso, pues el testador no puede trasmutar 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 Derecho común y en las Partidas— al legitimario a quien se hacía un legado, de renunciar al legado sin dejar de ser legitimario (83). Hoy el que por Ley es heredero forzoso puede «renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla» (cf. art. 980), o aceptar la herencia y el legado (hipótesis de que parte el art. 815).

Nótese que en el artículo 815 C. c. ha desaparecido el adverbio sólo («sólo podrá pedir el complemento») contenido en el correspondiente artículo (el 645) del Proyecto de 1851.

El T. S., en relación con el artículo 815, ha sentado la siguiente doctrina:

1.º No es necesario instituir herederos a los legitimarios para que no se consideren preteridos; basta, a este fin, dejarles algo en concepto de legado, con lo que ya no podrán impugnar la institución (como, de ser preteridos, podían hacer siempre con arreglo a la redacción originaria del art. 814 C. c.) (SS. 16 enero 1895, 25 mayo 1917, 27 abril 1932).

2.º No obstante el legado, sigue vigente el llamamiento forzoso del legitimario a una porción de la 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 La concurrencia del legado y de la herencia forzosa plantea el problema de si el legitimario habrá de recibir, cumulativamente, la porción hereditaria y el legado, o si el legado se recibe a cuenta de la porción hereditaria. 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 Código civil (S. 21 febrero 1900). En cambio, sucederá de otro modo cuando del testamento resulte con claridad que era voluntad del testador reducir la participación legitimaria al importe del legado (cf. S. 21 febrero 1900), hipótesis que es de la que parte el artículo 815 y que se encontraba en los casos juzgados por las SS 16 enero 1895, 25 mayo 1917 y 27 abril 1932.

4.º En estas últimas sentencias, se imputa, pues, el legado a la cuota hereditaria forzosa. Pero ello no significa que se afirme la doctrina de que el legitimario, que quiera hacer valer sus derechos como tal legitimario, *necesariamente* haya de soportar el legado (y el carácter de sucesor a título particular). Las sentencias parten de supuestos en que no constaba que el legitimario favorecido con el legado hubiera

---

(83) Como cabe que el heredero forzoso a quien se ofrece por título de donación —no obstante el art. 815 C. c.— algo por legítima, se niegue a aceptarlo.

renunciado al legado para hacer valer sólo su carácter de heredero forzoso. En cambio, por S. 11 enero 1950 (en relación con el cónyuge viudo), se declara 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 en el de legado».

¿Cuál es, pues, la situación del legitimario favorecido con el legado? El legitimario continúa siendo llamado como heredero forzoso a una porción hereditaria. El mismo artículo 815 C. c. (y también el art. 817) presuponen que, con independencia de la voluntad del testador, el legitimario sigue teniendo por Ley derecho a la legítima en concepto de *heredero forzoso*. Este llamamiento ha de coexistir con la institución de heredero y demás disposiciones testamentarias (no hay preterición); pero sólo en cuanto éstas sean compatibles con aquél, porque, en otro caso, prevalece el llamamiento del heredero forzoso (anulándose las disposiciones que se enfrenten con la legítima). Veamos ahora las distintas posibilidades que tiene el legitimario favorecido con un legado:

a) El legitimario renuncia a la herencia y acepta el legado. Entonces tendrá sólo las facultades del legatario.

b) El legitimario renuncia al legado y acepta la herencia (la legítima). Se producen entonces los peculiares efectos del llamamiento forzoso, en relación con todos los bienes hereditarios.

c) El legitimario acepta la herencia y el legado. Entonces concurren en él las dos calidades, la de heredero y la de legatario. Estamos ante un prelegado. En principio, los legados no se imputan a la legítima (cf. art. 1.037 C. c. y S. 21 febrero 1900) (83 bis). El artículo 815 parte de la hipótesis, excepcional pero frecuente, de que hayan de imputarse a la legítima, por darse claramente, en el supuesto, la voluntad del testador de «reducir al importe del legado» (cf. S. 21 febrero 1900) la participación legitimaria. La situación, entonces, del legitimario es la del heredero a quien el testador asigna un legado a cuenta de su cuota hereditaria (cf. art. 1.037 C. c.) (84), (85). El heredero-legatario tiene, de momento, sobre el conjunto de la herencia, las mismas facultades que los demás herederos, cualquiera que sea el importe del legado. Goza, en particular, de la acción de complemento (a la cual nos hemos referido en 7.º). Insistimos, ahora, en que la acción que se ejerce al amparo del artículo 815 C. c. no se ejerce,

---

(83 bis) Por ej., legado hecho a los nietos que pasan a ser legitimarios en aplicación del art. 761 C. c.

(84) Si el legado se hubiera hecho no a cuenta sino en lugar de la cuota hereditaria forzosa, la aceptación del legado sólo podría hacerse renunciando, a la vez, a la herencia forzosa. Puede ocurrir que no haya propiamente legado sino asignación particional del testador; entonces la posición del legitimario respecto de tal asignación será la que le corresponde respecto de la partición (en este caso, parcial) del testador (la cual será examinada después).

(85) Se trata de un legado modalizado por su especial causa. Sin duda goza de preferencia —como definiendo ROCA, *Naturaleza*,... pág. 205—, incluso frente a los legados remuneratorios.

según el mismo tenor del precepto, como legatario o sucesor a título particular, sino como *heredero forzoso* y para obtener el complemento de la *porción* a que tiene derecho como tal heredero forzoso (cf. artículos 815 y 806 C. c.). En su día, cuando el heredero, con la recepción del legado (y en su caso del complemento), tenga satisfecha su cuota, no por eso habrá dejado de ser heredero, y *heredero forzoso*. (Sobre la trascendencia que tiene este legado en las relaciones entre colegitimarios, cf. nota 87).

Finalmente queremos señalar que cuando el legado hubiere, en su caso, quedado sin efecto (cf. art. 869 C. c.), podrá no haber preterición (de consecuencias siempre drásticas, antes de la Ley 13 mayo 1981), pero no quedará impedido, tampoco, el juego del llamamiento forzoso del legitimario (85 bis).

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

### A. *Indicaciones generales*

Hemos dicho que el Código les da el carácter de herederos: unas veces (las más) les llama herederos forzosos, y otras, simplemente, herederos (cf. art. 822 en relación con el art. 821 C. c.). Y les llama a la herencia (a una parte de ella) (cf. III, A).

Tienen, pues, el *título o cualidad* de herederos (cf. arts. 999 y 1.531 C. c.). Es decir, el título o cualidad, en sí intransferible, aunque el legitimario venda su herencia (cf. arts. 1.531 y 655-I C. c.)— de continuadores del difunto en la esfera jurídica, patrimonial y no patrimonial, que de él persiste.

1. *Consecuencias no patrimoniales*.—Como dice la S. 22 mayo 1950, la herencia no tiene un simple carácter económico: el art. 659 establece que la herencia comprende, además de bienes materiales, «derechos, acciones y aun obligaciones que no pueden, en múltiples ocasiones, valorarse económicamente»; y de ahí concluye la sentencia que un legitimario preterido puede pretender judicialmente que se le reconozca su carácter de heredero forzoso, aunque no existan bienes materiales.

Son muchos los supuestos no patrimoniales para los que se faculta especialmente a los herederos, y entre ellos, por tanto, a los herederos forzosos. Es más, a veces, y como ya hemos dicho, sólo los herederos forzosos son los únicos legitimados. Así, a los herederos, les incum-

---

(85 bis) La relación de casos en que el llamamiento forzoso se manifiesta nítido, con sus peculiares reglas, no es exhaustiva. Otros supuestos:

1.º Habiendo descendientes o ascendientes del causante, son ellos los llamados a la sucesión abintestato. El cónyuge viudo es llamado sólo por su legítima (cf. arts. 930 y 834; 935 y 837).

2.º Cuando faltan los descendientes y los ascendientes y el cónyuge está excluido de la sucesión abintestato, cabe que persista sólo el llamamiento forzoso por la cuota viudal usufructuaria (cf. arts. 945 y 834).

be la protección de los bienes de la personalidad del difunto, en la medida en que estos bienes tienen una protección «post mortem» (86). Les incumbe, pues, la defensa de la identidad contra las suplantaciones o las negaciones de la personalidad del fallecido; la defensa de sus apellidos (cf. arts. 203 y 207 R.R.c.); la defensa penal del honor (cf. art. 466 C. p.); el ejercicio del derecho de rectificación respecto de las informaciones difundidas por cualquier medio de comunicación (cf. Ley 26 marzo 1984); la defensa de la paternidad e integridad de la obra intelectual del difunto; la facultad de decidir la no publicación de la obra intelectual (cf. art. 44 L.P.I.). También tienen legitimación especial para el ejercicio de diversas acciones y facultades que, en relación con el estado civil y el Registro Civil, correspondían al causante cuando vivía (cf. arts. 130, 132, 133, 136, 141, 835 C. c.: 24, 47 L.R.c., 22, 76 y 346 R.R.c.). En determinados supuestos están legitimados, activa o pasivamente, en relación con la acción de revocación de donaciones por ingratitud del donatario (cf. art. 653 C. c.); o para accionar, en su caso, por el incumplimiento del modo a que estén sujetas las disposiciones testamentarias; o para sostener que determinado llamado a la herencia es indigno de suceder (aunque en ello, por razón de los llamamientos, no tengan interés patrimonial). Es a los herederos —y, en su caso, también a los herederos forzosos— a quienes incumbe, si no hay albacea, la ejecución de la voluntad del testador (cf. art. 911 C. c.). Cumplir esta voluntad no tiene en sí significado patrimonial, aunque las disposiciones sean patrimoniales: legados, disposiciones en favor del alma (cf. art. 747 C. c.). Con mayor razón no tendrá significado patrimonial si las disposiciones del testador no tienen carácter patrimonial: encargo de pedir perdón, órdenes sobre el destino del propio cuerpo (transplantes, lugar de enterramiento, incineración, sufragios y funeral).

2. *Consecuencias patrimoniales.*—En el aspecto patrimonial, los herederos forzosos puesto que son herederos, son sucesores a título universal (cf. art. 660 C. c.) y «suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones» (art. 661 C. c.). Los herederos —también, pues, los herederos forzosos— sustituyen al causante en la titularidad de su patrimonio convertido en herencia (cf. art. 659 C. c.). Suceder a título universal no es recibir todos los bienes (cf. art. 891 C. c.), sino ocupar en el *patrimonio* la posición que tenía el causante: la causa de la adquisición de cada bien concreto sigue siendo la misma causa (venta, permuta, donación, etc.) por la que se adquirió por el causante; el heredero sólo es deudor, respecto de cada deuda, en cuanto nuevo titular del patrimonio al que las deudas afec-

---

(86) Se aparta de este criterio la L.O. 5 mayo 1982, pues atribuye el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida a otras personas: a las especialmente designadas por el difunto y a los próximos parientes. También se aparta de este criterio la Ley 21 junio 1980 sobre autopsias clínicas. Como se ve arriba, el criterio ha sido seguido, en cambio, por otra Ley posterior, la de 26 marzo 1984 sobre rectificación de informaciones.

tan. En los efectos que pervivan de las relaciones contractuales del causante (cf. art. 1.257 C. c.) o de los procesos en que fue parte el causante (cf. art. 1.252 C. c.), el heredero ocupa el lugar del causante. Incluso el heredero adquiere *ipso jure* la posesión (art. 440 C. c.) —posición civilísima—, con la consiguiente protección interdictal (art. 446) y sin que quiebre la continuidad de la posesión a efecto de la prescripción (cf. arts. 440, 442 y 1.934). El heredero puede ejercitar el *ius delationis* del causante (cf. art. 1.006).

Por la sucesión el heredero forzoso, como cualquier otro heredero, pasa a sustituir *compartidamente* con los demás herederos la titularidad del patrimonio hereditario en cuanto *unidad abstracta* de bienes y obligaciones. En cuanto legitimario, sólo adquiere una «pars» de la herencia. No siempre se entendía en Derecho común que el llamamiento a una *pars hereditatis* fuera por sí (*pars*) de carácter universal. Estos escrúpulos no valen en un sistema como el nuestro que admite que la sucesión pueda deferirse sólo en una *parte*, por la voluntad del hombre (cf. art. 658 - III C. c.), y, más concretamente, que la institución de heredero no comprenda la totalidad de los bienes (cf. arts. 764 y 912-2.º C. c.). Lo importante para calificar de universal a la sucesión es que el llamado pase a sustituir al causante —sólo o compartidamente— en la titularidad del patrimonio hereditario.

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.*—Ocurre que a la muerte del causante, habiendo legitimarios, pueden existir dos grupos de bienes en los que el legitimario va a suceder *como heredero*: los bienes integrantes del patrimonio que tenía el causante *al fallecer* (la herencia propiamente dicha: artículo 659 C. c.) —en los que la participación en los bienes *concretos* será menor cuanto mayores sean las donaciones imputables recibidas por el legitimario—, y los bienes que, *en concepto de bienes hereditarios*, pasen, en su caso, al heredero forzoso a consecuencia de las acciones de reducción de donaciones.

En relación con los bienes integrantes del patrimonio hereditario, el legitimario tiene, como heredero, en un primer estadio, la titularidad compartida con los demás herederos. En un segundo tiempo —hecha la liquidación y partición de la herencia—, el legitimario tiene la titularidad exclusiva sobre su porción hereditaria de bienes.

En cambio, los bienes que fueron objeto de donaciones nunca forman una masa común de titularidad compartida entre herederos y legitimarios. Pero la cualidad *hereditaria* de los bienes que se reciben por la reducción justifica que todos los bienes donados sean considerados —a efectos de precisar la cuantía de las legítimas— *como* formando parte del *haber hereditario* del causante (cf. arts. 808 y 809 C. c.), o, incluso, de la *herencia* (cf. arts. 809, 820-3.º, 837, 838 C. c.), en un sentido, claro es, muy amplio, pero no simplemente contable.

Pero insistimos en que tanto los bienes integrantes del patrimonio del causante como los que se reciben si se ejercitan las correspondientes acciones de reducción de donaciones pasan al legitimario en virtud

de la sucesión universal. Es decir, incluso los que se adquieren tras la reducción de las donaciones no se reciben directamente del donatario. Por el contrario, ha de entenderse que la donación pierde, en lo necesario, eficacia y los bienes, *como bienes que vuelven a estos efectos al donante*, pasan al sucesor universal. Con la trascendencia que esta precisión tiene a múltiples efectos: título para la usucapión en su caso; título para la acción reivindicatoria; el sucesor tiene la consideración de parte misma en el título (compra, permuta, etc.) por el que el causante hubiere adquirido el bien; etc.... También, entre los co-legitimarios los bienes recibidos por causa de la reducción de donaciones forman parte del *respectivo haber hereditario*; con la consiguiente trascendencia a efectos de la obligación recíproca de saneamiento (cf. art. 1.071 C. c.), o de la responsabilidad proporcional entre ellos si uno hubiese pagado a un acreedor por cuantía superior a lo que corresponda a su participación en la herencia (cf. art. 1.085-II C. c.) (cf. nota 87).

Los dos grupos de bienes señalados —los que en definitiva recibe para sí del patrimonio hereditario y los que recibe por la reducción de donaciones— integran el respectivo *haber hereditario* de cada legitimario. Pero los bienes recibidos por la reducción de donaciones no son *herencia* a efectos de los acreedores del difunto.

El artículo 655-III C. c., en congruencia con estas ideas, señala que los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella. Es importante insistir en este precepto. Los bienes recibidos a consecuencia de la reducción no forman parte de la herencia —la propiamente dicha— o patrimonio especialmente afecto a las deudas del causante. El artículo 655-III C. c. está, a la vez, suponiendo que los demás bienes hereditarios, los del patrimonio del causante (los bienes de la herencia propiamente dicha) —y sea que los legitimarios estén en la fase de indivisión, sea que hayan recibido ya la porción de ellos tras la partición—, sí están sujetos a la acción de los acreedores.

En relación a las deudas, la posición del legitimario es la misma que la de cualquier otro heredero: como sucesor universal que es, sucede al causante en las deudas (cf. arts. 659, 660, 661 C. c.). Está, pues, pasivamente legitimado en las reclamaciones de los acreedores.

Si rige el beneficio de inventario, sólo responde con los bienes de la *herencia* (art. 1.023-1.º C. c.). Hecha la partición, «los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos hasta donde alcance su *porción hereditaria*» (art. 1.084 C. c.). Se entiende —por lo ya dicho— que los bienes recibidos por la reducción de donaciones no integran estas masas de responsabilidad.

Si no rige el beneficio de inventario, responden *ultra vires*, como los demás herederos (cf. arts. 1.003 y 1.084 C. c.). Y si uno de ellos paga más de lo que le corresponde por su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional (cf. art. 1.085 C. c.) (87).

(87) ¿Cómo responden de las deudas los legitimarios que han recibido, en concepto de legítima, bienes por un título singular? El problema ha sido plan-

El Tribunal Supremo supone en sus sentencias que los herederos forzosos responden de las deudas hereditarias como los demás herederos. De estas premisas parten las sentencias que estiman que determinado heredero forzoso, el cónyuge viudo, no responde, en cambio, de las deudas del causante, porque es llamado de modo singular al disfrute temporal de determinada porción hereditaria. A veces de modo explícito se declara, *obiter*, en estas sentencias (por ejemplo, S. 4 julio 1906) que los *herederos forzosos universales* suceden en todos los derechos y obligaciones y responden, en su caso, conforme a lo previsto por el artículo 1.084 del Código civil (88) (véase también sentencias anteriores al Código citadas en nota 25).

teado especialmente en relación con la mejora, cuando se renuncia a la herencia y se admite la mejora (cf. art. 833 C. c.). Según MORELL Y TERRY (*Estudios sobre el Código civil*, Madrid, 1984, págs. 43 y sigs), como porción reservada por la Ley a determinados *herederos* (art. 806), «la mejora no debe considerarse nunca legado; y por tanto el mejorado tiene la condición de heredero» (pág. 43). «Induce a creerlo así la consideración de que la mejora como porción de bienes es una parte de la legítima» (pág. 43). La mejora es una parte de la herencia, y no puede decirse que la renuncia en absoluto el que toma una parte, y porque dicho art. 833 toma su disposición de la Ley 21 de Toro, y ésta claramente hacía responsable al mejorado de esas deudas posteriores (*a la concreción de la legítima, previa liquidación de las deudas conocidas*), aunque renunciase su legítima» (página 54). «Si se estimara como manda o legado, estaría en manos del testador perjudicar a sus acreedores, reduciendo o limitando la parte responsable de las obligaciones que existiesen contra él, y no se incluyesen con o sin malicia en la partición» (pág. 43).

En la doctrina se ha discutido, después, si, en efecto, el mejorado que renuncia a la herencia responde como el heredero, si responde siempre *intra vires*, o si no responde nunca directamente frente a los acreedores del causante (cf. las distintas posiciones en VALLET, *Com.*, art. 833, págs. 404 y sigs.).

El problema podría plantearse de igual modo con los legados que el legitimario recibe en concepto de legítima (cf. art. 815 C. c.), cuando el legitimario acepta el legado y renuncia a la herencia.

Parece que puede concluirse que los legitimarios, no obstante haber recibido bienes (por título singular) *en concepto de legítima*, pueden renunciar a su carácter de heredero (cf. arts. 833 y 890). Entonces, en cuanto a esos bienes, el legitimario será considerado, *respecto de los acreedores*, como el extraño que sea adquirente a título singular, pues el carácter de heredero no está dispuesto por la Ley en provecho de los acreedores sino de los legitimarios (aunque apunta otro criterio la S. 11 enero 1950).

Pero, en cambio, *respecto de los demás legitimarios*, siguen siendo, en cuanto a los bienes que reciben por legítima o por mejora, partícipes de la legítima. La situación de cada legitimario respecto del total de la legítima no puede ser menoscabada por el arbitrio del testador (que asigne porciones de legítima a título particular). En consecuencia, si un heredero forzoso paga, él sólo, con cargo a su legítima a un acreedor del causante podrá reclamar de los demás legitimarios su parte proporcional (cf. art. 1.085). La antigua doctrina según la cual la mejora es legítima respecto de los extraños pero no respecto de los descendientes nunca fue recibida, como vimos, en términos absolutos. El tercio de mejora, aunque se disponga de él en este concepto, también es legítima respecto de los descendientes (cf. arts. 808 y 823 C. c.). Hoy ya no son legítima todos los bienes del testador excepto el quinto. Pero la parte que es legítima (si se trata de descendientes, los dos tercios) no puede dejar de serlo en favor de un legitimario y en perjuicio de los demás.

De modo análogo deben resolverse los problemas de saneamiento entre legitimarios (cf. art. 1.071 C. c.).

(88) No puede invocarse, en contra, la S. 14 marzo 1916: se trataba de un



C. *Compatibilidad del artículo 818 C. c. con el carácter de heredero del legitimario.*—Nos referimos especialmente a este artículo porque, basándose en él, se dice que «una cuota parte del activo líquido más lo donado no es posible que sea conceptuado como *pars hereditatis*» (89) y se niega, en consecuencia, que en nuestro Derecho el legitimario sea heredero.

Pero no creemos que este artículo esté en contradicción con los numerosos que asignan al legitimario el carácter de heredero. Cualquiera que hubiere sido la solución sobre la naturaleza de la legítima, siempre sería necesario un precepto de carácter contable de términos similares si la legítima se determina como la parte de que el testador no ha podido disponer. La colocación del precepto «entre el artículo 817, que impone la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima, y los artículos 819 y ss. que regulan de qué modo debe llevarse a cabo esa reducción», parece indicar que su *ratio* fue «determinar qué legados y donaciones eran inoficiosas» (90); es decir, determinar la parte de que el causante ha podido disponer por testamento o por donación (cf. art. 636 C. c.). Y naturalmente, para conocer este ámbito económico de disponibilidad del causante no puede sumarse en bruto lo por él donado (libre ya de las deudas de la herencia) con lo que había dejado al morir (sujeto a las deudas que tuviera), pues los bienes dejados al morir, en la medida en que sufren la carga de las obligaciones, están fuera, en un sentido económico, de la libre disponibilidad del causante. Se suma sólo el activo líquido dejado al morir (cf. S. 24 de junio de 1927). Es, pues, la necesidad de determinar, conforme a las pautas legales, el ámbito de la libertad de disposición —y no otra razón (91)— la que ha hecho que en el artículo 818 se hable de activo líquido.

El artículo, 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 hubiere sido instituido como tal *en la parte de libre disposición*, ni priva, tampoco, del carácter de heredero al que por Ley lo es con carácter forzoso.

---

legitimario *sujeto al Derecho catalán*. La S. 22 noviembre 1910, sobre si en un caso de Derecho catalán los legitimarios tienen el derecho de deliberar, se declara que sí lo tienen y en términos tales que, con mayor razón, se habría declarado también respecto del legitimario sometido al Código civil.

Sin embargo, en S. 10 enero 1920, respecto de un caso en que los acreedores del causante (que eran, también, los nietos mejorados en el 1/3 de la herencia) no habían demandado al legitimario (ni siquiera en concepto de cotitular de la herencia todavía no liquidada), se dice, *de pasada*, que el crédito no puede reclamarse al legitimario «que sólo hereda la legítima estricta, que la Ley no autoriza que se merme y grave en forma alguna».

(89) VALLET, *Com.* art. 806, pág. 17. Análogamente, antes, ROCA, pág. 197.

(90) Así lo precisa VALLET (*Com.* art. 818, pág. 220), a otro objeto.

(91) Como podría ser la de excluir, a los legitimarios, de la responsabilidad por las deudas del causante.

En sentido análogo, G. GARCÍA VALDECASAS, págs. 963 y sigs.

- D. *Compatibilidad del carácter de heredero con el hecho de que el contenido de la legítima pueda resultar enteramente cubierto con la imputación de donaciones, o con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones.*

Según Vallet (93), «significaría una contradicción que un contenido totalmente cubierto con la imputación de donaciones, o que se cubriera enteramente con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones, fuera *pars hereditatis*, y que el legitimario tuviera que responder solidariamente de las deudas del caudal inherente a toda *pars hereditatis*».

Los supuestos de contradicción podían haberse completado con el supuesto en que, sin que haya habido donaciones, sea negativo el saldo de la herencia; al no resultar residuo, también el contenido de la legítima está cubierto, esta vez con cero. ¿Cómo decir entonces, que la legítima es «*pars hereditatis*»?

Mas esta aparente contradicción se da siempre respecto de todo heredero —voluntario, abintestato o forzoso— cuando nada ha de percibir, en definitiva, porque la herencia no tiene residuo. ¿Cómo decir, entonces, que el heredero tiene una *pars hereditatis*?

En primer lugar, debe recordarse que el título o cualidad de heredero tiene efectos más amplios que el de la sucesión en el patrimonio del causante. Recuérdese lo sentado en la S., ya citada, de 22 mayo 1950; dado el alcance no patrimonial del carácter de heredero, un legitimario puede pretender que se le reconozca su carácter de heredero forzoso aunque no existan bienes materiales (véanse en V.A.1, las consecuencias no patrimoniales del título o cualidad de heredero). Pero es que, además, en cuanto a los efectos patrimoniales, tiene, también, en esos casos, sentido la sucesión universal. La sucesión universal opera, en bloque, sobre la herencia, *unidad abstracta*. La expresión *pars hereditatis* alude no a un contenido económico *concreto y positivo*, sino a una *participación* (94) en la titularidad de esa *unidad abstracta* que es la herencia o patrimonio hereditario. El legitimario, como cualquier otro heredero, *participa*, desde la aceptación, en la titularidad, aunque después, tras las operaciones de liquidación y partición, no perciba nada o tenga un saldo negativo (como le puede ocurrir a cualquier otro heredero). El carácter de partícipe de esa *unidad abstracta* determina la legitimación activa y pasiva, en la gestión y defensa del patrimonio hereditario. Explica que una cuota hereditaria que al tiempo del fallecimiento del causante no podía tener contenido económico positivo (porque eran más las deudas que los bienes) lo pueda adquirir después (revalorización de los bienes, adquisiciones por accesión o por usucapion, prescripción de las deudas o de las cargas reales, etc.). Realizada la partición, sigue funcionando la idea de coparticipación en la *unidad abstracta*, con la consiguiente

(93) VALLET, *Com. art. 806*, pág. 17.

(94) Que no es necesario, para todos los efectos (ni siquiera para los más importantes), que esté concretada aritméticamente desde el principio.

trascendencia respecto de los bienes y deudas que aparezcan después y respecto de las relaciones mismas que entre los copartícipes origina la partición o el pago que realice uno sólo de la deuda que sea hereditaria.

Es una máxima tradicional que «no hay herencia sino en el residuo» (cf. P. 7, 33, 8) (como también es una máxima tradicional que «no hay legítima sino en el residuo»). Tal máxima significa en el sistema castellano que los bienes hereditarios están especialmente afectos a las deudas del causante y que no se incorporan enteramente al patrimonio *personal* del heredero, mientras no se hayan pagado las deudas a que los bienes hereditarios están afectos (95). Pero porque no haya, después, residuo no puede negarse que se ha producido la sucesión universal.

Algunas palabras más en relación con los concretos supuestos de contradicción señalados:

*Primer supuesto: La legítima está enteramente cubierta con la imputación de donaciones.* El supuesto no es peculiar de la legítima o cuota hereditaria a que por Ley está llamado el heredero forzoso como tal heredero forzoso. También puede darse en otros supuestos en que nadie discute que estamos ante herederos y que, como tales, tienen una *pars hereditatis*. De la colación prevista en el artículo 1.035 C. c. puede resultar que el heredero —en la sucesión voluntaria o abintestato y sin que se plantee ninguna cuestión de legítimas— no haya de tomar nada de la masa hereditaria (cf. art. 1.047 C. c.). Estos resultados son consecuencias concretas de la liquidación de la herencia que no menoscaban el carácter de heredero o sucesor universal, con las consecuencias ya vistas (96).

*Segundo supuesto: La legítima está enteramente cubierta con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones.* Podemos invocar aquí también lo que acabamos de decir para el supuesto anterior: el resultado *concreto* no menoscaba los efectos del carácter de heredero, y entre ellos el de ser cotitular de la unidad *abstracta* que es la herencia. Pero, en seguida, debemos agregar que el carácter de heredero (de legitimario) es, en primer lugar, presupuesto para el ejercicio de la acción de reducción (cf. art. 655 y 654-II, 819-II y arts. sigs., C. c., que mencionan los que pueden ejercitarla, y que, en este aspecto, explicaremos después) y, en segundo lugar, tal carácter de *heredero* es —como hemos dicho ya— la idea clave para explicar el concepto y régimen de la sucesión sobre estos bienes que recibe el legitimario.

---

(95) Cf. M. PEÑA, *La herencia y las deudas del causante*, I.N.E.J., Madrid 1967, págs. 67 y sigs., 106 y sigs. 128 y sigs.

(96) Con relación a la colación prevista en el art. 1.035 C. c., VALLET no duda de que el heredero forzoso que, a consecuencia de la colación, nada recibe —o incluso que ha de devolver algo— sigue siendo heredero y responde ilimitadamente de las deudas del causante: *Estudios de Derecho Sucesorio*, IV, Madrid, 1982, pág. 541.

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

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 (cf. art. 660 C. c.) y resulta que —contra lo que debería esperarse de los codificadores— habría omitido la regulación de la figura del legitimario. En la tradición castellana y visigótica el hijo por ser hijo era el heredero normal, lo que venía a coincidir con la expresión de San Pablo (cf. nota 46), tan repetida por nuestros clásicos, «si filius est ergo heres». Tras el Código Civil, los derechos que contra el testamento tenga el hijo, *por serlo*, vendría a ser una de las situaciones anómalas e innominadas: un legado legal, una *mortis causa capio*. Con lo que quedarían sin solución directa una multitud de cuestiones (que, en cambio, tienen clara solución si, como creemos, el legitimario tiene el carácter de heredero). ¿Cabe pensar que los codificadores cayeran en tanta imperfección?

Así habría de preguntarse si el legitimario, aunque no sea heredero, puede o no ejercitar las acciones y facultades de índole personal y que en defensa de la esfera personalísima del difunto correspondan por Ley a los herederos (cuando la Ley no cite expresamente a los legitimarios) (cf. V, A,1). Si adquieren la posesión civilísima (cfr. artículo 440 C. c.). ¿Es un tercero respecto de la adquisición que del bien hereditario, a él asignado, hizo el causante? Si el causante no tenía justo título para la usucapión, ¿tiene, no obstante, a estos efectos el legitimario la condición de adquirente con título como el donatario o el legatario?

Conforme a la tesis, según la cual el legitimario, como tal, no es sucesor universal, ni, por tanto, deudor, no respondería frente a los acreedores del causante si el testador se limita a dejar a salvo las legítimas. En cambio, sí respondería si le instituye, en cualquier cuantía, heredero, y cualquiera que fuere el importe de la herencia en relación a las deudas. ¿O es que cabe renunciar la herencia y aceptar la legítima? (97).

Pero es que, además, si la legítima no implica, por sí, sucesión en las deudas y en ningún precepto se impone al testador que nombre heredero al legitimario, lo que debería preguntarse hoy, bajo los criterios de la concepción que aquí se combate, es si sigue siendo posible que el testador pueda instituir heredero al legitimario —y sobre todo, a uno solo de los legitimarios—; pues instituirle heredero significa *imponerle* la sucesión en las deudas —y, en su caso,

(97) Así lo afirma GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios*, II, pág. 248, y ROCA SASTRE, *Naturaleza...*, pág. 205, nota 67. Afirmaciones que son contrarias a la doctrina tradicional del Derecho común: cf. VÁZQUEZ DE MENCHACA, II, 20, n. 212.

que él sólo quede directamente obligado a su pago— (cf. art. 1.084 C. c.). Mas el testador no puede imponer sobre la legítima *gravamen* de ninguna especie, como no sea los que por naturaleza implique la condición de legatario.

También el régimen de la aceptación y repudiación de la legítima se encontraría con un inmenso vacío legal. ¿Hay adquisición mientras no se repudie? ¿Rigen las reglas de la aceptación de la herencia? ¿Es posible la *transmisión* al legatario del *jus delationis* del causante? ¿Cuál es la situación de los legatarios en relación con los legatarios? (98), etc.

Las lagunas vuelven a reaparecer —si no creemos que la situación del legatario es la del heredero— en cuanto a gran parte del régimen del llamado derecho hereditario y de la comunidad hereditaria. ¿Cuál es la posición del legatario en el régimen de la venta de la herencia o del retracto de coherederos? ¿Puede ser nombrado contador-partidor? ¿Está hoy, *tras el Código* y no obstante lo que resulta de los arts. 1.038 y 1.039 L.E.C., legitimado siempre para promover el juicio de testamentaría? (99) ¿Se imputa a la legítima —a la respectiva cuota hereditaria— lo dejado en testamento (cf. artículo 1.037 C. c.)?

Problemas, todos, que tienen clara solución si, como creemos, el legatario es heredero.

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

A. *Indicación general.*—Los autores que no parten de que el legatario es heredero forzoso 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. Como ocurría en la doctrina misma del Derecho común, los distintos autores dan soluciones encontradas. Pero tampoco se respetan, ahora, los antecedentes. Se cuestiona hoy todo. Se discute la naturaleza de la *acción de complemento* y su mayor o menor alcance real, o si depende de los distintos supuestos, y por unos u otros se proponen como plazos de prescrip-

(98) En nuestra tesis, los legatarios que no se atuvieron al estricto régimen liquidatorio que impone el beneficio de inventario responden, como herederos, *ultra vires* de deudas y legados (se entiende, una vez que éstos fueran reducidos si así lo impusiera la fijación de las legítimas) Lo que tiene gran interés si los bienes hereditarios se deprecian, se transmiten o desaparecen. Nótese que la responsabilidad por los legados no recae sobre los legatarios porque la ordenó el testador (lo que no podría haber hecho: cf. art. 813 C. c.), sino porque ellos —cotitulares y coposeedores del patrimonio hereditario— no se atuvieron al estricto régimen liquidatorio previsto para el beneficio de inventario. Cf., sobre la cuestión, en la historia, de la responsabilidad por los legados lo dicho en nota 25. Y para el régimen vigente, M. PEÑA, *La herencia...*, pág. 162, nota (2).

(99) Cuestión planteada por LACRUZ (*Elementos*, V, § 351, pág. 437).

ción los treinta, veinte y quince años. Discusiones similares provoca la *acción de reducción de legados* y los plazos de prescripción propuestos son los de treinta, quince o cuatro años. En cuanto a la *acción por preterición*, ¿es de nulidad?, ¿es de anulación?, ¿es una acción rescisoria de carácter personalísimo? La cuestión sobre quiénes están legitimados activamente y sobre el plazo de prescripción tendrán distinta contestación según la respectiva opinión. Análogas cuestiones y contestación produce el examen de la *acción por desheredación injusta*. ¿Prescribe a los treinta, a los quince, a los cinco, a los cuatro años? En cambio, *los gravámenes, condiciones o sustituciones* impuestos por el testador sobre las legítimas se tienen por automáticamente nulos. Tratamiento diferente —y esta vez plenamente justificado— tienen las *acciones de protección de la legítima* contra los actos realizados en vida por el causante.

B. *El sistema de acciones que protegen al heredero forzoso.*— Creemos que el régimen del Código es más sencillo y también más justo y práctico que el que resulta de la atormentada historia del Derecho común. El heredero forzoso puede tener, como tal, derecho, según antes vimos, sea a bienes integrantes de la herencia propiamente dicha, sea a bienes que ya no eran del causante al morir éste. Respecto de los primeros, tiene la protección que los demás herederos: característicamente goza de la acción de petición de herencia (que, conforme al art. 816 C. c., podemos llamar, en el caso, acción de reclamación de legítima). Respecto de los bienes que no eran ya propiedad del causante, las acciones que protegen al heredero tienen carácter especial, porque con ellas no se pretende —como en la *petitio hereditatis*— hacer valer el título sucesorio respecto de los bienes que son ya hereditarios, sino hacerlo valer sobre bienes que sólo por el ejercicio de la acción y sólo a determinados efectos pasan a ser hereditarios.

1. *La reclamación por el legitimario cuando afecte a bienes hereditarios propiamente dichos.* La acción de petición de herencia (de reclamación de legítima) puede tener, según creo y como ocurre en las acciones que protegen la propiedad, una finalidad puramente declarativa del carácter y alcance de la cualidad de heredero (título sucesorio) o también una finalidad restitutoria si los bienes hereditarios estuvieran ya en poder del demandado. Si el demandado había invocado en su favor una disposición de última voluntad del causante, será presupuesto de la reclamación la ineficacia de esta disposición. 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, y ya haya preterición (cf. art. 814), ya disposiciones que mengüen o graven la legítima (cf. arts. 813, 815, 817 sigs., 824, 831, 863-II, 877, 782, 1.037, 1.038, 1.056, 1.070-1.º, 1.075 C. c.), ya desheredación sin atenerse a las exigencias legales (cf. art. 851 C. c.).

¿Qué característica tiene esta ineficacia?

a) En primer lugar, se trata de una ineficacia que la Ley establece *sólo en protección del heredero forzoso*. Sólo es el heredero forzoso el

que puede reclamar su herencia. Cuando proceda, será presupuesto necesario de la efectividad de la reclamación de la legítima la petición de la nulidad, *total o parcial*, de una disposición testamentaria que, en cuanto contraria al llamamiento forzoso del legitimario, *para éste* no es más que un título aparente. Pero si el legitimario repudia, renuncia a su derecho (99 bis), o éste prescribe, el llamamiento testamentario quedará consolidado, pues a su plena eficacia sólo se oponía por la Ley el derecho del legitimario. Desde este punto de vista se puede decir que la legítima actúa como una *limitación* en cuanto el llamamiento forzoso comprime los efectos que, de otro modo, tendrían las disposiciones testamentarias. La Ley más que establecer una nulidad absoluta lo que decide es una colisión de derechos, dando preferencia absoluta al heredero forzoso. De ahí que, en diferentes preceptos, esta acción de nulidad se reserva al propio heredero forzoso: cf. art. 814, *fine*, 815, 817, C. c.

También están legitimados, en cuanto ocupan, a estos efectos, el lugar de los herederos forzosos, «sus herederos o causahabientes» (cf. art. 655 C. c., *a fortiori*, y S. 11 octubre 1943); y también los acreedores de los herederos forzosos (por lo mismo que están legitimados para aceptar, por ellos, su herencia, cf. art. 1.001 C. c.) (arts. 1.111, 1.911 y S. 3 octubre 1979) (100).

La acción, —como en general los diversos derechos que corresponden al heredero— es renunciable (cf. arts. 6.º-II y 655-II (*a fortiori*) C. c.) (101). Es la renuncia en vida del causante la que no es posible (cf. art. 816 C. c.).

b) Se trata de una ineficacia *ipso jure*: desde el principio el llamamiento voluntario no produjo efectos *frente* al llamamiento forzoso (cf. 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 del llamamiento forzoso y la consiguiente nulidad originaria, *total o parcial*, de la disposición testamentaria en cuanto esté en contradicción con el llamamiento forzoso, cuya fuerza preferente arranca de la Ley desde la apertura misma de la sucesión. Las valoraciones de los bienes en su caso necesarias para determinar el alcance de la extralimitación del testador se hacen con referencia al día de la muerte —en el que los llamamientos sucesorios fueron efectivos— y no con referencia al día de la sentencia o al día de la interposición de la demanda.

c) La posibilidad de pedir la prevalencia del llamamiento forzoso dura lo que la *petitio hereditatis*, es decir, lo que la facultad de hacer

(99 bis) O asiente a la partición en que se da validez a la disposición hereditaria (R. 30 junio 1910).

(100) Sobre las facultades, en general, de los acreedores del legitimario. cf. SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum*, Lugduni, 1672, P. II, c. 16, ns. 3 y sigs. (pág. 507).

(101) Sobre la jurisprudencia que admite la renuncia o transacción, en los casos de preterición o desheredación injusta, VALLET, *Com.* art. 814, págs. 167 y sigs.

valer el título o cualidad de heredero. En particular, no creo que tenga suficiente fundamentación la aplicación de unos u otros plazos de caducidad —materia esta de interpretación estricta— según una casuística de acciones que creemos superada. Sin que, con la doctrina que exponemos, se amplíen exageradamente los períodos de incerteza, pues frente a la reclamación tardía, pueden entrar en juego otras instituciones de protección de la seguridad jurídica: la doctrina de los actos propios; la del ejercicio extemporáneo de la acción (cf. art. 7.º-I C. c. y S. 21 mayo 1982); la prescripción o la usucapión en relación con los singulares bienes o derechos reclamados; las normas sobre protección de terceros adquirentes de bienes muebles o inmuebles; la protección al que paga de buena fe (cf. art. 1.164).

La sentencia estimatoria de la petición del heredero forzoso declarará el carácter y alcance de la cualidad de heredero forzoso y, consiguientemente, la nulidad, total o parcial, de la disposición testamentaria que se oponga a ello, v. gr., el legado en cuanto sea inoficioso, o la desheredación injusta, o la institución u otras disposiciones en cuanto perjudiquen la legítima. Cuando la relación jurídico procesal quedó adecuadamente constituida, la sentencia, en cuanto declara la nulidad, total o parcial, de las disposiciones testamentarias, «es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado» (cf. art. 1.252-II C. c.) y pasa a integrarse formalmente con el título de la sucesión (cf. art. 14 L.H.). Si la liquidación y partición de la herencia aún no se hubiere efectuado, estas operaciones habrán de atenerse a dicho título sucesorio. Si las disposiciones testamentarias se hubieran cumplido, procederá la restitución en cuanto sean declaradas nulas. Respecto de la partición realizada surge la cuestión —que no podemos tratar aquí— de conocer hasta qué punto es sólo rescindible o rectificable, o, más bien, nula por tratarse de partición que se basa en títulos en parte nulos (cf., sobre todo, la doctrina surgida sobre el art. 1.080 C. c.).

2. *La reclamación por el legitimario cuando afecta a bienes que a la muerte del causante no eran ya de éste:* La cuestión se plantea fundamentalmente (102) con las donaciones inoficiosas. La donación tiene

(102) También, en protección del legitimario, está establecido:

— La impugnabilidad de los actos realizados en fraude de las legítimas. La sanción de nulidad por causa ilícita, que, a veces, da la jurisprudencia es excesiva: ni se conviene con el art. 1.306 que la nulidad pueda ser invocada por el heredero voluntario, ni esta sanción guarda congruencia con la sanción (rescisión) de los actos realizados en fraude de acreedores (el fraude sólo se hizo a una legítima futura), ni tampoco con el régimen de las mismas donaciones inoficiosas (en las que hoy no se distinguen según hubiera o no intención de fraude en el donante). Son admirables las páginas que ha escrito VALLET sobre protección de los legitimarios frente a las disposiciones del causante, a título oneroso, viciadas de fraude o simulación: últimamente, en *Las Legítimas*, II, págs. 1182 y sigs. y *Panorama del D. de s.*, I, págs. 670 y sigs.

— La inoponibilidad de la confesión, o del reconocimiento de derechos, en cuanto perjudique a la legítima: cf. arts. 1.232-II y 1.324 C. c.

— La inoponibilidad igualmente de la doctrina de los actos propios del causante (cf. G. LÓPEZ, P. 5,13,24, gl. 10) (SS. reiteradas: por. ej., 12 abril 1944, 30 mayo 1968, 16 abril 1973).



plena eficacia respecto del donante: los bienes han dejado de pertenecerle y, por tanto, no forman parte de su herencia en sentido propio (cf. art. 659 C. c.). Pero, muerto el donante, la donación, en cuanto sea inoficiosa, pasa a ser un título especialmente débil, porque el heredero forzoso, como tal, puede exigir —en defensa de su legítima— que se declare la prevalencia de su título sucesorio frente al título del donatario y que, en consecuencia, los bienes sean considerados, en beneficio del legitimario accionante, bienes hereditarios (con las peculiaridades que ya vimos, es decir, sin confundirse con la herencia propiamente dicha).

a) *¿Tiene el donatario sujeto a la reducción de la donación, una posición más fuerte que el legatario sujeto a la reducción del legado?* La reducción de donaciones se rige especialmente por las disposiciones contenidas en los artículos 636, 654 a 656, 818 (en cuanto determina la cuantía de lo que el donante puede dar por testamento), 819-III, 820, 821, 822, 1.036, 1.038, 1.042, 1.044, 1.187 y 1.188 C. c. Entre ellos, el art. 654-II C. c. se remite a determinados artículos (arts. 820 y 821) que también se refieren a la reducción de legados. Pero de estos artículos no puede derivarse una asimilación integral. Mientras que el legado, en cuanto perjudique a la legítima reclamada, no ha tenido ningún efecto —ineficacia *ipso jure*—, la donación, en cambio, ha sido perfectamente eficaz «durante la vida del donante». ¿Pasa, a la muerte del donante, a tener una consideración análoga a la del legado inoficioso? García Goyena parece entender que la nulidad, total o parcial, de la donación inoficiosa se produce, en su caso, por el hecho mismo de abrirse la sucesión —por la muerte del donador— y «desde este mismo instante pasan el dominio y posesión de los bienes» (cf. García Goyena, *Concordancias*, art. 971). Pero no parece que haya prevalecido esta opinión en el texto positivo vigente (103), pues el donatario sigue haciendo suyos los frutos hasta la interposición de la demanda (cf. art. 651 C. c.) y, además, ni siquiera están legitimados para la acción de reducción todos los que traen causa de los herederos forzosos (como veremos). Parece, pues, —y en esto hay cierta conformidad en la doctrina— que por la muerte del donante sólo se produce un derecho potestativo en favor del heredero forzoso para que la donación, en la extensión necesaria —y medida según las valoraciones referidas al día de la muerte— quede, por el ejercicio de la acción (104), sin efecto en lo sucesivo, y, en consecuencia, los bienes afectados pasen a ser, al solo efecto de cubrir la cuota hereditaria en favor de los legitimarios, bienes hereditarios.

---

— La prohibición, en principio, de pactar sobre la legítima futura (cf. artículo 1.271 y 816 C. c.).

En cuanto a la renuncia hecha por el causante a una prescripción, y otros actos fundados en una obligación moral, cf. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, § 330.

(103) En modo alguno en cuanto a que en el instante de la muerte pase la posesión de los bienes a los herederos.

(104) La demanda es anotable en el Registro de la Propiedad (cf. art. 42-1.º L. H.).

b) Para conocer *quiénes están legitimados* para pedir el reconocimiento de los efectos del llamamiento forzoso frente a la donación es fundamental el artículo 655 C. c. El artículo proviene del Anteproyecto de 1882-1888, si bien hubo algún cambio en su redacción. Según las notas que contiene la edición oficial del Anteproyecto, el legislador lo tomó del artículo 1.092 del Código italiano de 1865. El Código italiano se inspiró, a su vez, en el artículo 921 del Código civil francés.

Del artículo 655 C. c. resulta que también aquí, como para la reducción de los legados, sólo están legitimados, en principio, los herederos forzosos; es decir, los que tienen por Ley —o sea, incluso contra la voluntad del donante— «derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia». Esta alternativa —derecho a legítima, derecho a una parte alícuota de la herencia— no alude a conceptos distintos de el de heredero forzoso y se explica por el criterio, que, en un principio, habían adoptado los redactores del Código —aunque al final de sus trabajos no mantuvieron siempre este criterio (cf. art. 841-II en su redacción originaria)— de no agrupar bajo el mismo nombre de «legítima» los derechos de todos los que eran favorecidos con el llamamiento forzoso a una cuota de la herencia. El legislador pensaba que entre ascendientes y descendientes *legítimos* sí procedía hablar de *derecho de legítima*. Pero, en cambio, evitaba dar este nombre de *legítima* al derecho que el cónyuge tenía a una *cuota o porción hereditaria*, en usufructo; o al derecho de los hijos naturales (o de los legitimados por concesión real), o recíprocamente, de los padres, a una *porción hereditaria*. Este criterio se seguía radicalmente en el Anteproyecto de 1882-1888 y aparece, con claridad, todavía en la redacción originaria del Código al expresar los derechos de los hijos legítimos que sí tienen derecho a la *legítima* (cf. antiguo art. 114-3.º) y los de los hijos naturales y legitimados por concesión real, los cuales tienen derecho a la *porción hereditaria* que determina el Código (cf. antiguos arts. 127 y 134 y 840 y ss.).

Así, pues, están legitimados para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones los *herederos forzosos*. Y la acción —según preceptúa el mismo artículo— sólo es renunciable muerto el donante. En vida del donante no es posible la renuncia, por los herederos forzosos, «ni por declaración expresa ni prestando su consentimiento a la donación» (cf. art. 655-II C. c.). Y es que, en tanto no se produce la muerte del donante no hay herencia, ni legítima, en sentido propio, sino sólo herencia futura o legítima futura, las cuales no pueden ser objeto de renuncia ni, en general, de contratos (cf. arts. 816 y 1.271 C. c.).

En tanto no se produce la muerte del donante no puede haber, tampoco, *transmisión* de los derechos (todavía meras esperanzas) del heredero forzoso a sus propios herederos o causahabientes. Muerto el donante, su patrimonio se convierte en herencia y el llamamiento forzoso que implica la legítima pasa a ser efectivo. Aceptada la legítima, los derechos del legitimario pueden, ya, ser transmitidos a otra persona, *inter vivos* o *mortis causa*, como, en general, el derecho hereditario.

Pues bien, también están legitimados para pedir la reducción de donaciones, ocupando el lugar de los herederos forzosos, «sus herederos o causahabientes» (cf. art. 655-I C. c. y S. 11 octubre 1943).

¿De qué modo completa la materia de la legitimación activa, para la reducción de donaciones, el artículo 655-III del Código civil? Ante este enigmático precepto, la doctrina francesa, italiana (105) y española manifiestan análoga perplejidad, más agravada aún en la doctrina española. Concentrándonos en el Código civil español, éstas son las conclusiones de nuestra doctrina: 1.º El precepto está equivocado cuando parece conceder legitimación, para la acción de reducción de una donación, al que es, *respecto del donante*, legatario de parte alícuota y la equivocación es tan grave que, a pesar del texto, debe entenderse que no existe tal legitimación. 2.º En definitiva, el artículo 655-III Código civil, no tiene contenido normativo, salvo en cuanto se refiere a que «los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella».

Frente a esta generalizada interpretación, creemos que cabe dar un sentido normativo lógico al precepto y evitar así tener que entender que el legislador comete errores tan graves como los que le acusan. Todo el artículo está dedicado a precisar cómo los legitimarios y ciertas personas que de ellos traen causa están legitimados para el ejercicio de la acción. El primer párrafo ya dice que *sólo* están legitimados los herederos forzosos. Esto se confirma en otros artículos (cf. arts. 654-II y 819-II y arts. sigs.) Sería reiterativo, inútil y perturbador volver a decir en el párrafo III que *algunos* que no son herederos forzosos no están legitimados. Lo que nos dice el párrafo III, en relación con el párrafo I y excepcionándolo, es quiénes, no obstante traer *causa del legitimario*, no están legitimados para el ejercicio de esta acción por exigirlo así especialmente el respeto al principio de la irrevocabilidad de las donaciones.

En primer lugar, no están legitimados ni los donatarios (*del legitimario*), ni los legatarios (*del legitimario*) (a salvo los que sean legatarios de parte alícuota). Es lógica la solución. Cuando el conflicto de intereses se plantea entre los donatarios (*primitivos*) y los mismos legitimarios, la Ley resuelve el conflicto haciendo prevalecer los intereses de los legitimarios sobre el principio de irrevocabilidad de las donaciones. Pero si, por el devenir de las circunstancias, el conflicto se presenta entre personas que son igualmente adquirentes a título gratuito, es lógico que la Ley prefiera entre ellos al que es, a la vez, primero en el tiempo, poseedor y causahabiente directo del propietario.

La propia Ley hace excepción —a estas excepciones— con los que, en la sucesión *del legitimario*, sean legatarios de parte alícuota. Por lo menos, para permitir que puedan aprovecharse de la reducción conseguida. Sería un aspecto más en que el régimen del legatario de parte alícuota se aproxima al del heredero. No hay, pues, por qué entender que el legislador se equivoca (o que se está refiriendo al viudo del

(105) La doctrina del precepto viene a repetirse hoy, con variantes, en el art. 557 del Código italiano de 1942.

causante) cuando aquí menciona al *legatario de parte alícuota*. Y, por otra parte, el artículo puede ser invocado como apoyo claro de que el mismo texto del Código civil admite esta discutida figura.

La Ley, finalmente, excepciona, entre los que traen causa del legitimario, a determinados acreedores del legitimario: los que eran acreedores del difunto (y respecto de los cuales, el legitimario, por ser heredero, pasa a ser, con la aceptación, deudor: cf. arts. 659, 660, 661 C. c.). Es indudable que cuando el heredero forzoso acepta a beneficio de inventario, los acreedores del difunto no estarán legitimados para pedir la reducción de donaciones o aprovecharse de ella. La doctrina española suele restringir a esta hipótesis el precepto (106). Pues se piensa que si el legitimario, como heredero, pasa a responder *ultra vires*, los acreedores hereditarios podrían ya ejercitar la acción de reducción (art. 1.111 C. c.) o perseguir los bienes que por ella obtenga el legitimario, pero no en cuanto bienes *hereditarios*, sino en cuanto bienes particulares del legitimario (cf. arts. 1.003 y 1.911 C. c.) y no en su concepto de simples *acreedores del difunto*, sino como los demás *acreedores particulares* del heredero.

Pero el caso es que, aun cuando el legitimario pase a responder *ultra vires*, el acreedor que reclama lo sigue haciendo como *acreedor del causante* y el artículo 655 C. c. no distingue. La Ley también ha podido preferir que se mantenga la estabilidad de la donación cuando por falta de otros bienes del heredero forzoso (cf. art. 1.111 C. c.), la reducción no va a beneficiar directamente a éste, sino sólo a los acreedores del causante, los cuales, de seguir otra tesis, podrían, por vía de acción subrogatoria, llegar a cobrarse sobre bienes que habrían salido definitivamente del patrimonio de su deudor cuando éste contrajo las deudas (107). Con esta interpretación que se sugiere para la expresión «acreedores del causante» tendría más sentido normativo tal expresión; pues la verdad es que, si restringimos su utilidad al caso del legitimario que goza del beneficio de inventario, lo prescrito por el artículo es obvio, pues es indudable que los bienes donados no vuelven al patrimonio del donante —no son bienes de la herencia (cf. art. 1.023 C. c.)— en beneficio de sus acreedores (que pueden ser anteriores o posteriores a la donación).

No parece que existan dificultades gramaticales insuperables para poder aceptar la interpretación del art. 655-III que ahora se ofrece. Estas dificultades habrían sido más acusadas si hubiera prevalecido, sin correcciones, el texto del correspondiente precepto del Anteproyecto de 1882-1888 (cf. su art. 654-III). Ciertamente, la interpreta-

(106) De ser así, el art. 655-III C. c. reforzaría la tesis que mantenemos según la cual los bienes que el legitimario recibe son, en principio, bienes hereditarios. El precepto contendría una norma especial en la que se manifestaría que el legislador cree necesario precisar que los bienes recibidos por la donación no están sujetos a la acción de los acreedores del causante, lo cual implica que parte de que, a otros efectos, los bienes conseguidos con la reducción de donaciones son considerados por el legislador como bienes hereditarios.

(107) Si la donación fuera posterior a las deudas, los acreedores tienen su protección específica, en su caso, en la acción revocatoria.

ción va en contra de un modo generalizado —internacional— de entender el precepto. Pero, con todo, creemos que nuestra interpretación es la única que llega a resultados racionales y que es preferible a las ahora desechadas que no ven más que un precepto plagado de errores y sin contenido normativo.

c) *El problema de la prescripción (o de la caducidad) de la acción* depende, ciertamente, de la naturaleza que se asigne a tal acción. ¿Cabe ejercitarla, como frente al legatario, mientras dure la *petitio hereditatis*? Parece que aquí hay algo más que la pretensión de hacer valer el título sucesorio respecto de determinados bienes hereditarios, puesto que la donación, no obstante la muerte del donante y la procedencia de la reducción, sigue produciendo efectos (cf. art. 651-I C. c.) y sólo con la impugnación la donación dejará de producirlos. El principio, además, debe ser el de entender que la donación es plena y definitivamente eficaz, en tanto que de la Ley no resulte claramente una excepción, y la excepción, como tal, debe entenderse con carácter restrictivo. Procede, por todo esto, estimar que la acción tiene naturaleza personal. ¿Habrá de aplicarse al plazo de los quince años (cf. artículo 1.964 C. c.)? Lo niega la S. 12 julio 1984 (108). No creo, sin embargo, que esté suficientemente fundado aplicar los plazos de caducidad establecidos específicamente para unas u otras hipótesis de revocación de las donaciones: cuando el artículo 654 C. c. establece que «para la reducción de donaciones se estará», entre otras disposiciones, «a lo dispuesto en este capítulo» se está refiriendo, claramente, sólo a las disposiciones del capítulo (arts. 651, 654, 655, 656) que tratan de la reducción de donaciones. Parece que la acción de reducción es una acción rescisoria, aunque especial (cf. art. 1.291-5.º C. c.), y, como tal, *caduca* a los cuatro años (cf. art. 1.299 C. c.), pero el plazo no podrá empezar a contar en tanto la legítima no sea efectiva por haber muerto el causante (cf. art. 1.969 C. c.).

d) A nuestro objeto no interesa seguir ahora con el estudio del *régimen de esta acción*. La reducción, si es posible, se verificará «in natura» (cf. arts. 654 y 821 C. c.) (sobre ello volveremos).

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

A) *Indicación general.*—Los «herederos forzosos» tienen, en relación con el régimen de liquidación y partición del patrimonio hereditario la posición que, conforme a la Ley, tienen ordinariamente los

(108) El plazo para la prescripción de una acción dirigida a la reducción de donaciones que perjudiquen a la legítima no es el de 15 años...; cabe pensar en el plazo de un año del art. 652 C. c. o acaso mejor el de 4 años del 1.299, y más próximamente aún el de 5 años del art. 646 C. c. que contempla un supuesto semejante (cf. art. 4-1 C. c.) (S. 12 julio 1984).

demás herederos. Pero como tienen tal cualidad de herederos cualquiera que sea la voluntad del causante, éste no puede, *en principio*, menoscabar las facultades del heredero forzoso en relación con la liquidación y partición de la herencia. No obstante, este principio debe entenderse con las salvedades a que obligan las especiales facultades que el Código ha concedido al causante para ordenar la partición hereditaria y para asignar cosas determinadas dentro o fuera de la partición.

B) *Facultades del testador en relación con la liquidación y partición.*—El heredero forzoso está legitimado, como los demás herederos, para promover el juicio de testamentaría (cf. arts. 1.038-4.º y 1.039 L.e.c.), y el causante no puede prohibir a los herederos forzosos que promuevan el juicio de testamentaría (cfr. art. 1.039 L.e.c., por exclusión, y Ss. 4 octubre 1876, 21 mayo 1884, 5 julio 1887 y 14 mayo 1895) (109).

Pero esta doctrina debe conjugarse con las siguientes facultades del testador: 1.º La facultad, que ya reconocía la L.e.c. (cf. art. 1.046 L.e.c.), de establecer reglas distintas para el avalúo, liquidación y división de sus bienes. 2.º Más concretamente, la facultad de realizar él mismo la partición (art. 1.056 C. c.) o de encomendar a otro su realización (cf. art. 1.057 C. c., S. 20 enero 1888). Realizada así la partición, ya no pueden los herederos forzosos promover el juicio de testamentaría (por ej., SS. 17 octubre 1960 y 28 junio 1961 para el caso de partición hecha por el testador). Y también, 3.º, la facultad de ordenar que el cónyuge supérstite distribuya los bienes y mejore en ellos a los hijos comunes (cf. art. 831 C. c.).

En todo caso, el ejercicio de estas facultades debe dejar a salvo las legítimas (cf. arts. 1.046 L.e.c., 831, 1.056, 1.070 y 1.075 C. c., S. 20 enero 1888 en relación a las decisiones del contador-partidor nombrado por el causante y S. 31 mayo 1980 en relación con una partición realizada por el mismo testador). ¿Puede el testador incluso conferir al contador-partidor la facultad de enajenar sin contar con los herederos forzosos? Se contesta negativamente por R. 19 julio 1952.

C) *El principio de partición «in natura» guardando la «posible igualdad» y las facultades del causante para asignar a alguno cosas determinadas.*—La regla es indudable: puesto que el legitimario es heredero, tiene derecho a que su cuota sea concretada en bienes hereditarios (110), de modo que en su reparto se guarde «la posible igualdad,

(109) Cf., en el mismo sentido, más jurisprudencia en FUENMAYOR, *Intangibilidad*, págs. 60 y sigs.

(110) Por tener la legítima «la consideración de *pars hereditaria* y no de *pars valoris* —dice la S. 31 mayo 1970 en relación con una partición realizada por el contador-partidor—, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los derechos hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales —arts. 829, 838, 840-II y párrafo II del art. 1.056 C. c.— (se refiere, para los arts. 838 y 840-II, a la redacción vigente cuando se dictó la sentencia). Cf., también: SS. 28 mayo 1958 y 15 febrero 1973.

haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie» (cf. art. 1.061 C. c.). La regla de igualación —proporcional— entre los herederos, en cuanto a las especies mismas en que se concreta cada lote, viene reflejada también en los artículos 1.047 y 1.048 C. c. en relación con la colación.

Y, tiene, tal regla, confirmación especial en diferentes preceptos que señalan, frente a la voluntad del causante, que la legítima debe consistir en *bienes hereditarios*: 1.º El artículo 806 C. c. que da el concepto de legítima como *porción de bienes* de la que no puede disponer el testador. 2.º Los preceptos que establecen respecto de la mejora —que, como venimos diciendo, «quoad multa» sigue siendo legítima— que, si no hubiere sido señalada en cosa determinada (el art. 829 C. c. supone que tal cosa es *hereditaria*), «*será pagada* con los mismos bienes hereditarios, observándose en cuanto puedan tener lugar las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los *herederos* en la partición de bienes». 3.º Los preceptos que limitan las facultades del causante para asignar *bienes hereditarios concretos* a determinadas personas, con exclusión de los legitimarios (cf. arts. 654-II, 821 y 822; art. 829 en relación con los artículos 654, 821 y 822, y arts. 841 y sigs. y 1.056-II C. c.).

La doctrina está, en general, de acuerdo en que el principio de participación «in natura», en los términos predichos, rige cuando la partición no es realizada por el testador. Pero, en cambio, es casi unánime (112) en el sentido de entender que, si bien la legítima debe ser concretada en bienes hereditarios, el testador puede elegir, sin sujetarse a lo prescrito en los artículos 1.061 y 1.062 C. c., los bienes hereditarios en que haya de concretarse el lote del legitimario. Por tanto, puede concretarla en dinero si hay dinero en la herencia.

El artículo 1.056-I C. c. suministra, para esta tesis, el argumento principal: cuando el testador hubiere hecho la partición, «*se pasará por ella*, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos». Como dice Vallet (113), «casi la totalidad de la doctrina entiende esta última salvedad en sentido cuantitativo y de no imposición de gravámenes y la afirmación de que se *pasará por ella* entiende la doctrina que excluye la regla de *guardar la posible igualdad* de los lotes en *cosas de la misma naturaleza, calidad y especie establecida* en el artículo 1.061, y la norma del artículo 1.062-II, que previene que, siendo una cosa indivisible o desmereciendo mucho con su división, *bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, para que así se haga*».

La verdad es que las razones invocadas por la doctrina para hacer la señalada excepción en favor del testador no son muy fuertes (114).

(112) En contra: ESPINAR, *La herencia legal y el testamento*, Barcelona 1956, pág. 360; COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Madrid 1975, págs. 952 y 933.

(113) VALLET, *Com.* art. 806, pág. 21.

(114) Sólo para fijar la mejora (que también es legítima «quoad multa») es libre el testador para escoger cosas determinadas (*hereditarias*) o bien atenerse a las reglas establecidas en los arts. 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes (cf. arts. 829 y 832 C. c.).

El perjuicio de la legítima no sólo puede ser ya cuantitativo ya en las condiciones jurídicas, sino que también puede haber un perjuicio cualitativo (cuando se asigne al legitimario *res deteriori*, sumptuosa, improductiva o inasequible por su situación o circunstancias» (115). El mismo artículo 1.056-II C. c. nos revela —al dar una norma excepcional— que el testador, como regla, no puede asignar los bienes hereditarios a un heredero, compensando en dinero —aunque sea hereditario— a los legitimarios. Según la doctrina dominante, el párrafo II del artículo 1.056 sólo tendría utilidad en el supuesto de que no hubiera metálico *hereditario* para satisfacer la legítima de los demás hijos, pues habiéndolo sería posible llegar al mismo resultado, no por la norma excepcional del párrafo II, sino por la norma general del párrafo I. Pero el caso es que el Código, en ese párrafo II, no distingue entre metálico hereditario y no hereditario (lo cual, además, parece una sutileza farisaica sin sentido práctico (116): luego no es posible, como regla, dar unos u otros bienes hereditarios (distintos del dinero) a unos u otros hijos, satisfaciendo la legítima de los demás con metálico (aunque sea hereditario).

Pero, sobre todo, obsérvese el carácter rígido de la alternativa —bienes «hereditarios» o dinero— que, en este caso de excepción —e igual ocurre en el supuesto previsto en el artículo 841— se deja a la potestad del causante: no cabe, pues, como regla lo que ni siquiera en los supuestos de excepción es posible: que, por ejemplo, se dejen los inmuebles a uno, y a otro se le pague su legítima en muebles (vehículos, valores, etc.).

La tesis de la participación *in natura* guardando la posible igualdad, está hoy especialmente apoyada por lo dispuesto en los arts. 841 y sigs. C.c. Pues, en efecto, únicamente en condiciones muy especiales, cabe que el testador (o los contadores a que se refiere el artículo 841) asigne *todos* o *parte* de los bienes hereditarios a alguno o algunos sólo de los hijos o descendientes, excluyendo en ellos a los demás. No basta, para ello, según dicho artículo, el simple acto unilateral del testador repartiendo a su arbitrio los bienes, o *parte* de los bienes, entre los hijos o descendientes (cf. art. 1.056-I), sino que se requiere cumplir con otros requisitos, y entre ellos: a) ordenar que se pague *precisamente en metálico* la porción hereditaria de los demás legitimarios (cf. art. 841); b) la aprobación judicial (cf. art. 843 C.c.). Nótese, además, cómo en estos artículos las prescripciones particionales del testador (o de los contadores-partidores citados) son consideradas como derogaciones del sistema normal, y que éste es el constituido por «las disposiciones generales sobre la partición» (cf. art. 844, *fine*, C. c.), es decir, el

(115) Estos ejemplos en VALLET, *Com.* art. 806, pág. 19 (sobre los límites que en Derecho común tenía la posible asignación testamentaria de bienes para satisfacer la legítima).

(116) Tiene razón CÁMARA (*El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 mayo 1981*, An. Real Ac. de J. L., Madrid 1983, pág. 134) cuando expresa: «Jamás he comprendido la distinción machaconamente establecida por la doctrina dominante, entre metálico hereditario y no hereditario como no sea desde el punto de vista de las garantías del legitimario».



«prescrito por los artículos 1.058 a 1.063» del Código civil (cf. artículo 842 C. c.). Pues bien, este sistema, que incluye *los artículos* 1.061 y 1.062 que imponen *la posible igualdad* (proporcional) en especie de los lotes, será *necesariamente* el aplicable —es decir, *no obstante* las disposiciones del testador (o de los citados contadores-partidores) (cf. artículo 842 C. c.)— en cuanto cesen los supuestos en que tienen excepcionalmente vigencia las disposiciones particionales del testador (o de los contadores-partidores) que lo contradicen, y en concreto: a) si lo exige *cualquiera* de los hijos o descendientes beneficiados con la excepcional adjudicación de los bienes (cf. art. 842); b) si caduca la facultad de pago en metálico que la *disposición excepcional* confiere a estos hijos o descendientes (cf. art. 844 C. c.) (117).

¿Cuál es la posición de la jurisprudencia en relación con la cuestión de la vinculación del testador a las reglas de los artículos 1.061 y 1.062?

Los autores invocan en favor de su tesis que ella cuenta con el respaldo de la jurisprudencia —por cierto, surgida antes de la Ley 13 de mayo 1981—. Citan en su favor las SS. 6 marzo 1945 y 28 de junio 1961. Según la S. 6 marzo 1945 nuestro Código «otorga al testador una amplia libertad... en la composición cualitativa de los lotes permitida *por el artículo 1.056, apartado segundo*, sin sujeción a lo que disponen *los artículos 1.061 y 1.062*». Los términos de este considerando restringen la libertad para la composición cualitativa de los lotes al supuesto del artículo 1.056, *apartado segundo* (118). No es más decisiva la S. 28 junio 1961, que, sin fuerza de *ratio decidendi* (119), se limita a recoger las expresiones, que hemos recogido entrecomilladas, de la S. 6 marzo 1945, y, por tanto, con las mismas restricciones.

En cambio, parece más concluyente la S. 28 mayo 1958. Es cierto que el T. S. da lugar al recurso por estimar bien hecha la partición realizada conforme a una norma particional establecida por la testadora, por lo cual el paquete de todas las acciones de una sociedad anónima y el paquete mayoritario de las participaciones sociales de una

(117) Nada dice, en contra de esta doctrina, el art. 846 C. c. Arrastra este artículo la redacción que tenía en una fase de la elaboración de los preceptos en que la norma contenida en él significaba un límite a la facultad de los descendientes matrimoniales de excluir de los bienes hereditarios a los descendientes no matrimoniales, compensándoles en dinero. Hoy el art. 846 C. c. se limita a precisar que el testador, que puede hacer totalmente la partición (cf. art. 1.056 C. c.), puede también lo menos, como es ordenar el destino que algunos bienes han de tener en la partición. Pero sin violar, es claro, en este caso, las normas imperativas a que habría de someterse si la partición fuera total.

(118) ¿Es más expresiva la doctrina de la sentencia en relación con el recurso? El recurrente, entre otros muchos motivos, se limitó a acusar que la partición no se había ajustado «a las reglas de igualdad en el reparto» (sin referirse expresamente a la igualdad cualitativa ni a los preceptos concretos que podían fundamentar el recurso). El T.S. no da lugar al recurso.

(119) No se planteó en el recurso la cuestión de la infracción de las normas sobre *composición cualitativa* del lote correspondiente a la legítima, sino si, para determinar la legítima, los legitimarios, no obstante la partición realizada por el causante, podían promover el juicio de testamentaría.

sociedad de responsabilidad limitada habían de quedar para determinados hijos y los demás habían de ser compensados, en parte en bienes hereditarios y en parte con un crédito contra los adjudicatarios de esos derechos sociales. Es cierto también que el recurrente apoyó su recurso en que, conforme al artículo 1.056, *hay que pasar* por la partición y en que es evidente —según él— que los artículos 1.061 y 1.062 son inaplicables a la partición hecha por el testador. Pero el T. S., al acceder al recurso, lo hace porque la cláusula testamentaria, al prever las condiciones de la adjudicación preferencial de aquellos derechos sociales, colocó a todos los legitimarios en situación parigual (120). y, a la vez, precisa que el mero hecho de que la Ley, en los artículos 838 (véase hoy art. 839), 840-II (hoy suprimido) y 1.062 provea a esas situaciones «que no por numerosas dejan de ser excepcionales para casos singulares y determinados» «vigoriza la interpretación del artículo 806 en el sentido de afirmar que, por *regla general...* el derecho de los legitimarios así ha de tener en cuenta el volumen cuantitativo de las cuotas como los bienes de la herencia que han de adjudicarse para su pago *pars honorum*» y *no cabe* «una *arbitraria distribución de bienes* hereditarios entre determinados herederos compensando a los demás en metálico».

Creemos, pues, como conclusión, que en nuestro Código rige la regla de la igualación cualitativa.

Ahora bien, aunque se haya de partir de esta regla, ha de reconocerse que el testador, al distribuir los bienes, se puede mover, no obstante las legítimas, con bastante amplitud. Y esto, aparte de que la partición del testador goza de las ventajas del principio del *favor negotii*, por las siguientes razones:

1.º Por las facultades que le concede la Ley para disponer de cada uno de los bienes hereditarios por vía de legado —o, en su caso, de mejora— en favor de extraños o de legitimarios (cf. arts. 815, 821 y 829 C. c.). De aquí no cabe concluir que lo que el testador puede hacer por vía de disposición *mortis causa* a título particular debe poder, también, hacerlo por vía de disposición particional. De una parte, porque es muy distinta la naturaleza de una y otra disposición y así, aparte otras diferencias (121), mientras la disposición particional impone su eficacia a todos los herederos y si está bien hecha ninguno puede rechazarla, los legados o las mejoras pueden ser aceptados o renunciados por cada uno de los favorecidos, sin renunciar por ello a la herencia (cf. arts. 833 y 890-II C. c.). De otra parte, porque la misma potestad de disposición *mortis causa* a título particular debe ser corregida con la doctrina del fraude de ley, a fin de evitar que para satisfacer una legítima no queden más que cosas que, aunque sean suficientemente valiosas, sean cualitativamente, por la situación del mercado o de la

(120) Es discutible que hubiera ocurrido así.

(121) La posición de los destinatarios de los bienes y de los herederos, acreedores, legatarios y terceros interesados no es la misma cuando los bienes se asignan por *sucesión universal* —por vía de partición— que cuando se asignan por *sucesión particular*.

propia cosa (objetos suntuosos de difícil venta, finca situada en zona dominada por bandas armadas, etc.), manifiestamente inferiores a los restantes bienes hereditarios (122).

2.º) Por las facultades que le concede la Ley para, en casos o con requisitos especiales, asignar bienes determinados por vía de partición a determinados herederos (cf. arts. 1.056-II y 841 y sigs. C. c.).

3.º) Porque la jurisprudencia, incluso en los casos (partición por contador-partidor) en que es indudable la vigencia de la regla de *la posible igualdad*, viene aplicándola con gran flexibilidad desde los primeros tiempos de vigencia del Código civil. La S. 16 junio 1902 declaró «el carácter especial, más bien facultativo que imperativo del artículo 1.061... ya que la formación de lotes para la adjudicación de los bienes hereditarios depende de las circunstancias de cada caso, de la naturaleza, calidad y valor de los bienes, de su posible división, del número de los partícipes, de las bajas o deducciones que hayan de hacerse y de otras que faciliten o impidan su realización en la práctica» (123). Según la S. 30 enero 1951 (sobre una partición realizada por los contadores en juicio de testamentaria), «la igualdad en la distribución actuará sólo circunstancialmente en cuanto sea posible, por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan mucho con la división, o ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento, pues en estos supuestos, en los que puede influir la existencia de gran número de herederos que dificulte la adjudicación a cada uno de participación en los diferentes bienes de la herencia, la Ley quiere que se evite la excesiva división y que se adjudique íntegramente a alguno de los herederos los bienes en que concurren los supuestos dichos, con obligación de abonar el adjudicatario a los otros herederos el exceso en dinero» (trae, para fundamentar esta tesis, el valor ejemplar de lo dispuesto en los arts. 1.056 y 1.062 C. c.). Después, en repetidas sentencias, se ha insistido en el carácter más bien facultativo que imperativo del artículo 1.061 que no impone una igualdad matemática y absoluta (cf., por ej., S. 23 junio 1977; allí se cita otras sentencias). También la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma la *flexibilidad* de la regla que, sobre la formación de lotes, da el artículo 1.061 C. c., pues hay casos en que las circunstancias y modalidades de la partición impiden la aplicación de los criterios que el artículo impone (RR. 6 abril 1962, 2 diciembre 1964).

---

(122) Sobre este fraude, cf. nuestra doctrina clásica en VALLET, *Las legítimas*, I, págs. 193, 194 y 198 y sigs.

(123) El T.S. revocó la sentencia del Tribunal de instancia, la cual había determinado que el contador debería, para satisfacer una legítima, formar un lote de bienes inmuebles. El T.S. entiende que no se puede imponer la igualdad cualitativa en casos como el entonces enjuiciado, dado el número y desproporción en el valor de los inmuebles «y la desigualdad en las participaciones de los dos herederos».

D. *Las facultades del testador para disponer, no obstante la legítima, de bienes hereditarios concretos por vía de legado o de mejora.*

El principio de partición cualitativamente igualitaria, llevado a su extremo, habría restringido enormemente la libertad del causante para disponer de bienes hereditarios concretos. El Código, sin embargo, permite al testador asignar bienes concretos, por vía de legado o de mejora (cf. arts. 821 y 829 C. c.), de modo que puede: 1.º Legar fincas (o, en general, cosas determinadas) a extraños, siempre que el valor no exceda del tercio de libre disposición (cf. art. 821-I C. c.). 2.º Legar fincas (o, en general, cosas determinadas) a legitimarios, siempre que el valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponde por legítima (cf. art. 821-II C. c.), *incluida, en ella, en su caso, la mejora* (cf. arts. 808, 823 y 829 C. c.).

Cuando la finca o cosa supera estos límites, lo que, conforme a la Ley, procede es la división de la cosa, a fin de no menoscabar el derecho que tienen los legitimarios, no favorecidos con el legado o mejora, a recibir su participación «in natura». Mas si la finca o cosa no admite cómoda división, cabe que el legado o la mejora rebasen aquellas cuotas de valor que señalaban los topes de la libertad de disposición y consiguientemente de las asignaciones «in natura», siempre que el exceso no absorba la mitad del valor del bien. Si el exceso es de la mitad o más, son los herederos forzosos los que tendrán derecho a la finca o cosa. En uno y otro caso, deberán hacerse los procedentes abonos en dinero. Cf. también, el art. 822 que completa esta doctrina.

De la Cámara (124) da un sentido al artículo 829 que, de ser exacto, subvierte todo lo hasta aquí dicho sobre el derecho de los legitimarios a ser satisfechos «in natura». Según este autor, lo único que la Ley impone es que al menos los dos tercios de los bienes integrantes del as hereditario queden en poder de uno de los herederos forzosos. Pero el testador puede disponer incluso que todos los bienes hereditarios pasen a uno de los herederos forzosos, al mejorado, y que se pague en metálico la legítima de los demás.

Esta interpretación, en cuanto contradice las conclusiones a que antes hemos llegado, tiene en contra los argumentos que hemos expuesto en su apoyo y, particularmente, la doctrina de los artículos 654-II y 821 C. c. de los que se desprende la voluntad del legislador de que los legitimarios reciban, en principio, su legítima en especie. Además deja casi sin sentido la regla excepcional del artículo 1.056-II C. c. Y no guarda armonía con nuestro Derecho histórico: la permisón de mejora en cosa determinada (cf. Estilo 213, Toro 19) no tuvo por finalidad facilitar la atribución de todos los *bienes hereditarios* a uno solo de los legitimarios compensando en metálico a los demás, sino aclarar que, no obstante el derecho que todos los legitimarios, como tales, tienen a una *pars hereditatis* (con el consiguiente reflejo *en cada uno* de los bienes hereditarios concretos), es posible atribuir a *alguno*

(124) Cf. DE LA CÁMARA, *El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después ...*, y *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima...*

sclo de ellos *bienes determinados*, en los que, por tanto, quedan excluidos los demás (125).

Así, pues, del artículo 829 C. c. sólo cabe derivar que el testador puede detraer ciertos *bienes* hereditarios, *sean o no divisibles*, para asignarlos al mejorado. Con el consiguiente detrimento de los demás legitimarios en cuanto a su derecho a ser satisfechos, guardando *la posible igualdad*, en los concretos bienes hereditarios (126). Pero el artículo 829 debe ser conjugado con lo establecido en los artículos 654-II y 821 y 822. El artículo 829 no plantea, en especial, la invasión, en valor y en substancia, *de la parte de legítimas estrictas* de los demás legitimarios (este conflicto, en cambio, es específicamente resuelto en estos otros artículos). Por tanto, cuando el artículo 829 se refiere al supuesto en que el valor de la cosa determinada en que se señala la mejora «excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado», no comprende la hipótesis en que, por exceder el valor de la cosa, en su caso, *además*, de la porción disponible, constituya la mejora un detrimento directo de la sustancia hereditaria correspondiente a la legítima de los demás hijos (cf. art. 821-II C. c.).

La hipótesis contemplada en el artículo 829, es la de una disposición de mejora en cosa determinada que rebasa en valor el tercio de mejora más la parte de legítima correspondiente al mejorado y cuyo exceso invade sólo el tercio libre, o no rebasa los límites que resultan de los artículos 654 y 821 para el supuesto de invasión de las legítimas estrictas de los demás legitimarios (127). En tal supuesto, la cosa in-

(125) Cf., sobre la historia de la disposición: VALLET, *Las legítimas*, I, páginas 194 y sigs.; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid 1961, págs. 32 y sigs.

(126) Creo, además, que el mejorado, que puede aceptar o repudiar la mejora, no puede optar porque la mejora sea satisfecha en otras cosas distintas (cf. art. 832 C. c.), a salvo siempre la voluntad del causante.

(127) El art. 829 C. c. no contiene —creo— normas sobre cómo hacer la imputación de la disposición de cosa determinada que en concepto de mejora haga el causante en favor de un legitimario (la cual puede hacerse por vía de donación o de disposición *mortis causa*), cuando su valor rebasa el tercio de mejora. ¿Se imputa a su legítima estricta? ¿Se imputa al tercio de libre disposición? No puede entenderse, contra la *ratio* práctica de la mejora, que la disposición de mejorar en cosa determinada se impute, siempre, en cuanto rebase el tercio de mejora, primero al tercio de legítima estricta y después al de libre disposición. Para resolver los problemas de imputación hay, a falta de disposición expresa del testador, otros artículos.

A mi entender, a efectos de imputación, hay que distinguir, en general, las donaciones, los legados y las disposiciones que tienen directamente el carácter de mejora.

Las donaciones, en general, conforme al principio de máximo respeto a la libertad de seguir disponiendo y de testar, se imputan, en primer lugar, a la legítima del donatario (cf. art. 819 C. c.) y, dentro de ella, primero a la legítima estricta (cf. art. 825 C. c.).

Los legados, en cambio, implican, en principio, la voluntad de distinguir y, sólo se imputan a la legítima del legatario si el testador así lo establece con claridad (directa o indirectamente) (cf. arts. 828 y 1.037 C. c. y S. 21 febrero 1900), y cuando nada establece el testador, el legado, en cuanto rebase el tercio libre, se imputa antes al tercio de mejora que al de legítima estricta (cf. art. 828 C. c.).

tegra sigue siendo para el mejorado. Si el exceso invade sólo el tercio libre se plantea entonces sólo cuestión sobre cuál sea la voluntad del testador; la concordancia de disposiciones testamentarias puede exigir que los demás interesados favorecidos en el tercio libre (sean o no a la vez herederos forzosos), reciban la diferencia en metálico, sean o no divisibles las cosas en que consiste la mejora. En cambio, si la cosa o cosas en que consiste la mejora *invade la legítima de los demás*, entonces tienen aplicación, *en cuanto al exceso*, las reglas de los artículos 821 y 822 C. c. Si la cosa o cosas admiten cómoda división, procede, entonces, la reducción *in natura*. Si no, procederá el abono en metálico o la pública subasta, conforme a lo dispuesto en los artículos 821 y 822.

E. *Las facultades del testador para, en condiciones muy determinadas, asignar, por vía particional, y no obstante las legítimas, bienes hereditarios concretos a alguna de los herederos.*

En el Código civil hay dos supuestos: el previsto en el artículo 1.056-II y el regulado por los artículos 841 y ss.

1. *La adjudicación a un hijo de la explotación familiar* (128).— El artículo 1.056-II C. c. confiere al testador, en interés de la familia y para conservar las explotaciones, la facultad de adjudicar, por vía de partición, la explotación a uno de los hijos, «disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos». El carácter excepcional de la regla es confirmado por S. 15 febrero 1973, que estimó nula la cláusula testamentaria por la que el padre deja todos los bienes a un hijo y ordena que los demás hijos perciban en dinero lo que por legítima les corresponda, pues ello sólo es posible en el supuesto —que ha de probarse— previsto en el artículo 1.056-II C. c. (129).

Ahora bien, cuando la donación o la disposición «mortis causa» tenga directamente el concepto de mejora, como contienen en sí la voluntad de distinguir, se imputarán, en cuanto no quepan en el tercio de mejora, al tercio de libre disposición antes que al de legítima estricta. La necesidad de entender las disposiciones en el sentido más adecuado para que todas tengan efecto obligará a imputar la mejora en cosa determinada, primero, al tercio de mejora; después al tercio libre siempre que no haya menoscabo de las demás disposiciones del testador; después, a la legítima estricta del mejorado; y si tampoco ésta es suficiente, se plantea entonces un problema de indemnización, a cargo del mejorado, y a favor de los demás interesados (los legitimarios, cuando no proceda la división con arreglo al art. 821, y los favorecidos por disposiciones sobre el tercio libre cuando aparezca ser lo más conforme a la voluntad del testador que haya de concordarse, con indemnizaciones en metálico a cargo del mejorado, la voluntad de mejorar en cosa determinada y la voluntad de dejar *entero* el tercio libre a otras personas).

Los abonos de diferencias por razón de haber dispuesto, el causante, de una cosa determinada en favor de un legitimario tendrán, pues, como destinatarios, unos u otros *interesados* según sean los supuestos.

(128) Sobre el tema, últimamente, ESPÍN, *La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código civil español*, R.D.P., 1979, páginas 309 y sigs.

(129) El caso resuelto se planteó en Galicia y no se consiguió probar «que los bienes sobre los que la institución recae constituyeran un *lugar acasado*».

2. *Adjudicación de los bienes conforme a lo previsto en los artículos 841 y ss. C. c.* (130).—Antes vimos como estos artículos significan la confirmación de la regla general según la cual los herederos forzoso tienen derecho a que su cuota se concrete en un lote de bienes hereditarios, guardándose, en la formación de los lotes de los distintos herederos, la regla de *la posible igualdad*. Insistimos, ahora, en que de las reglas contenidas en estos artículos no cabe derivar que el testador, por sí sólo —y menos si se trata del contador partididor— pueda, en el mero acto de realizar la partición (cf. art. 1.056-I C. c.), excluir, a su arbitrio, de «*todos los bienes hereditarios*» o de «*parte de ellos*», a ciertos legitimarios (131). Ello sólo es posible cuando se cumplen los siguientes requisitos, establecidos en esos artículos: 1.º Que el testador —o los contadores a que se refiere el artículo 841— ordene que se pague precisamente en metálico (en dinero) la porción hereditaria de los demás hijos. 2.º Que alguno de los hijos o descendientes adjudicatarios de los bienes no opte por la aplicación de las disposiciones ordinarias de la partición. 3.º Obtener la aprobación judicial de la *partición* (132); por tanto, una vez que ésta es realizada, previa la liquidación procedente (cf. art. 847 C. c.) y con precisión del lote del legitimario excluido de los bienes (precisión de su crédito y de los bienes que, en su caso, completen su lote). 4.º Comunicación de la decisión de pago en metálico, a los legitimarios que resulten acreedores del mismo, en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión (cf. arts. 841 C. c. a 844 C. c.).

Parece que es en el momento en que se cumplen estos requisitos cuando los legitimarios quedan excluidos de los bienes —para ellos la partición está, de momento, terminada— y, a cambio, tienen sólo un derecho de crédito frente a los adjudicatarios de los bienes (133). Este crédito habrá de cumplirse dentro del segundo año, a contar desde la apertura de la sucesión. Si en su día los deudores incumplen su obligación, los legitimarios acreedores pueden —al parecer (pues la regulación está llena de problemas)— optar entre: a) exigir el cumplimiento de la obligación surgida del negocio jurídico particional, para lo cual están previstas las especiales garantías que señala el artículo 844-I C. c.; b) dar por resuelto, por incumplimiento, el negocio de partición y, entonces, se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales de la partición (cf. art. 844 C. c.).

(130) Naturalmente sólo consideraremos estos preceptos en cuanto importan al tema general que ahora nos preocupa, sin pretender, por tanto, agotar la exposición de sus normas.

(131) En contra, DE LA CÁMARA, *El pago en metálico...*, págs. 142 y sigs.

(132) El art. 843 exige la aprobación judicial respecto de «la partición a que se refieren los dos artículos anteriores». En rigor sólo se exige respecto de la partición a que se refiere el artículo 841 (en que se engloban los dos artículos a que se refería el artículo 843 en la redacción anterior a las modificaciones del Senado).

(133) Aunque parte de premisas que no comparto, ésta es también, en lo fundamental, la conclusión de Pantaleón, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, II, 1984, arts. 841 y sigs.

¿Qué significado tiene la aprobación judicial? La regla general —según venimos repitiendo— es que las legítimas deben ser satisfechas en bienes hereditarios con sujeción al principio de la posible igualdad. Al elaborarse la Ley 13 mayo 1981 se advirtió, desde los primeros momentos, que esta regla, y principalmente la contenida en el artículo 1.062 C. c., podía conducir a resultados antisociales una vez que se reconocieran iguales derechos legitimarios a los descendientes matrimoniales y a los no matrimoniales. Si, por. ej., el causante, como es frecuente, no tenía otro bien que la vivienda en que vivía la familia matrimonial, u otro bien (una tienda, etc.) con destino familiar análogo e igualmente indivisible, bastaba que un legitimario, descendiente no matrimonial (incluso adulterino), pidiera la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, para que la familia matrimonial corriera el riesgo de verse definitivamente sin la vivienda o sin los bienes que hasta entonces constituían el fundamento vital de la familia. A lo largo de la elaboración de la Ley y al radicalizarse el principio de no discriminación por razones de filiación, el ejemplo se hizo reversible; debía tenerse en cuenta que los excluidos antisocialmente de bienes vitales, a consecuencia de la herencia, podían ser, en general, todos o algunos de los hijos o descendientes, fueren matrimoniales o no matrimoniales. Estos posibles resultados constituyeron una preocupación constante en el Ministerio de Justicia, y así se hacía saber —por los fluidos cauces de hecho, entonces existentes— a los que en el Congreso asumieron por sí la tarea de redactar —con cambios radicales— los artículos 841 y siguientes. Las fórmulas que prevalecieron, que son técnicamente criticables, tampoco consiguen eludir los resultados temidos. Pero cabe pensar que, para evitarlos, se ideó la aprobación judicial. No es, pues, una mera comprobación del cumplimiento de los demás requisitos exigidos sino que en sí tiene un significado autónomo: es una decisión sustitutoria del consentimiento de los legitimarios afectados (cf. art. 843) y que garantiza, cuando menos, que, ni siquiera de momento, la partición —tal como la quiere el testador o los contadores-partidores— tenga efecto si conduce a resultados antisociales como los antes indicados (cf. art. 7.º C. c.) (134).

#### F. Referencia sobre garantías de los herederos forzosos.

1. En general, los herederos forzosos gozan de las mismas garantías que los demás herederos. Son cotitulares del patrimonio hereditario: ningún acto dispositivo puede hacerse sin su consentimiento. Y pueden hacer constar esta cotitularidad —el llamado derecho hereditario— por vía de anotación preventiva en cada uno de los folios registrales correspondientes a los distintos bienes inmuebles de aquel patrimonio (cf. arts. 42-6.º, 46, 57 y 68 L. H., 146, 206-10 y 209 R. H.).

(134) SUÁREZ-VENTURA (V, pág. 6) estima necesario, para que el Juez pueda dar su aprobación a una partición en que algún legitimario resulte excluido de los bienes, «la concurrencia de algún fundamento objetivo».



La garantía registral de los legitimarios sobre todos los bienes hereditarios dura hasta que, al menos respecto de sus derechos, esté terminada la partición. Cuando, conforme a los distintos preceptos examinados, la legítima haya de ser, en todo o en parte, abonada en metálico, la partición, respecto del legitimario, no está terminada mientras no se le adjudique su lote en metálico efectivo (no basta con señalar, a su favor, un crédito contra alguno —o todos— los demás herederos). Sin esta adjudicación, ni sería inscribible la partición, ni procedería, tampoco, la cancelación de la anotación del derecho hereditario del legitimario (cf. arts. 80-1 y 209-1.º R. H.) (135).

2. Hay que hacer, hoy, *excepción* —conforme a lo antes dicho— con el supuesto de adjudicación de bienes a alguno solo de los hijos o descendientes, al amparo de los artículos 841 y siguientes, pues parece que, para el legitimario excluido de tales bienes, la partición está terminada desde que se concreta, con los requisitos legalmente exigidos, su derecho de crédito (y los bienes que, en su caso, completen su lote). Es en ese momento cuando procede la cancelación de la anotación del derecho hereditario (cf. arts. 80-2 y 209-1.º R. H.); y corresponderán, en cambio, al legitimario acreedor «las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad» (cf. art. 844-I, inc. 2.º C. c.), cuyo régimen debe ser adaptado para que no sufra interrupción la garantía que hasta entonces ofrecía la anotación del derecho hereditario y para que, frente al legitimario, no tengan preferencia los demás legatarios.

Si, por incumplimiento del crédito, el legitimario diere por resuelta la partición en la que él estaba excluido de todos o de parte de los bienes, reaparecerá la comunidad hereditaria (136) y volverá a gozar de la facultad de anotación del derecho hereditario. Parece que esta resolución de la partición dejará a salvo los derechos de los terceros adquirentes, aunque no hayan inscrito su derecho (con excepción del caso de mala fe del adquirente) (cf. analogía art. 1.124 *fine* C. c.).

---

(135) El art. 15 L.H. está pensado por el legislador para los legitimarios de otra naturaleza jurídica. En el sistema del Código civil, tanto el heredero como el legitimario (igualmente heredero) participan en la titularidad del patrimonio hereditario, y como tales pueden promover —en tanto no haya partición— el juicio de testamentaría para imponer las reglas previstas entonces por la L.E.C. sobre la administración de la herencia y para conseguir la concreción de sus respectivas cuotas hereditarias en los correspondientes lotes de bienes. Y, hasta que se produzca la partición, tienen los legitimarios posibilidad de obtener la anotación preventiva del derecho hereditario, asiento que reflejará, respecto de cada uno de los bienes inmuebles que integran la masa patrimonial, que de momento recae indiferenciadamente sobre dichos bienes la cotitularidad hereditaria. No se trata, pues, de que unos —los herederos— sean titulares de los bienes inmuebles y otros —los legitimarios— tengan sólo un derecho de crédito (con más o menos garantías) y sin estar facultados para promover el juicio de testamentaría (téngase presente la significación del juicio de testamentaría tanto para la liquidación como para la *administración* de la herencia).

(136) Al modo que ocurrirá también, en favor de cualesquiera herederos, en otros supuestos de ineficacia de la partición (nulidad, anulación, rescisión cuando se opte por nueva partición).

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

Según el Código civil, el viudo o viuda también es heredero forzoso, pero de modo peculiar, es decir, «en la forma y medida» que establece el Código (cf. art. 807-3.º C. c.).

En principio, pues, es heredero. Tiene el título de heredero, y con toda plenitud en cuanto a las consecuencias no patrimoniales de tal cualidad.

En la técnica del Código es también heredero en cuanto a los efectos patrimoniales, pero en cierta forma y medida. Pues el viudo o viuda no sustituye al causante, en su patrimonio, como los demás herederos. Pero tampoco es un simple adquirente de derechos singulares. El viudo o viuda no pasa a ser, como heredero forzoso, titular de un derecho real; ni siquiera de un derecho subjetivo. La Ley le llama como usufructuario de una cuota del patrimonio hereditario; es decir, como copartícipe —en cuanto al goce— de la *titularidad* del patrimonio mismo. La participación en la cotitularidad patrimonial engendra una especial cotitularidad sobre cada bien hereditario que no se resuelve, por sí, en derechos reales de usufructo sobre cada bien. El ser usufructuario de una cuota del patrimonio hereditario (conjunto abstracto de bienes y deudas) no quiere decir que el viudo tenga derecho al usufructo de *una cuota sobre cada bien*: sería aplicar, en cuanto a la titularidad usufructuaria, una solución (la del proindiviso de cada bien) especialmente rechazable para explicar la misma cotitularidad hereditaria. El usufructo, en cuanto derecho real que recae sobre bienes concretos, sólo surgirá en favor del cónyuge cuando la legítima viudal sea satisfecha de ese modo (advertiéndose que, conforme a los arts. 839 y 840, cabe, también, que la legítima viudal sea satisfecha con derechos distintos de el de usufructo). En cuanto a las deudas hereditarias, el viudo o viuda no pasa a ser el deudor, como ocurre con los demás herederos, pero sí está afectado por ellas en cuanto titular del usufructo de parte alícuota de la herencia sobre la que las deudas recaen (cf. art. 510 C. c.).

La jurisprudencia del T. S. considera que el viudo legitimario es heredero para resolver muy diversas cuestiones: Acción de petición de herencia y defensa como coheredero del patrimonio hereditario (cf., por. ej., SS. 16 noviembre 1929, 9 julio 1957). No es un extraño a efectos del retracto de coherederos si uno de éstos le vende la cuota. Ni tampoco lo es a efectos del retracto de comuneros (compra por la viuda, antes de la partición hereditaria, de una partición en casa en que el causante era comunero (S. 16 junio 1961). Según el T. S., está legitimado para promover la partición (S. 28 marzo 1924) (137).

---

(137) Según el art. 1.038 L.E.C., el cónyuge que sobreviva es parte legítima para promover el juicio de testamentaría. Pero, en la concepción de la L.E.C., esta legitimación le era conferida como cónyuge (en cuanto que la liquidación de la sociedad de gananciales es operación integrante de la liquidación y parti-

No puede ser nombrado contador-partidor. Responde por los gastos comunes de partición (S. 11 enero 1950). Puede suceder (aunque haya recibido un legado) en el arrendamiento del local de negocio de acuerdo con el artículo 60 L.A.U. (ej., S. 22 mayo 1972) (138). Es heredero forzoso a efectos del artículo 28 L. H. (las inscripciones en su favor no padecen la suspensión de efectos por dos años prevista en dicho artículo: S. 9 julio 1957).

Mas en cuanto a las deudas hereditarias es reiterada la jurisprudencia que estima que el cónyuge legitimario no puede ser demandado por ellas o que no puede ser condenado a su pago o que no responde «ultra vires» (SS. 4 julio 1906; 25 enero 1911, *obiter*; 11 enero 1950; 24 enero 1963 (no se refiere al cónyuge sino al llamado testamentariamente «heredero en usufructo»); 28 octubre 1970; 20 septiembre 1982 (139). Si bien, en alguna sentencia moderna (S. 20 septiembre 1982) se determina que es preciso, sin embargo, que el cónyuge viudo sea convocado «al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, por tener interés directo en el mismo, al poder ser mermado el contenido de su cuota usufructuaria».

---

ción de herencia) y no por ser heredero forzoso, pues no lo era entonces cuando la L.E.C. entró en vigor (aparte del derecho de la viuda pobre a la cuarta marital).

(138) La S. 9 enero 1974 le niega, en cambio, el carácter de heredero a efectos de legitimación pasiva respecto de las acciones entabladas sólo contra los herederos.

(139) No obstante, según la S. 28 enero 1919, si bien no responde de las deudas del causante cuando se limita a recibir la cuota viudal y un legado, sí responde «por las adjudicaciones que le fueran hechas, en situación equivalente a la de los herederos universales cuya personalidad sustituyó al recibir y aceptar inmuebles y derechos reales en propiedad, de los que pertenecían a la herencia; pues en tal caso, y con el concepto que se deduce de los arts. 838 y 807 C. c., debe ser tenida como heredera a los efectos de la responsabilidad... por obligación nacida en la comunidad de bienes...» (se trataba de una obligación surgida durante la indivisión de la herencia).

No puede aducirse, en favor de que el cónyuge supérstite responda, como legitimario, de las deudas del causante, la S. 10 enero 1920 pues en el supuesto el cónyuge es condenado en cuanto administrador de los bienes de la herencia y, también, en atención a las peculiaridades del caso.

