

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**TOMO XXIII
FASCICULO I**



ENERO - MARZO
MCMLXX

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

JAIMÉ GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registros
y del Notariado

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

RODRIGO URÍA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Notas necrológicas

MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, por José María Prada González	3
---	---

Estudios monográficos

JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil</i>	9
---	---

VICENTE TORRALBA SORIANO: <i>Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil</i>	123
---	-----

Estudios de Derecho extranjero

JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: <i>El reconocimiento de la filiación natural en la ley colombiana de 1968 y su reglamento de 1969</i>	141
--	-----

TUDOR R. POPESCU: <i>Aspectos actuales de la reglamentación del divorcio en Rumanía</i>	153
---	-----

Bibliografía

Libros	165
---------------------	-----

ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho civil*, por Rodrigo Bercovitz; BERCOVITZ, Alberto: *Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho alemán*, por José Antonio Gómez Segade; DUDEN, Konrad: *Der Gestaltwandel des geldes und seine rechtlichen Folgen*, por José Bonet Correa; PELLA y FORGAS, José: *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las ordenaciones llamadas de Sanctacilia*, por José Bonet Correa; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil IV-II. Filiación. Patria potestad. Adopción. Alimentos. Tutela*, por José Bonet Correa; SCHWEIZERISCHES PRIVATRECHT, herausgegeben von MAX GUTZWILLER, HANS HINDERLING, ARTHUR MEIER-HAYOZ, HANZ MERZ, ROGER SECRETANT, WERNER von STEIGER, ERSTER BAND: *Geschichte und Geltungsbereich, heransgeteben*, por R.

Revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz y Antonio Manuel Morales Moreno	180
--	-----

Jurisprudencia

Sentencias	192
-------------------------	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 — 1958.

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXIII
FASCICULO I

ENERO-MARZO
MCMLXX



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

NOTAS NECROLOGICAS

MANUEL GONZALEZ ENRIQUEZ

La súbita muerte de Manuel González Enríquez, en la plenitud de su vida, significa, para el Notariado español, la pérdida de uno de sus miembros más preclaros y, para la ciencia jurídica española, de uno de sus cultivadores más agudos y perspicaces

Manuel González Enríquez nació en Ubeda (Jaén), el 3 de octubre de 1924. Hizo sus estudios brillantemente en la Universidad de Madrid. Fallecido prematuramente su padre, —también en la trágica circunstancia de desaparecer apenas lograda la culminación de su carrera al conseguir, con el número uno, la plaza de Notario de Madrid—, tomó pronto su puesto al ganar con 24 años las oposiciones celebradas en Valladolid, ingresando en el Cuerpo en 1950, por el pueblo de Macotera. En 1952, ganó por oposición la Notaría de Alicante y, en 1958, la de Madrid, donde ha ejercido su profesión durante once años

Aunque siempre es difícil separar facetas de la personalidad, podemos ver en González Enríquez dos claramente perceptibles: el Notario y el estudioso del Derecho. No caben, en efecto, más exactas frases para definir a Manuel González Enríquez, que aquellas tan conocidas que sirvieron a Castán para trazar el arquetipo de Notario, cuando decía: «...En el panorama desconcertante que, durante algún tiempo, ha ofrecido en nuestra patria el divorcio entre dos castas separadas de profesionales de formación igualmente unilateral —la de los teóricos del Derecho y la de los prácticos y leguleyos—, fue el Notariado un caso de excepcional ejemplaridad. En el Notariado, no en forma esporádica, sino típica y normalmente, sobresale un personal educado en el doble ambiente del estudio científico y de la percepción directa de la vida social».

Cumplidor del deber de residencia, abierto al contacto diario con el cliente es muy difícil separar a Manuel González lo que tuvo de científico, marcado con una vocación muy clara por el estudio, y lo que hubo en él de jurista práctico, que bebe su inspiración en la realidad concreta de cada día.

La doble faceta de estudioso y jurista práctico, se ve clara, por poner un ejemplo, en el trabajo publicado en 1954, en la Revista de Derecho Privado sobre «Naturaleza y eficacia de la Participación practicada por el testador por acto «inter vivos».

Apenas tomada posesión de su primera Notaría, tropezó con una práctica que contrariaba sus conocimientos teóricos, el hecho frecuente en el campo salmantino, donde ejercía, del reparto hecho en vida por el padre entre sus hijos, de todos sus bienes. Sobre esta observación práctica, montó González Enríquez un trabajo magnífico en torno a los difíciles temas de la partición inter vivos, los pactos sucesorios, la irrevocabilidad de la partición, etc., que demuestran cómo aún siendo respetuoso con las costumbres locales, intentaba encuadrarlas con los conceptos doctrinales que los dotasen de fuerza y validez.

Y es que si quisiéramos profundizar sobre la feliz conjunción de jurista teórico y práctico que fue González Enríquez, habriamos forzosamente de penetrar en el secreto de su protocolo notarial, donde fue vertiendo, en fórmulas magníficas, el fruto de su esfuerzo profesional; en él es donde día a día, con el lenguaje claro, preciso y elegante, fue dando solución a tantos problemas y cuestiones, trabajo éste tan oscuro como fecundo y eficaz. Son treinta los trabajos que tenía publicados en diversas revistas amén de los muchos otros que, por diversas razones, no han visto la luz, y de notas, recensiones de libros o comentarios de sentencias que, a veces, ni siquiera llevaron su firma.

Formado en esa escuela magnífica que es el ANUARIO del DERECHO CIVIL, bajo la dirección del mejor maestro de juristas de nuestros días, podemos separar su actividad en cuatro grupos fundamentales: el estudio y comentario de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Derecho mercantil, el Derecho civil y el Derecho notarial.

Comenzó González Enríquez su actividad colaborando en la publicación de sentencias de Tribunal Supremo, en el ANUARIO. Cuando el tema lo merecía, sus observaciones desbordaban el estrecho marco de un comentario, para convertirse en el auténtico estudio doctrinal en torno al tema objeto de la sentencia. Así surgieron, entre otros, trabajos tan interesantes como:

«Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral, y otros problemas» (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1949).

«Naturaleza y afecto de la promesa de venta» (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950).

«Gananciales en liquidación. Naturaleza. Retracto» (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1951)

«Retracto legal en caso de compraventa anulable».

«Sustantividad del contrato de opción. Cesión de arrendamiento y subarriendo».

«Un caso dudoso de arrendamiento. Concepto y requisitos de la novación» (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1951).

«Reconocimiento forzoso de hijo natural. Posesión de estado».

«Nulidad de testamento abierto por falta de firma del testador».

«Repercusiones registrales del artículo 1.407 del Código civil».

«Naturaleza y régimen jurídico de los contratos de cesión de viviendas

y traspaso de local de negocio» (nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1958).

Todos estos trabajos fueron publicados en el *ANUARIO de DERECHO CIVIL* entre los años 1948 y 1958.

Un segundo sector de su preocupación doctrinal lo llevó a las realidades más recientes del Derecho mercantil. Así se adelantó a la publicación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada con un trabajo titulado «Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de Responsabilidad Limitada», en el que demuestra su madurez doctrinal y sentido de la ponderación que brilla también en el estudio crítico que dedicó a la Ley, apenas publicada, y que le llevó más tarde a una aguda polémica con su compañero Madridejos, sobre la naturaleza jurídica de las participaciones sociales que, en realidad es un profundo planteamiento de la naturaleza misma de la Sociedad de responsabilidad limitada.

Siempre dentro de este campo del Derecho mercantil, es de destacar sus notas sobre el nuevo Reglamento del Derecho mercantil, en las que, partiendo del dato concreto del articulado del mismo no sabe uno qué admirar más, si su agudo sentido práctico y su profunda formación doctrinal.

En la producción jurídica de González Enríquez, creemos de justicia destacar tres trabajos que, contándose entre los mejores y más elaborados de los suyos, reflejan su ponderación y son importante contribución al quehacer jurídico doctrinal español.

Uno, las notas que en unión de su maestro Díez Pastor puso a la versión española de Derecho civil, de Hedeman, en las que destaca la ponderación y agudeza de los autores.

Otro está publicado en la Revista Internacional del Notariado Latino, y se titula «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español». Es sabido que en nuestra doctrina, después de una larga etapa de confusión entre poder y mandato, la publicación de un trabajo de Lenel (Revista de Derecho Privado, 1924), llegó por reacción a una separación radical y tajante entre ambos. El trabajo de González Enríquez, pleno de ponderación, defiende una vuelta a tesis más prudentes, defendiendo que no cabe una autonomía del poder respecto al negocio de que trae causa, aunque documentalmente se separen ambos, y propugna la aplicación a este campo, de las tesis tradicionales sobre la causa.

Y el otro trabajo, al que queremos aludir especialmente, es su conferencia en la Academia Matritense del Notariado, pronunciada el 1 de noviembre de 1959, y que tituló: «La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código civil». El tema es especialmente polémico, a raíz de la sentencia de 2 de febrero de 1951, la resolución de la Dirección General de 11 de mayo de 1957 y del estudio de Juan Vallet de Goytisolo sobre ellas en la Revista crítica de Derecho inmobiliario, dicho año 1957.

Esta labor doctrinal no podría por menos de dirigirse, en un Notario cabal como era González Enríquez, hacia la propia función que desarrollaba en el ejercicio diario de la profesión. Citaremos en este campo tres trabajos de especial interés: el de «Deber de imparcialidad del Notario», ponencia defendida el día 17 de octubre de 1964, durante las III Jornadas

Notariales de Poblet, y en el que se enfrenta con el difícil equilibrio que el Notario debe mantener en el ejercicio de su profesión, sobre todo en el campo de la comprobación de hechos, donde, una vez requerida su intervención, ésta sólo está al servicio de la Verdad. Su penetración de los matices y de las diversas situaciones que se pueden presentar nos muestra, no sólo su conocimiento profundo de la realidad, sino especialmente su agudísima sensibilidad moral, que era sin duda una de las facetas más ejemplares de su personalidad.

En la ponencia presentada al X Congreso Internacional del Notariado Latino, último de sus trabajos, se estudia el mismo tema, pero desde otra vertiente más científica que ética, con la penetración que le eran innatas.

Por último, sus comentarios, aún inéditos, a la última reforma del Reglamento Notarial, son la demostración palmaria de hasta qué punto estaba presente en la problemática más actual de la organización y función notarial.

Sin embargo y ser muchos los trabajos publicados, deja González Enríquez una labor no conocida, de mayores proporciones que la publicada. Los que tuvimos la suerte de colaborar con él en algunas oposiciones entre Notarios, sabemos que eran trabajos magistrales los temas salidos de su pluma. Sólo algunos, como «Responsabilidad patrimonial en el matrimonio» y «La obligación de contratar», ambos publicados en la Revista de Derecho Español y Americano, en el año 1959, han salido a la luz pública, pero quedaron inéditos otros tan interesantes como los que preparó sobre la compraventa de acciones, agrupación de fincas pertenecientes a diversos titulares, el poder de disposición sobre patrimonio ajeno y tantos otros que es una lástima que hayan quedado sin publicar, y en los que tantas ideas suyas originales hay.

No sería justo acabar este sucido examen de la labor desplegada por González Enríquez, sin hacer referencia, aunque sea somera, a su contribución generosa y desinteresada a la labor colegial del Cuerpo a que pertenecía.

Miembro durante seis años de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid, desplegó una labor callada pero constante, no sólo con su consejo y opinión, tan modesta como aguda y oportuna, sino también en la redacción de tantas y tantas notas, resoluciones, consultas, en las que no se sabe qué admirar más, si lo ponderado de los conceptos o lo diáfano de su construcción y exposición.

Dentro de esta labor corporativa, destaca su entrega a la comisión auxiliar de empleados, que presidió largos años, y en la cual fue siempre el justo apreciador de la preciosa y fiel colaboración que los oficiales de Notaria prestan a los Notarios. Bien lo comprendieron la multitud de oficiales que asistieron a su entierro.

La preocupación corporativa, le llevó a ser uno de los animadores y más asiduos asistentes de las Jornadas Notariales de Poblet, que son un meritorio esfuerzo para llamar la atención de los Notarios sobre los problemas éticos y deontológicos de su profesión. En sus sesiones, fue frecuente oír su opinión; llevó una ponencia que ya hemos recordado y son muchas las conclusiones cuya última redacción procede de su pluma.

Finalmente, recordaremos también que, siempre dispuesto a decir si a todo lo que pidiese la Corporación, era asiduo asistente a los Congresos de

la Unión Internacional, en el último de los cuales había de defender una ponencia que es su último trabajo doctrinal.

Cuando el plenario aprobaba las conclusiones de la ponencia, a la que contribuyó González Enríquez, la noticia de su muerte permitió el emocionado homenaje de todos los asistentes de 22 naciones, puestos en pie para guardar un minuto de silencio.

Que Dios haya acogido en su seno al amigo, compañero y maestro ejemplar que fue para todos Manuel González Enríquez.

JOSE MARIA DE PRADA.

Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil*

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. *El contenido de la legítima no es "pars hereditatis"*: 1. ¿Lo fue en el Derecho común? 2. ¿Lo es en el Código civil? 3. ¿Es admisible la pretendida distinción entre "cuota de reserva" y "cuota de legítima"?—II. "Pars bonorum", *contenido normal de la legítima*: 4. En el Derecho común. 5. La "pars bonorum", ¿fue preciso que se satisficiera "minutat in singulis rebus"? 6. Análisis de los preceptos del Código civil. Concreción por el testador de la legítima en bienes determinados. 7. Afección a la "pars bonorum" de todo el haber hereditario en cuanto no sea satisfecha. 8. ¿Puede el contador partidor concretar la legítima en bienes determinados? Precedentes históricos de la cuestión y antecedentes legislativos. 9. La cuestión en el Código civil: artículos 1.061 y 1.062, 830 y 832. 10. ¿Puede el testador conferir al contador partidor la facultad de partir sin atenerse a la regla de igualdad del artículo 1.062? 11. El incremento de valor en los bienes hereditarios ocurrido, después de fallecido el causante y antes de reclamada la legítima, ¿repercute en ésta?—III. ¿Puede sostenerse que la legítima sea "pars valoris" o "pars valoris bonorum"? ¿Puede el testador ordenar, por regla general, que se pague en dinero?: 12. ¿Qué se entiende por "pars valoris" y por "pars valoris bonorum"? 13. ¿Puede sostenerse que, en general, la legítima en el Código civil, sea "pars valoris bonorum"? 14. Aun siendo la legítima "pars bonorum", ¿puede el testador, por regla general, ordenar su conmutación en dinero por parte de otro legitimario? 15. Antecedente de las leyes 19 y 20 de Toro en la mejora. 16. Interpretación del artículo 829: a) El requisito de la cómoda división. 17. ¿Tiene al respecto el artículo 829 una *ratio* diferente que los artículos 821 y 822, 1.057, § 2.º, y 1.062? 18. b) y c) ¿Puede comprender la mejora en cosa determinada del artículo 829, explotaciones, universalidades y cosas complejas, e, incluso, varias cosas?; ¿cómo deberá realizarse la reducción del exceso en este caso? 19. Jurisprudencia: Ss. 19-mayo 1951 y 28 mayo 1958.—IV. *La legítima, ¿se transforma en "pars valoris" o "pars valoris bonorum" en los casos en que se autoriza, total o parcialmente, su pago en dinero?*: 20. Supuestos en los artículos 821, 829 y 1.056.

(*) Este trabajo es un extracto, con las adaptaciones oportunas, del § 6 de nuestro volumen en elaboración *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, correspondiente al tomo LVIII del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Código civil. 21. Consecuencias del impago de la compensación en dinero. 22. Momento al que debe atenderse para cifrar en dinero las garantías a compensar. 23. Aplicación del artículo 15 L. H. al supuesto del artículo 1.056, 2.º Código civil. 24. Concepto en que se verifica la atribución al legatario, al mejorado o al asignatario de la explotación, en cuanto al exceso que debe compensar en dinero. 25. Garantía de la efectividad del pago en dinero debido al legitimario a quien compete recibirla. 26. La "pars bonorum" garantía de la "pars valoris". El pago, *modus* de la asignación. 27. Caracteres a las legítimas que deben percibirse como compensación en dinero. 28. Contenido cualitativo de la legítima de los hijos naturales en concurrencia con descendientes legítimos.

Hemos indicado en más de una ocasión (1) los distintos enfoques de que puede ser objeto el estudio de las legítimas. Aquí sólo nos interesa examinar su contenido objetivo y no en su aspecto meramente cuantitativo, sino en el cualitativo, prescindiendo tanto de sus características formales (2) como del modo de actuarse (según se trate de legítimas que ope legis atribuyen una porción del caudal hereditario, o algún bien concreto del mismo o un derecho de usufructo sobre todo o parte del mismo, o bien se trate de legítimas de signo o carácter predominantemente negativo, que permiten al beneficiario de las mismas que impugne aquellas disposiciones que no respeten el deber del causante de atribuir el mínimo del que no puede ser privado el legitimario sin justa causa (3), pudiendo utilizar para ello las acciones dimanantes de la preterición (4), de la desheredación injusta (5) o las de petición

(1) Cfr. *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963, tema XII, I, páginas 285 y ss. y *Clasificación de los sistemas legitimarios*, en *R.G.L.* y *J.* 225, 2.º sem. 1968, pp. 812 y ss.

(2) De este aspecto nos hemos ocupado en *El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles*, en *A.D.C.*, XX-I, enero-marzo 1967, pp. 3 y ss.

(3) Ese carácter, fundamentalmente negativo, de límite o freno ya lo destacamos en nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, § 5.º, pp. 61 y ss., § 6, pp. 64 y s. y *Resultados*, A, pp. 113 y s., y *A.D.C.*, IV-II, abril, junio 1951, pp. 477 y ss., 480 y s. y 529 y ss.

(4) De ellas, nos hemos ocupado en *El deber formal... cit.*, III *Efectos de la preterición*, en *A.D.C.*, XX-I, pp. 69 y ss.

Recientemente, ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en *A.D.C.*, XXII-II, abril-junio, 1969, pp. 313 y ss.) ha insistido en su anterior distinción entre preterición formal y preterición material. La cuestión sería baladí si se redujera a una pretensión meramente semántica. El autor es muy dueño de llamar preterición material a la inoficiosidad total cuando no haya preterición formal. El riesgo radica en deducir consecuencias de la propia terminología. Y aún nos parece más atrevido componerla, basándose en una interpretación hecha a distancia de textos legales antiguos, sin examen directo y detenido de las opiniones de los autores de la época de la que se habla. Así se puede sembrar confusión y error en algunos lectores no formados o insuficientemente informados.

Decimos esto porque la columna vertebral de la tesis de GARCÍA BERNARDO la constituyen sus afirmaciones de que, a partir de la Novela CXV: "la *exhereditatio* no tiene valor jurídico, es decir, equivale a la preterición si no va acompañada de una causa legal y expresada en el testamento" (p. 320); que "la *querela*

de legítima o de su complemento por insuficiente atribución, reducción de disposiciones testamentarias y donaciones inoficiosas, y cargas o

inofficiosi testamenti ha perdido su función con la aparición de la *actio ad impletandi legitimam* y la imposibilidad de la inoficiosidad total ante una imperativa institución del heredero necesario y que de ella nos ha quedado el nombre con otro contenido, con otra función" (p. 327), y que "equiparada la desheredación injusta a la preterición, el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de piedad no tenía relevancia jurídica, ya que tenía una tutela más energética en la preterición, lo que hacía superflua la *querela inofficiosi testamenti*, y otra específica en la *actio ad supplemandam legitimam*" (p. 334).

Sin embargo, el *ius discendi nullum* y la *querela inofficiosi testamenti* pervivieron independientes y sin confundirse en la práctica, como puede comprobarse con la simple lectura de cualquier obra o comentario de Derecho común o del Derecho de Castilla de los siglos XVI y siguientes, de los que se ocuparon de esa materia. En la nota 163 de nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, (pp. 50 y ss., y A.D.C. cit., pp. 466 y ss.) hicimos un breve resumen del estado de la cuestión acerca de los linderos entre una y otra institución después de la Novela CXV.

Las consecuencias que pretende derivar el autor al aplicar su concepto de preterición material a la interpretación del Código civil, se concretan en primer lugar a que en todo caso de inoficiosidad total, cuando no haya desheredación expresa, se da lugar a los efectos del art. 814 y no a los del art. 851.

Notemos que antes del Código civil la desheredación tácita (e incluso, según algunos autores, la desheredación sin causa) equivalían a la preterición, por la razón de que con ella *el testador había incurrido en el defecto formal de no instituir heredero al legitimario ni desheredarlo en la forma requerida*. Pero hoy no es necesario que el testador instituya heredero al legitimario para que no haya preterición, pues puede dejarle la legítima por cualquier título (art. 815). Su desheredación sin expresión de causa no es preterición, sino explícitamente desheredación injusta (art. 851) y no puede asegurarse *a priori*, que la desheredación equivalga a la preterición si no se efectúa con palabras expresas. La duda estriba en si toda desheredación tácita significa que existe el vicio formal del testamento calificable, por eso mismo, de preterición, o no lo implica y entonces tendrá los efectos de la desheredación injusta. Recordemos que ya BARTOLO (*In secundam Codicem partem...*, lib. VI, tít. *De liber, praeter, et exhaeredatis* XXVIII, *Authentica Ex causa*, pp. 3. *in fine* y 4. Cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 24 vto.) distinguió tres formas de desheredación, *largissima*, *large* y *stricta*, atendiendo a si la exclusión del omitido: no estuviese en las palabras ni en la voluntad; no estuviese en las palabras pero sí en la voluntad, o estuviera en ambas. De este modo asimiló la preterición *scienter* a la desheredación *large* y la preterición *ignoranter* a la desheredación *largissima*; aplicó a aquélla la *Authentica Ex causa* y a la *largissima* el Derecho antiguo, "quia testamento nullo iure valebit."

Hasta aquí, la cuestión, como vemos, giró en torno a si hay preterición (es decir, lo que GARCÍA-BERNARDO llama preterición formal) o hay desheredación injusta. De modo que la llamada, por GARCÍA BERNARDO, *preterición material* hubiese resultado un concepto carente de interés.

Pero, donde llegamos a las consecuencias que creemos más rechazables, y que él hace surgir de la pretendida existencia de una específica *preterición material*, es cuando GARCÍA BERNARDO deduce de ella: que el legado imputable a la parte de libre disposición o al tercio de mejora no excluye la preterición del legitimario, si nada se dispuso en el testamento acerca del derecho de éste al tercio de legítima estricta; y que tampoco se evita la preterición con un legado de cosa ajena o de dinero no herencial, ni con un legado revocado después. Es decir, que, según ese criterio, en todos estos casos, se anula totalmente la institución de herederos porque se comete la que él denomina preterición material. A su juicio, la solución que él propugna es consecuencia: de que no hay en

gravámenes impuestos sobre la misma, de impugnación de donaciones simuladas, etc.)

nuestro Código civil una delación legal directa de la legítima como tercer género de delación, y de que la inoficiosidad total sin desheredación expresa no puede tener otro remedio que la preterición.

Sentimos discrepar de todos sus razonamientos, abstracción hecha de que aceptemos la primera de sus premisas que, a juicio nuestro, no lleva necesariamente a ninguna de las conclusiones a que él llega.

El legado imputable al tercio libre o al de mejora, o el dispuesto a favor de un legitimario excluido de su legítima, resultan tan poco pensables como supuestos de preterición que el mismo GARCÍA BERNARDO se siente obligado a aclarar (p. 343): "Esta tesis de la preterición a pesar del legado a favor del legitimario, es un poco absurda, si se piensa en el caso extraño de que el testador disponga de un legado a favor del legitimario ordenando que lo impute a la cuota libre y nada disponga en pago de su legítima, mas si se piensa en la hipótesis de dos legados, uno imputado a la cuota libre y otro en pago de la legítima, y el testador revoca este último en un testamento posterior, o en virtud de destrucción, transformación o enajenación de la cosa legada, queda sin efecto: la preterición como solución es quizás la más justa, tanto si la cosa legada en pago de la legítima excede con mucho del valor de ésta como si es igual o inferior a ella, pues en todos los casos lo único claro de la voluntad del testador respecto al legitimario, es que el legado no se impute a su legítima y lo único claro en la ley es que ésta debe ser recibida por el legitimario a título de herencia testada o intestada."

La explicación nos produce aún más asombro que el mismo planteamiento proyectado en el ámbito del Código civil.

El testador que hace un legado a un legitimario quiere una de estas dos cosas: o que este legitimario no reciba más que ese legado, o bien que lo reciba además de su legítima larga o corta. En el primer caso no hay preterición y deberá imputarse dicho legado a la legítima del legatario. Y en el segundo caso tampoco hay preterición, pues el testador, además de ordenar el legado, explícitamente reconoce la legítima del legatario en una forma equivalente a los supuestos en que literalmente lo hace diciendo que le "deja a salvo". Queda el caso anómalo de que el testador declarase "que quiere que un legitimario reciba sólo el legado, que lo impute al tercio libre o al de mejora, pero que nada reciba de la legítima". Pero en este supuesto, dada la no incompatibilidad de los tercios de la herencia, que no son sino módulos o medidas y no compartimentos estancos (Cfr. nuestro trabajo *La mejora tácita*, VII, 1, en *Anales de la Ac. Matr. del Not.*, vol. VIII, pp. 65 y ss.), habrá que interpretar la voluntad del testador en el único sentido razonable de que al legitimario a quien le otorga ese legado no quiere dejarle nada más que éste y que, por ello, deberá imputársele a la legítima, por ser ese resultado menos contrario a su voluntad (art. 675) que la anulación total de la institución de herederos. El mismo criterio estimamos aplicable al caso en que en el testamento se haga referencia a una donación, bien sea que en él se modifique o que no se modifique su imputación.

La revocación expresa de un legado con cargo a la legítima, puede interpretarse que implica: la exclusión al legatario de ésta, supuesto de desheredación injusta; o bien, tan sólo, la derogación de la concreción del contenido de la legítima que el legado implicaba y, en ese caso, queda vivo el reconocimiento de la legítima que excluye la preterición y que equivale a un genérico legado (hecho en forma de reconocimiento) de legítima. Igualmente, por análoga razón, los supuestos de revocación tácita, referidos en el art. 869, tampoco eliminan el reconocimiento de la legítima que implicó el legado (Cfr. nuestro estudio *El deber formal de...* 13 a), loc. cit. pp. 39 y ss.).

También equivale a reconocer la legítima otorgar a un legitimario un legado de cosa ajena o de metálico no hereditario. Si ese contenido no es apto para

Un análisis del contenido objetivo en el aspecto cualitativo de las legítimas, aislado del derecho o derechos de que se disponga para obtenerlo y de su modo de adquisición, requiere que distinguamos los

satisfacer la legítima, no por esto deja el legitimario de haber sido, explícita aunque no literalmente, reconocido como tal; por lo cual no puede dejar de valer ese reconocimiento implícito, aunque no valga la determinación de un contenido no apto para satisfacerlo materialmente. Podrá, pues, el legitimario reclamar ese contenido, que le corresponde en su calidad de tal, como si el testador le hubiese instituido en su legítima, o se la hubiera legado, aun cuando hubiese ordenado que se le pagara con bienes no aptos para satisfacerla. Esto explica la solución que propusieron BALDO, BARTOLO y PAULO DE CASTRO, aceptada como común opinión de los autores, para el supuesto de instituirse heredero a un legitimario en dínero no hereditario (cfr. nuestro estudio *Cautelas de opción compensatoria de las legítimas I, A, b, en Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 444 y s.). Incluso en caso de haber insistido el testador en que la legítima fuese abonada con esos bienes no aptos y no con otros, frente a la contradicción que supondría tal disposición y ante el absurdo de interpretarla en el sentido de que el testador había preferido, con ella, que se anulara totalmente la institución a que tan sólo se anulase la determinación que él hacía en un contenido no adecuado, deberemos inclinarnos por deducir, a tenor del art. 675 del Código civil, la intención más razonable y aplicar la solución clásica.

La inexistencia de inoficiosidad total en la disposición de la cuota, en esos casos, que evidentemente no están viciados por preterición ni por desheredación injusta, dimana de que en ellos hay un reconocimiento de la legítima más o menos explícito, aunque no sea literal, y aun cuando la concreción de los bienes resulte totalmente vacía por la asignación de un contenido inadecuado.

Notemos que, en ellos, la *acción de petición de legítima* deriva *ex testamento* o *ab intestato*, según la interpretación que en cada caso resulte del testamento. Por eso, no es necesario un previo ejercicio de las acciones de preterición, para invalidar totalmente la institución, o de desheredación injusta, para anularla en parte. Como tampoco en el Derecho anterior necesitaba del previo ejercicio del *ius discendi nullum*, ni de la *querela inoficiosi testamenti*, en los casos de que el testamento en que se omitiese a un legitimario o se le desheredase injustamente contuviera o tuviera implícita la cláusula codicilar o la *omni meliori modo*. Bastaba, en estos supuestos, reclamar el contenido de la legítima atribuida *ab intestato*. Así como hoy, en otros casos, se trata de pedir la reconocida genéricamente en el testamento.

Pero aún hay otros supuestos vigentes de vacío total en la asignación del contenido concreto que debe obtener un legitimario, que no implican preterición ni desheredación injusta.

Así es cuando al legitimario, a quien se le haya instituido heredero o legado su cuota, se le impusieran legados que le absorbiesen totalmente su legítima, supuesto en el cual será pertinente la acción de reducción de mandas. O, también, cuando las donaciones inoficiosas hayan absorbido todo el activo líquido del patrimonio del causante, por lo que deberán ser reducidas. En ambos casos será con la reducción de las disposiciones inoficiosas como se salvará completamente la inoficiosidad total y se cubrirá todo el contenido concreto de la legítima.

Es de subrayar, además, que, como es bien sabido, la preterición tiene unos efectos que exceden de la percepción forzosa de la legítima por el preterido: nulidad del testamento o bien totalmente de la institución, según el sistema, y que producen unas consecuencias materiales que son superiores al derecho material del legitimario. Ello se explica porque la preterición implica el incumplimiento de un deber que también excede del deber material de dejar la legítima, y que es un incumplimiento formal en cuanto significa el incumplimiento en el testamento de alguna formalidad, bien sea nominal o verbal, declarativa e, incluso en algunos sistemas, dispositiva. Por ello, la *preterición es siempre for-*

varios contenidos posibles: "pars hereditatis", "pars bonorum", "pars valoris", "pars valoris bonorum" con sus diversas variantes, bienes concretos, usufructo, renta vitalicia con o sin gravamen real —hipotecario o censual—, alimentos (6).

Al limitarnos, en este trabajo, a estudiar tan sólo el contenido objetivo en su aspecto cualitativo de las legítimas de los hijos y descendientes legítimos en el régimen del Código civil, nos quedan circunscritos los posibles contenidos a los cuatro tipos primeramente enunciados, por lo cual, sólo a ellos queda ceñida la problemática que recogemos en este extracto:

I. EL CONTENIDO DE LA LEGÍTIMA NO ES "PARS HEREDITATIS"

1. Legítima *pars hereditatis* es tanto como legítima *cuota de herencia*, o sea, parte alicuota del *universum ius*, con todo su activo y su pasivo.

Es de observar que, sustancialmente, mientras la *reserva germánica* es *pars hereditatis* (7), la legítima justiniana fue *pars bonorum* (8), a pesar de que formalmente el legitimario —conforme la Novela CXV (9)— debía ser instituido heredero y, en ese último sentido, era un *heredero forzoso*.

Ni el Derecho común, ni en su órbita en el Derecho de Castilla: durante el período comprendido entre las leyes de Toro y la pro-

mal, aun en el caso de que el requisito incumplido se refiriese a dejar un contenido material. No hay, pues, preterición que no sea formal, tanto por el carácter de su infracción como por la *ratio* de los mayores efectos de su sanción. Y esas consecuencias, que materialmente exceden al contenido del derecho protegido, inclinan a que, con el fin de adecuar, en lo posible, ese derecho a ser satisfecho de la legítima, de una parte, y, de otra, la libre voluntad del testador, orientemos toda la labor interpretativa en el sentido de no extender más de lo preciso el concepto ni la solución de la preterición. A igual resultado lleva la doctrina del *favor testamenti*.

(5) Cfr. nuestro trabajo *El apartamiento y la desheredación*, III, *Desheredación injusta*, en *A. D. C.*, XXI-I, enero-marzo 1968, pp. 75 y ss.

(6) De las legítimas en bienes determinados, en usufructo, en renta censual o renta de saco y en alimentos, así como de los diversos contenidos de las legítimas de las regiones forales, nos ocupamos en la parte que aquí no publicamos del mismo capítulo VI de nuestro volumen en elaboración.

(7) Cfr. *Clasificación de los sistemas legislativos*, núm. 2, loc. cit. p. 813.

(8) Así lo había juzgado BARTOLO DE SAXOFERRATO (*In primam Infortiati Partem...*, tit. *De heredibus instituendis*, ley XXXV, *Ex facto*, núm. 2, cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 109 vto.): "Nam legitima filii sit quota bonorum, deducto aere alieno et funeris impensas 1. *Papinianus*, § *Quarta*, ff. *De inoff. testam.* (Dig. VI-II, 8, § 9) sed quota bonorum, aere alieno deducto non est pars hereditatis, 1. *non amplius* § *final* ff. *De legat I* (Dig. XXX-único, 8, 5 y 9), ergo, *non habetur*, *loco heredis*". Con la misma argumentación y citando además la ley *Princeps*, ff. *de verbo, sign.*, se expresó el doctor Diego de Segura (*Repetitionem decem in diversis materiis*, Repet. 1. *Cum patronus*, ff. *de lega*. II, núm. 49, cfr. ed. Salamanca 1520, fol. CXXX).

(9) Cfr. *El deber formal de...*, I, 1, nota 8, y texto correspondiente, en *A. D. C.*, XX-I, p. 6.

mulgación del Código civil, llegaron a fundirse totalmente el derecho del legitimario a ser instituido heredero y su derecho a una *pars bonorum* como *portio debita*. Lo demuestra así, que:

1.º Conforme al capítulo V de la Novela CXV, bastaba al causante instituir *in re certa* al hijo para que no hubiera lugar a la aplicación de la *querella* (10). Así, aun cuando se confiriese al hijo el honor del *nomen heredis*, el contenido de la atribución no podía ser *pars hereditatis*, sino una concreta y específica *pars bonorum*, cuando con ese instituido *in re certa* concurrieran uno o varios llamados *ex asse* (11).

2.º Bastaba instituir heredero al hijo, aun sin atribuirle bienes relictos; v. gr., instituyendo a la hija en la dote que *ob causam* le hubiese donado el mismo causante, sin perjuicio del derecho de ella a reclamar el suplemento (12).

3.º El complemento de legítima no se recibía como *pars hereditatis*, sino como *pars bonorum* (13).

4.º En los supuestos de que el hijo no instituido heredero hubiese aprobado el testamento o renunciado al *ius dicendi nullum* o a la *querella* —ya fuese de modo expreso o tácitamente por aceptación de un legado—, valía el testamento y el hijo no podía impugnarla, no era heredero, ni podía accionar para serlo, pero conservaba la *actio ad supplementum*, es decir, su derecho material a la legítima en su totalidad (14).

2. No han faltado, no obstante, autores que han sostenido que en el régimen del Código civil español la legítima es *pars hereditatis* (15).

(10) Cfr. loc. últ. cit., nota 10 y texto correspondiente, p. 6.

(11) Cfr. loc. últ. cit., nota 11, p. 6.

(12) Así, DIEGO SPINO (*Speculum testamentorum*, gloss. 17 *principalis*, núm. 36) (cfr. ed. Francofurti ad Moenum 1600, p. 722), concluye afirmando: “igitur sufficit quod in sola dote filia instituatur, et pro residuo agat ad supplementum”.

(13) Así, BARTOLO (*Commentarii in primam Digesta Veteris partem*, tít. *De inofficio testamento, lex Pater filium*, núms. 15 y 16, cfr. ed. Lugduni 1547, fol. 180) afirmó que “hodie cum agitur ad supplementum non sit locus simili successioni universalis: et sic cessat ius accrescendi”. Y rechazó que al pedirse el suplemento se reclamara una cuota de herencia, puesto que no se transmitían los “onera debitorum et creditorum”, ya que “ista legitima datur aere alieno deducto...” “ergo habetur ut particularis successio”.

(14) Cfr. *El deber formal de...*, I, 1, notas 13 a 18 y texto correspondiente, en *A.D.C.*, XX-I, p. 7.

(15) Han defendido el carácter de heredero del legitimario y, por ende, que la legítima es *pars hereditatis*: CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, cap. IX, § III, cfr. 4.ª ed. Madrid, 1939, p. 223; DEMÓFILO DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho Civil*, de A. COLIN y H. CAPITANT, vol. VIII, Madrid, 1928, cap. II, sec. XI, § 1.º, pp. 320 y ss. PEDRO SOLS GARCÍA, *El heredero. Ideas sobre su estudio*, en *Rev. Crít. Der. Iurispr.*, tomo XVII, sept. 1944, pp. 571 y ss.; GREGORIO ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945, pp. 151 y ss..

El punto de apoyo fundamental de esta tesis lo constituye la denominación *herederos forzosos* que los artículos 806 y 807 (además de otros artículos, como los 763, 813 a 817, 821, 825, 863, 1.035, 1.036.

y *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en *An. Der. Civ.* III-II, abril-junio 1950, pp. 331 y ss.; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, *Intangibilidad de la legítima*, III, B, 2, en *A. D. C. I-I*, enero-marzo 1948, pp. 63 y ss.; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, cap. XVII, § 5, Sevilla, 1951, páginas 186 y ss.; JOSÉ FERNÁNDEZ VILELLA, *La comunidad hereditaria*, capítulo III, 4, Barcelona, 1954, p. 93; FRANCISCO ESPÍNAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, n. 151, Barcelona, 1956, pp. 329 y ss.; reconociendo la existencia de ciertos matices, FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, tomo V, n. 94, Madrid, 1965, p. 551; y recientemente, EDUARDO MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, *Variaciones sobre la legítima*, en *R. D. Notarial* LXIII, enero-marzo 1969, pp. 165 y ss.

Según FLORENCIO PORRETA CLERIGO (*Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Estudios de Derecho sucesorio* del Colegio Notarial de Barcelona, Curso de conferencias de 1945, p. 198), el art. 806 atribuye directamente la legítima a título de herencia, pero conforme resulta de los arts. 815, 820 y 1.056, § 2º, se confiere legalmente al testador la facultad de modelarla que alcanza tanto al contenido atribuido como al título de la atribución.

Entre quienes específicamente han negado el carácter de *paris hereditatis* a la legítima, podemos citar a MANUEL CALDERÓN NEIRA (*La colación en el Código civil*, en *R. G. L. y J.* 111, 2º semestre, 1907, p. 122), FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil*, tomo III, Madrid, 1932, Lec. 90, páginas 25 y s.); JULIÁN DÁVILA GARCÍA (*Herederos y legitimarios*, en *Rev. Crít. Der. Inmob.*, tomo XVI, junio 1943, pp. 666 y 670); RAMÓN M. ROCA SASTRE (*Naturaleza jurídica de la legítima*, en *R. D. P.* XVIII, marzo 1944, página 103); FRANCISCO VIRGILI SORRIBES (*Heredero forzoso y heredero voluntario; su condición jurídica*, en *R. C. D. I.* XVIII, julio-agosto 1945, p. 485); ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pp. 141 y ss.); JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO (*Estudios de arte menor de Derecho Sucesorio. El acrecimiento en la mejora*, IX, en *An. de la Ac. Matritense del Notariado*, vol. II, Madrid, 1946, pp. 540 y ss.); SERGIO GONZÁLEZ COLLADO (*El legitimario no es sucesor*, en *An. Ac. Matr. del Not.*, vol. III, pp. 531 y ss.); LUIS GÓMEZ MORÁN (*De la legítima y los legitimarios*, en *Rev. Gral. de Der.* IV, diciembre 1948, p. 666, y *Tratado teórico-práctico de particiones. El ejecutor testamentario en el Derecho comparado*, Madrid, 1950, pág. 357); JOSÉ PUIG BRUTAU (*Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral*, en los *Estudios de Derecho Privado* de ROCA SASTRE, vol. II —Madrid, 1948—, p. 144; y en *Fundamentos de Derecho civil*, vol. V-III —Barcelona, 1964—, cap. I, § 3-III, pp. 13 y ss.); JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (*Notas al "Derecho de Sucesiones"*, de JULIUS BINDER —Barcelona, 1953—, § 32, I, pp. 293 y s.); IGNACIO DE CASSO ROMERO (*Diccionario de Derecho Privado*, tomo I —Barcelona, 1950—, p. 2470); FEDERICO PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho Civil Español*, V-II, cap. XI, 4 —Madrid, 1963—, pp. 299 y ss.); MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (*Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, *Fundamento jurídico del derecho a obtener la legítima en bienes hereditarios*, I, B, 1, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección 3.ª, vol. I —Madrid, 1964—, pp. 744 y ss.); ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*La legítima en el Código civil* —Oviedo, 1964—, II, A, p. 79 y ss.).

Se muestra ecléctico CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, I-II, tema LX —4.ª ed. Madrid, 1939—, p. 270).

Rechazamos la invocación que algunos hacen de Manresa, Scaevola y Sánchez Román como favorables a la consideración de que los legitimarios son herederos forzosos. No la creemos atendible, pues nos parece que esa calificación no pasa de ser nominal o literal en estos autores, como puede observarse al examinar su criterio con respecto a la innovación del art. 815 (cfr. "Notas críticas

1.056) aplican a quienes tienen derecho a legítima (16), criterio que han querido fortalecer algunos afirmando que la legítima del Código civil es de origen germánico y sigue respondiendo a las características de

cas a la...”, notas 242, 247 y 248, loc. cit. pp. 90 y s.) y, especialmente; respecto de Sánchez Román es de subrayar su convicción de la carencia de “carácter sustantivo y esencial como entidad jurídica” de la legítima, “sino más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte” (cfr. *Estudios de Derecho Civil*, VI-II, cap. XV, art. I, número 5 —2.ª ed. Madrid, 1910—, p. 764) y su clara distinción del criterio romano y español con respecto al francés e italiano, por cuanto dice que en aquéllos la legítima es porción de bienes y en éstos es porción de herencia (loc. cit. número 3, pp. 759 y ss.).

(16) Así lo explica DIEGO ESPÍN CÁNOVAS (*Manual de Derecho Civil Español*, vol. V —Madrid, 1957—, sec. III, cap. I, núm. III, 1, A, p. 276); “El principal argumento lo proporciona la interpretación literal del mismo Código que con reiteración denomina al legitimario heredero forzoso o simplemente heredero.”

El más reciente y también más radical intento de extraer de la letra del art. 806 el contenido de la legítima, como si todo el derecho se redujera al texto de la ley, tomándolo como el único “evidente, seguro”, “punto de partida” y “prescindiendo de cualquier idea previa”, entre ellas, es claro, el conocimiento de derecho que el Código civil debió recoger, es obra de Menéndez-Valdés Golpe (cit. *supra* nota 15). Se trata de un plausible intento parecido al de aquél botánico que prescindiendo de la flora viva de los campos quisiera extraer de la primera hoja disecada de un herbario —según imagen de Rocoe Pound— todas las características de aquélla flora. Jurídicamente supone el olvido de algo que ya observó Aristóteles: las palabras de la ley no pueden —por perfecta que ésta sea, si lo es— recoger toda la realidad con sus múltiples matices; olvido por el cual pretende extraer tan sólo de las palabras más de lo que se ha recogido en ellas. Y, también, el olvido, de la regla *scire leges non est tantum verbum eum tenere, sed vim ac voluntatem*; por lo cual no tiene en cuenta que la letra de la ley no puede interpretarse sin ahondar en lo que está antes y alrededor de ella, para captar la finalidad e intención de sus palabras. Ciertamente, es imposible ponerse de acuerdo cuando se parte de un concepto distinto del Derecho y del método jurídico (cfr. nuestros *Panorama del Derecho Civil*, cit. caps. I y II, pp. 11 y ss. y *Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero*, II, B y III, en *Estudios de Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, pp. 152 y ss. y 163 y ss.).

Pero, en el citado estudio de Menéndez-Valdés, su explicación presenta las especiales características de deducirlo todo de la primera hoja disecada (art. 806) y, a través de lo extraído de ella (a veces saliéndose de su letra, como al traducir “porción de bienes” por cuota o parte de herencia), la de forzar la interpretación de todas las demás (en especial, arts. 823, 815 y 1.056). Más que ocuparnos de analizar sus razonamientos, en una crítica de detalle, preferimos recomendar la lectura de sus epígrafes II, a (pp. 185 y ss.), III a (p. 190) y d (pp. 188 y s.) como muestras más expresivas.

Sin embargo, sí que queremos hacer notar que Menéndez-Valdés Golpe en su interpretación del art. 806, al poner tanto el énfasis en que éste dice que “el testador” —y “no el causante”— “no puede disponer”, no tiene en cuenta que el art. 636 —que no se refiere “al testador” sino al futuro causante— dice que “ninguno podrá dar”, “por vía de donación”, “más de lo que puede dar”, “por vía de testamento”, y, sin embargo —como él mismo reconoce— vale lo dado a cargo de la legítima del donatario (art. 819, § 1), e incluso lo dado en más de lo que se puede disponer no es nulo sino reducible (art. 654). El paralelo entre el “no puede disponer” del art. 806 y el “no podrá dar” del art. 636, reafirma la interpretación de que el art. 806 no implica una prohibición absoluta

la *pars reservata* (17); y, para rechazar la invocación adversa de los artículos 815 y 818, dan la explicación de que el legado *pro legitima* no es sino un acto de imputación particional (18), y califican como meramente contable el cálculo previsto en el artículo 818 (19).

de disponer de la legítima, sino una prohibición relativa de disponer en perjuicio de la legítima, y que, por lo tanto, el testador puede disponer por testamento de los bienes que integran su contenido *si lo hace sin perjudicar al legítimario*, es decir, *haciéndolo a su favor*.

También es de notar que pasa de largo alguna hoja (como el art. 818). En efecto, en su indicada deducción de que la "porción de bienes" de que habla el art. 806 es una cuota de herencia (p. 168 y s. y 176 y s.), no sólo se sale de una rigurosa interpretación literal del mismo art. 806, sino que se olvida de que, según el art. 818, se trata de una cuota de la masa de bienes formada por la suma de reliquo líquido más todo lo donado, y no sólo por la reintegración a la masa hereditaria de lo donado inoficiosamente. Si lo reintegrado pasase a ser una parte de la herencia, por incorporación a ella, estaría afecto a sus deudas, lo que no ocurre (conforme resulta del art. 643 C. c.). Si para hacer el cálculo se debe sumar todo lo donado, sea o no inoficioso, la legítima es cuota ideal no sólo de lo reliquo y lo reintegrado, sino de lo reliquo y todo lo donado. El contenido de la legítima es, pues, una porción de bienes —hereditarios o no— calculada después de deducir el pasivo del activo y de sumarle lo donado (art. 818); y, por consiguiente, no es una cuota de herencia incrementada por lo donado inoficiosamente, sino una porción líquida de bienes calculada sobre aquella base que no es, sólo ni totalmente, la herencia.

(17) Creemos poder asegurar que este argumento fue introducido en España por el ilustre jurista italiano, entonces profesor de la Universidad de Pisa, Francesco Ferrara, en al sexta de las conferencias que dio en Madrid en abril de 1928, quien del texto literal del art. 806 del Código civil español dedujo que: "La legítima, pues, es una *reserva legal*, es la antigua reserva de los cuatro-quintos que hoy se ha reducido a los dos tercios para los hijos y descendientes. Sólo que esta reserva no se refiere únicamente a los bienes familiares al *quid relictum*, sino a todos los bienes del testador, a su patrimonio en global, integrado en consecuencia por todo aquello de que se ha dispuesto durante la vida mediante actos a título gratuito" (cfr. la referencia que de la misma hizo JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Las Conferencias del Doctor Ferrara*, en *Rev. Crit. Der. Inmob.*, V —enero, 1920—, pág. 57; y, también, la de JOAQUÍN DE DALMASES, *Las lecciones del Doctor Ferrara*, en *Rev. Der. Priv.*, XV —1928—, pp. 141 y s.).

Este intento de importación del Profesor Ferrara fue rechazado por JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Observaciones a dicha VI Conferencia en R. Cr. Der. Inmob.*, V, pp. 65 y ss. y en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, vol. III —Madrid, 1948—, pp. 241 y ss.) observando que: "en el Derecho español, los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciente ha puesto de relieve, se funden desde hace muchos siglos en una concepción de líneas románicas que se impone a través de las variaciones regionales..." En nuestra patria "la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la *legítima*, y desde las primeras disposiciones legislativas dictadas por los godos y los hispano romanos, aparece la reacción contra la libertad de testar, fundada más bien en consideraciones sociales y éticas que en la copropiedad germánica"; aceptando con SÁNCHEZ ROMÁN (loc. últ. cit., p. 764) que nuestras legítimas tienen carácter más bien *negativo* de limitación mayor o menor del *ius disponendi mortis causa*.

(18) El influjo de FERRARA se notó ya en AMADEO DE FUENMAYOR (*La mejora en el sistema sucesorio español* —Coimbra, 1946—, pp. 36 y ss.), que consideró —como aquél— la facultad de mejorar como una orden de imputación y adjudicación; y, además, precisó que la disposición del art. 815 faculta al testador para "atribuir al heredero forzoso, en pago de su derecho, cualquiera de los bienes del

Sin embargo, estas razones no parecen admisibles, porque:

1.º Cualquiera que hubiese sido la naturaleza de la legítima gótica (20) y de la que muestran los Fueros medievales (21), es lo cierto que en Castilla —como observamos ya hace años (22)— “los autores —tal vez por falta de elaboración científica de la legítima germánica— explicaron esta institución de la legítima sobre la base de los textos del *Corpus Iuris* y de las Partidas, como lo demuestran las numerosísimas citas continuamente referidas a estos Cuerpos legales. La construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El Derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue el regulador de la medida. El Derecho romano, en su fase justiniana, explicó su naturaleza. Baste recordar al efecto cómo Antonio Gómez, en sus *Varias* (23), se ocupa de la legítima en

caudal relictio”. Esta idea fue desarrollada por ORTEGA PARDO (*Naturaleza...*, pp. 141 y ss. y *Heredero...*, loc. cit., pp. 344 y ss.) que consideró la atribución hecha conforme al art. 815 como un acto partiticio comprendido en el ámbito de la facultad concedida por el art. 1.056, § 1.º En semejante sentido, también se declaran ESPINAR LAFUENTE (op. cit., núms. 172 y ss., pp. 385 y ss.); Rovo MARTÍNEZ (op. y loc. cit., p. 185) y FRANCISCO BONET RAMÓN (op. y vol. y loc. cits., p. 551). GUILLERMO G. VALDECASAS (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, II-3, en *R. D. F.*, XLVII, noviembre 1963, pp. 968 y ss.) estima que el art. 815 se refiere al complemento de la *cuota de legítima*, no siendo necesaria su actuación respecto de la *cuota de reserva*, por estimar que ésta se halla protegida por la nulidad total o parcial de las disposiciones inoficiosas.

(19) Es cierto que —como observaron MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, vol. VI, art. 818, 6.ª ed., Madrid, 1932, p. 370) y PORTETA (loc. cit., p. 191)— el art. 818 tiene un sentido propiamente contable. En cambio, sólo partiendo de sus respectivos presupuestos conceptuales puede decirse —como ha escrito ESPINAR LAFUENTE (op. cit., núm. 178, p. 411)— que el cálculo hecho conforme el art. 818 no se propone fijar las cuotas de los herederos (electivos o forzosos), sino tan sólo determinar la corrección, o la posible inoficiosidad, de las donaciones y legados”, o —como G. G. VALDECASAS ha sostenido (loc. cit., pp. 963 y ss.)— que el art. 818 no se refiere a la cuota de reserva, sino sólo tiene como “única finalidad” la de “determinar cuál es la cuota de legítima, a efectos de averiguar si las liberalidades del causante son o no inoficiosas”.

Según expusimos en otra ocasión (*Apuntes...*, I, § 10, ed. sep., p. 108 y *A. D. C.*, IV-II, p. 524) el hecho de que tenga carácter puramente contable, “no es obstáculo para que el art. 818, § 1.º, completando el criterio de los artículos 806, 808 y 809, venga indirectamente a precisar el contenido mínimo de la legítima debida”. Es decir, nos indica exactamente, a través de explicarnos la forma de calcularla, cuál es ese contenido del que no puede privarse a ningún legítimo”. Idéntica deducción hizo BARTOLO al comentar la ley *Papinianus*, § *Quarta*: “sed ista legítima datur aere alieno deducto”, “ergo habetur ut particularis *succes-*ssio**” (op. cit., 1. *Pater filium* —Dig. V-II, 14— núm. 16, cfr. ed. cit., fol. 180).

(20) La ley *Dum initio* del *Liber Iudiciorum* (lib. IV, tít. V, ley 1.º) —como ha observado JERÓNIMO GONZÁLEZ (Coment. cit., *R. C. D. I.*, cit., p. 65 y *Estudios*, vol. cit., p. 241)— en su parte dispositiva prescribió que “los padres y los abuelos, sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio, no pudieran separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes de su misma sucesión.”

(21) Cfr. nuestros *Apuntes...*, I, § 2.º, ed. sep., pp. 13 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 429 y ss.

(22) *Apuntes...*, I, § 2.º, p. 19 y *A. D. C.*, VI-II, p. 435.

(23) ANTONIO GÓMEZ, *Variae Resolutionis Iuris Civilis Communis et Regii*, lib. I, cap. XI (cfr. pp. 133 y ss. de la ed. Lugduni 1701).

el capítulo que titula *De successione contra testamentum* (es decir, de la *successio contra tabulas*, según la terminología romana), que dedica a tratar sucesivamente de la preterición, la desheredación, la *querela inofficiosi testamenti*, de la legítima como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*.

Asimismo, continuamos entendiendo —mientras no se nos demuestre que fue errónea o deficiente la investigación que entonces efectuamos (24)— que la obra codificadora con respecto a las legítimas “sólo quiso alterar, y así lo verificó, ciertos extremos concretos, como los relativos a la reducción cuantitativa de la legítima (arts. 808 y 809), a la validez de su otorgamiento *por cualquier título* (art. 815), a la posibilidad de que cristalice total o parcialmente en *pars valoris* (arts. 821, 822, 829, 840 § 2.º y 1.056 § 2.º). Aparte de las variaciones establecidas en los elementos personales de la relación legitimaria (25).

Y precisamente —como vimos en otro trabajo (26)—, si bien en el Derecho justiniano y en el castellano, que rigió hasta la promulgación del Código civil, la legítima debía deferirse a título de herencia, esta exigencia ha desaparecido, según indican el texto y los antecedentes legislativos del artículo 815 (27) y el sentido en el que unánimemente lo entendieron los primeros comentaristas del Código y los tratadistas contemporáneos de éstos (28).

2.º Si, con esta modificación, la expresión *herederos forzosos* parece que ha perdido su significado literal y tradicional, resulta además evidentemente inexacta si es referida al cónyuge viudo y a los hijos naturales (29). Esto le quita su fuerza al argumento literal y determina, por ende, que esa misma denominación tampoco puede considerarse incontrovertible en los demás supuestos de la legítima (30).

(24) *Apuntes...*, I, *Resultados que dimanan de esta primera parte* (ed. sep., p. 115 y *A. D. C.*, IV-II, p. 531).

(25) La Base 16 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 en materia de legítimas indicó, en su § 3.º, reformas solamente cuantitativas determinantes de su reducción con respecto al Derecho histórico, las cuales —según explicó ALONSO MARTÍNEZ (*El Código civil en relación con las legislaciones forales*, cap. III, sec. IV, cfr. ed. Madrid s. f., p. 146)— fueron fruto de una fórmula de transacción con los Derechos de las regiones forales.

(26) *El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles*. I, 1, 2 y 3, en *A. D. C.*, XX-I, enero-marzo, 1967, pp. 5 a 12.

(27) *Cfr. Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, núms. 20, c y 22, en *A. D. C.*, XVIII-I, enero-marzo, 1965, p. 78 y pp. 88 y ss. y p. 92.

(28) *Cfr. loc. cit.*, núm. 22, pp. 90 y ss. y notas 242 a 250.

(29) *Cfr. nuestros Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, § 3.º, pp. 26 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 442 y ss. En este mismo cfr. *Contenido cualitativo de la legitimidad vital en el Código civil* 1, en *R. D. P.*, LIV, febrero, 1970, pp. 101 y ss.

(30) Sin embargo, ha querido salvarse la exactitud de la calificación de los descendientes y ascendientes legítimos como herederos forzosos, diferenciándolos como los *genuinos* herederos forzosos, mientras el cónyuge viudo y los hijos ilegítimos sólo lo son, conforme al art. 807, *en la forma y medida que establecen los arts. 834 a 842 y 845* (DE BUEN, *Notas al Curso Elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, vol. VIII, Madrid, 1928, p. 321); distinguiendo “una élite formada por los tradicionales herederos forzosos: los descendientes y

Por todo lo cual creemos que esa supervivencia de la denominación antigua debe ser considerada como un mero vestigio histórico (31).

3.^º La tesis de la legítima *pars hereditatis* tampoco logra sostener los antecedentes históricos antes examinados, los cuales nos muestran que, 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 con una *institutio ex re certa* (32), una institución en la dote (33), o con un legado si el legitimario lo aceptaba (34); e, igualmente, que el suplemento tampoco consistía en una *pars hereditatis*, sino en una *pars bonorum* (35).

ascendientes legítimos, frente a los *parvennus* de la legítima, que son los hijos naturales y el cónyuge viudo. Esta diferencia —se dice— podrá impedir la conclusión de que *todos* los legitimarios son herederos, pero no justifica, desde luego, la generalización a la inversa, es decir, la afirmación de que *ningún* legitimario es heredero, por el hecho de que *alguno* no lo sea efectivamente" (Royo MARTÍNEZ, op. y loc. últ. cit., p. 186). Pero no se trata de formular esta afirmación negativa, sólo por ese hecho, sino únicamente de excluir como argumento decisivo el empleo de una expresión, que si no es usada rigurosamente en determinados casos puede no serlo tampoco en los demás casos, sin prejuzgar que efectivamente sea así.

(31) La denominación "herederos forzoso" era la tradicional en el Derecho de Castilla antes de la promulgación del Código civil. ESCRICHE (*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3.^a ed., Madrid, 1847, tomo II, p. 15) definió: *Heredero forzoso o necesario*: el que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal..." "Dícese *forzoso y necesario*, porque el testador no puede prescindir de nombrarle heredero y, en cierto aspecto, se llama también legítimo, porque la ley prohíbe que se le prive de la herencia".

Se comprueba la evolución del concepto, aún sin cambiar la denominación, con la lectura del art. 640 del Proyecto de 1851 (antecedente del art. 806 del Código civil) que decía. "Llámense herederos forzados aquellos a quien la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarles sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima." *Es decir: ya no se definen como aquéllos que el testador no puede prescindir de nombrarles herederos, sino aquéllos a quienes no puede privarles de cierta porción de bienes.* El art. 806 define la legítima como "porción de bienes" no como "porción de herencia".

Por eso y por su aplicación extensiva al cónyuge viudo y a los hijos naturales hay que reconocer por lo menos, como lo hizo DE BUEN (*Notas y loc. cits.*, p. 330), que la expresión *herederos forzados* es usada en el Código civil y por nuestra Jurisprudencia "de un modo muy general". LACRUZ BERDEJO (*Notas y loc. cit.*, p. 293) estima que ha de considerarse "una impropiedad de lenguaje". PUIG PEÑA (op., vol. y loc. cits., p. 285) la considera como "un respeto terminológico a la práctica tradicional".

(32) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. 13 al últ. VII de la Partida 6.^a, a las palabras "en su testamento como a heredero" de la ley 5.^a de dicho título; DIEGO COVARRUBIAS DE LEIVA, *In titulum de testamentis interpretatio*, cap. Raynutius 16, § 1.^º, núms. 6 y 9 —cfr. Opera Omnia, ed. Lugduni 1583, vol. II, p. 71; LUIS DE MORINA, S. I., *De iustitia et iure*, Tract. II, Disput. CLXXVII, núm. 1, cfr. ed. Novissima, Collonia Allobrogum, 1733, tomo I, p. 402; DIEGO AYLLÓN LAINEZ, *Illustrationes sive additiones eruditissimae ad Variae Resolutionis Antonii Gomesii*, Ad. Lib. I, cap. II, núm. 24; cfr. ed. Venitiis 1747, p. 15.

(33) Cfr. DIEGO SPINO, loc. cit., *supra* nota 7.

(34) La ley 5, tit. VIII de la Partida 6.^a, después de expresar que si al hijo se le dejase su legítima "non como a heredero, mas como en razón de manda", podría "quebrantar" el testamento, añade: "E esto se entiende si el

4.^o No puede superar la contradicción que significaría que un contenido que quedara totalmente cubierto con la imputación de donaciones (36) o que se cubriera exclusivamente con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones (37), fuera *pars hereditatis*, y que el legitimario que así obtuviera su porción debida tuviese que responder solidariamente de las deudas del caudal inherentes a toda *pars hereditatis* (38). Una cuota parte de la suma del activo líquido relichto más lo donado (art. 818 C. c.) (39), y a mayor abundamiento si sólo

fijo non rescibiesse aquella parte que le era mandada. Ça si la rescibiesse e non la protestasse diciendo que le fincasse en salvo la querella que avía de tal testamento non podría después quebrantarlo.

(35) Cfr. *supra*, nota 13, RODRIGO SUÁREZ (*Repetitionis Legis “Quoniam in prioribus”, Declaratio Legis Regni, Additio VI*, núm. 2, cfr. *Opera Omnia*, ed. Douaci 1614, p. 498) opinó que el “ius agendi ad supplementum petitur per conditionem ex lege, ut ait gloss. in d. § si conditioni” (Dig. V-11, 8, § 10); y JACOBO VALDÉS (Add. C, al núm. 7 de la Ampliatio undécima, de las cit. *Repetitionis* de RODRIGO SUÁREZ, cfr. ed. cit., p. 436) dedujo que es “*actio in rem scriptam*”. ANTONIO GÓMEZ (*Variac...*, cap. cit., núm. 23, vers. *Secundo deducitur*, cfr. ed. cit., p. 146) entendió que para lograr el suplemento “*completum actio personalis vel in rem scriptam*”, conforme a la glosa ordinaria a la ley *Omnimodo* (Cod. III-XXVIII, 30).

(36) Conforme al art. 819, § 1.^o “*Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora se imputarán a su legítima.*” Supongamos que el causante en su testamento asignó al donatario los bienes donados en pago de su legítima, o que simplemente le reconoció cuanto por dicho concepto le correspondiese, y que dicho montante le quedara cubierto íntegramente con su imputación.

(37) Supongamos un causante que: a) hubiese dejado una herencia en la cual el activo no excediere del pasivo, y que fuera objeto de juicio universal de concurso de acreedores o de quiebra o de testamentaría promovida por algún acreedor, o bien que el instituido la hubiese aceptado a beneficio de inventario, o simplemente que éste liquidase el pasivo con la conformidad de unos legitimarios totalmente abstenidos; b) pero que entre vivos hubiera otorgado donaciones a extraños reducibles por inoficiosas (arts. 636, § 2, y 654 C. c.) de cuya reducción no puedan beneficiarse sus acreedores (arts. 643, 1.292 y 665. § 3.^o, C. c.).

(38) Conforme el § 1.^o del art. 1.084 C. c.: “*Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.*” En cambio, conforme al art. 655, § 3.^o, inciso final: “*los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella*”. Y tampoco la imputación varía el criterio del art. 643, § 1.^o, de que: “*No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de acreedores.*”

(39) Observemos que en Italia no han faltado autores que han observado que, habiendo otorgado donaciones el causante, no es posible identificar la cuota hereditaria correspondiente al legitimario con aquella *pars hereditatis* que le correspondería de aplicarse solamente a la herencia la cuota aritmética determinante del montante de aquélla. Así, GIUSEPPE AZZARITI (*Il legitimario è herede y Sul legato a tacitazione di legittima*, núm. V, en *Scritto Giuridici*, Padova, 1963, pp. 212 y ss. y pp. 260 y ss.) resolvió que el legitimario que sucede *contra testamentum* no es heredero, porque: “*no le es atribuida una cuota de la universalidad*”, sino que su cuota se calcula “*agregando ficticiamente al activo líquido el valor de los bienes donados*”, por lo cual esa cuota “*no coincide con la cuota abstracta del ius defuncti*”. Y, según AUGUSTO PINO (*La tutela*

es satisfecha con bienes donados (art. 819, § 1.º), no es posible que sea conceptuada como *pars hereditatis*, y, sin embargo, conforme los textos legales citados, es apta para cubrir la legítima correspondiente al donatario imputante (40).

3. Queda fuera de la cuestión que aquí examinamos la posibilidad de que la legítima sea cubierta con una *pars hereditatis*, bien sea por haberla atribuido a este título el testador al legitimario o bien porque la reciba éste *ab intestato*, ya sea *praepter tabulas* o bien *contra tabulas* en caso de preterición o desheredación injusta (41).

Sin embargo, nos quedan por contemplar otros intentos hechos para conceptualizar la legítima como *pars hereditatis*.

En efecto, el último argumento que hemos aducido puede ser soslayado por los defensores de esa tesis, batiéndose en retirada (42),

del legitimario. Padova, 1954, *introduzione*, núm. 4, p. 15) para ser *quota hereditatis*, una participación ha de estar referida "a un patrimonio que sea *hereditas*, es decir, sólo integrado por los bienes relictos al *relictum* considerado como *universitas*". Por lo cual estima que: "El patrimonio respecto al cual se calcula la porción de bienes reservada no es la *hereditas* del *de cuius*, ya que es formado por la reunión *ficticia* de la *hereditas* y lo *donatum*, y no adquiere la naturaleza jurídica de una *hereditas* por el solo hecho que, entre los bienes, haya algunos que, *bajo otro perfil*, constituyan una *hereditas*".

(40) Cuestión diversa es la dimanante de no ser mencionado el legitimario donatario en el testamento del causante. Que su solución sea estimar que se ha incurrido en preterición, conforme declaró la S. de 17 de junio de 1908 (cfr. nuestros *Apuntes...*, III, § 1.º, ed. cit., pp. 307 y ss. y *A. D. C.* VII-III, pp. 660 y ss.), no empieza el criterio que hemos expuesto en el texto para los casos en que no haya preterición del legitimario mencionado en el testamento, a quien podrá cubrirse totalmente su derecho con su imputación de las donaciones que haya recibido del causante, aunque nada reciba de lo relicito.

(41) Cfr. *Apuntes*, I, § 5, pp. 61 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 477 y ss.

(42) El único intento serio de oponerse al dicho argumento, sin batirse en retirada, fue el realizado en Italia por FRANCESCO FERRARA (*La figura del legitimario*, núm. 6, en *Jurisprudencia Italiana*, 1923, reproducido en sus *Scritti Giuridici*, vol. III, Milano, 1954, pp. 38 y ss.), quien afirmó que en caso de invadir el *de cuius* la cuota indisponible con liberalidades entre vivos, como "tales liberalidades son reducidas hasta su concurrencia con la legítima", resulta que los legitimarios con la acción real de reducción pueden hacer reintegrar en la masa los bienes donados, accionando incluso contra terceros poseedores, lo que demuestra que la porción legítima es sustraída a todo poder de disposición a título gratuito del causante, sea por acto *inter vivos* o *mortis causa*, y es dferida *ex lege* a cierta categoría de herederos legítimos". Y que (núm. 9, *Scritti...*, III, p. 51) las donaciones hechas a los legitimarios pura y simplemente "no son sino *anticipos de herencia*", y, por tanto asignaciones hechas en vida a la cuota legítima que será debida a la muerte"; y que (núm. 11, nota 21, *Scritti...*, III, p. 55) "las donaciones del *de cuius* se entienden hechas bajo la condición resolutoria de no violar la legítima, y por eso tal lesión produce la resolución de las donaciones *ex tunc*, es decir, desde el momento de la apertura de la sucesión y la acción de reducción tiende *de facto* a hacer declarar efectuada esta resolución y, por esto, a hacer declarar que los bienes donados *corresponden a la cuota legítima*".

Pero ni esta resolución *ipso iure* ni el carácter hereditario de lo donado como anticipo de legítima, están confirmados por el Derecho positivo italiano (cfr. *Cicu, Successione legittima e...*, cit., Parte II, cap. II, núm. 2, pág. 172). Ni por el español, en cuanto que tal resolución *ipso iure* automática no tiene lugar

alegando la distinción entre *cuota de reserva* y *cuota de legítima* —como hizo Circu (43) en Italia y trató de introducir G. G. Valdecasas (44) en España—, o bien afirmando que la legítima es *pars hereditatis* en todo cuanto no quede cubierta con donaciones (45), y que, por lo tanto, es una *quota hereditatis* variable del caudal relichto, cuantitativamente igual a la diferencia que reste por cubrir: tomando como minuendo el cociente que resulte al dividir la suma de *relictum* más *donatum* por el módulo debido, y como sustraendo el montante de las donaciones imputables a la legítima del heredero forzoso de que se trate (46).

Pero la tesis de la distinción entre *cuota de reserva*, como *pars hereditatis*, y *cuota de legítima*, como *pars bonorum* o *pars valoris* —que no ha podido prevalecer en Italia (47)—, tampoco en España

(art. 655 C. c.), ni lo donado como anticipo de legítima puede considerarse como porción de herencia (arts. 654 y 655 C. c.), como mostramos en nuestros *Apuntes*, III, § 13, C, pp. 551 y ss., y *A. D. C.*, VIII-II, pp. 387 y ss.

(43) Fue por este motivo, entre otros, que tratando de armonizar el concepto de la legítima como *quota hereditatis* con el modo de calcularla conforme al art. 822 del Código de 1865 y al art. 556 del vigente *Codice*, quiso Circu (cfr. *Cuota di riserva e quota di legítima*, en *Revista del Notariato*, 1947, año I, pp. 21 y ss.) justificar su distinción entre *cuota de reserva* y *cuota de legítima*. Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, núm. 3 y 8, y *A. D. C.*, XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 9 y ss. y 22 y ss.

(44) GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS ha distinguido “entre legítima como parte de la herencia reservada por la ley al heredero forzoso, y la legítima como cuota de valor que el mismo tiene derecho a percibir”, referida aquélla a lo relichto y la segunda a la suma de lo relichto líquido más lo donado. Con lo cual, cree que “tal vez sea posible restablecer la armonía con la doctrina y la jurisprudencia que tradicionalmente vienen considerando al legitimario como heredero y a la legítima como una cuota o parte de la herencia” (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, loc. cit., pp. 957 y ss.).

(45) Así es en el *Code de Napoleón* en el cual los reservatarios son herederos y tanto la reserva como la cuota disponible se calculan —conforme al art. 922— agregando ficticiamente todos los bienes donados en vida por el difunto (cfr. PLANOL, RIPERT, TRASBOT, Lousouarn, *Donations et testaments*, tomo V del *Traité Pratique de Droit Civil Français*, de PLANOL y RIPERT, 2.^a ed., París, 1957, núm. 53, p. 70).

(46) Así, con referencia al derecho italiano, ha entendido PINO (op. cit., núms. 43 y 44, pp. 127 y ss.) que la *quota hereditatis* del legitimario se caracteriza por su elasticidad, pues es calculada indirectamente, “es decir, en relación a cuanto aún reste o a cuanto sea necesario para que obtenga en concreto la legítima correspondiente”. Así... “la *quota hereditatis*, reservada al legitimario, puede ser más restringida o más amplia que la porción reservada por los arts. 537 y ss.”. Más restringida si el legitimario hubiese recibido donaciones imputables a su legítima conforme al artículo 564. Más amplia, en el sentido de que pueda abarcar mayor porción de herencia, e incluso la totalidad, para cubrir la cuota de los artículos 537 y siguientes calculadas conforme al artículo 556, si con lo *donatum* se amplía la masa de cálculo de la reserva”.

(47) Cfr., en favor los trabajos de Circu, *Successione legittima e dei legittimi*, 2.^a ed., Milán, 1943, II Parte, cap. I, n. 1, pp. 147 y ss. y nn. 7 y ss.; pp. 161 y ss.; cap. III, n. 1, pp. 175 y ss.; cap. V, n. 2, p. 221 y cap. VI, n. 3, pp. 234 y ss.; cap. VI, pp. 263 y ss.; *Quota di reserva e quota di legittima*, en *Rivista del Notariato*, 1947, año I, pp. 21 y ss.; *Successione necessaria*, en *Rivista trimestrale de Diritto e Procedure Civile*, 1947, pp. 131 y ss.; *La divisione eredi-*

puede soportar con éxito su examen a través de un cotejo de los preceptos del Código con sus antecedentes históricos y prelegislativos (48), ni el texto del propio Código ofrece base alguna para entender que la palabra legítima tenga un significado en los artículos 806 y ss. y otro distinto en los 818 y ss. (49).

Y la tesis de que la legítima es *pars hereditatis* en todo cuanto *inter vivos* no le haya sido anticipado al legitimario, llevaría a considerar: que los legados *pro legitima* son simples órdenes de imputación o asignaciones particionales dispuestas por el testador; que el mero reconocimiento o disposición con palabras comunes de la legítima por el testador implicaría el reconocimiento al legitimario de la cualidad de heredero, y que el derecho al suplemento se referiría siempre a una *pars hereditatis*. De estas consecuencias ya hemos visto antes contradichas la primera y la tercera, y de la segunda debe examinarse en el ámbito valorativo e interpretativo de la expresión de la voluntad del testador, que con palabras comunes reconoce, salva o deja la legítima, como hicimos en otra ocasión (50) concluyendo en contra de que ineludiblemente, ni aun normalmente, implicara este reconocimiento.

Más atenuadamente ha considerado algún autor (51) que la legítima de los descendientes y ascendientes sólo subsidiariamente es *pars hereditatis*; esto es, cuando el causante no la haya otorgado a

taria, Milán, 1948, cap. II, § IV, n. 7, pp. 77 y ss., y *Successione per causa di morte. Parte Generale. Divisione ereditaria*, cap. IX, n. 117, nota 2, pp. 343 y ss. LUIGI MENGONI, *La divisione ereditaria* (Milano, 1948), núm. 88, p. 213 y ss. y *La posizione giuridica del legittimario preterito*, en *Studi in onore di Antonio Cicu* (Milano, 1951), vol. I, pp. 409 y ss. En contra, FRANCESCO SANTORO PASARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, nota 36 (en *Rivista di Diritto Civile*, 1942, pp. 193 y s., reproducido en sus *Saggi di Diritto Civile* Napoli, 161, vol. II, pp. 593 y s.); GIUSEPPE AZZARITI, *In tema de diritti reservati ai legittimari* (en *Riv. Dir. Privati*, 1944, reproducido en sus *Scritti Giuridici*, Padova, 1963, pp. 268 y ss.); FRANCESCO MESSINEO, *Manuale de Diritto Civile e Commerciale*, III-II, § 190, 1, a) y 3 h) (cfr. 8.^a ed., Milano, 1952, pp. 201 y 206); PINO, op. cit., especialmente núm. 13 (pp. 48 y ss.); y nuestras citadas *Notas críticas...*, I, y especialmente, núms. 9 y 14, loc. cit., pp. 24 y ss. y 49 y ss.).

(48) Cfr. nuestras *Notas críticas...*, núms. 16, 17, 18, 19 y 20, pp. 58 y ss. y núm. 22, pp. 89 y ss.

(49) Cfr. *Notas...*, cits., núm. 25, p. 97 y supra, núm. 64.

(50) Cfr. *Apuntes...*, I, § 10, pp. 87 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 503 y ss.

(51) Pueden catalogarse entre los defensores de esta posición a FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO (*Naturaleza jurídica de la legítima*. Conferencia en el curso de 1945 del Colegio Notarial de Barcelona. *Estudios de Derecho Sucesorio*, página 198), según el cual se confiere legalmente al testador una facultad modeladora que alcanza no sólo al contenido atribuido sino incluso al mismo título de la atribución, en virtud de la cual la designación testamentaria del legitimario como legatario se sobrepone a la legal a título de herencia, que sólo se mantiene actuante en la parte valorativamente no cubierta por la designación testamentaria. También es intermedia la posición del maestro JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil español común y foral*, 1-2.^o, 4.^a ed., Madrid, 1939, tomo LX, p. 270) que acepta el criterio de que Código civil español considera a los legitimarios como herederos pero con la matización de que ese criterio "no es absoluto conforme a los arts. 836, 840, § 2.^o, 815, 1.062, 1.056, § 2.^o".

título de donación o de legado. Pero, aparte de que, conforme esta tesis, la legítima como *porción debida* no es forzosamente *pars hereditatis*, tampoco resulta aceptable, como acabamos de recordar, que lo sea en los supuestos de reconocimiento o de simple atribución de la legítima con palabras comunes, ni —como ya hemos anticipado (52)— lo es su suplemento incluso en los casos normales en los que éste debe satisfacerse con bienes hereditarios.

II. "PARS BONORUM", CONTENIDO NORMAL DE LA LEGÍTIMA

4. Como en todos los demás casos, conviene que, para orientar la interpretación del Código civil, examinemos sus precedentes históricos en el Derecho castellano y que, para valorar éstos, los situemos en relación al Derecho común y observemos si las disposiciones del Derecho real surgieron como excepciones o como confirmaciones de la doctrina dominante entre los autores que comentaban el *ius civilis*.

Hemos visto antes que la legítima post-justinianea, aunque debía ser deferida a título de herencia, no fue *pars hereditatis*, sino *pars bonorum*. Ahora debemos precisar este concepto.

Aunque en algunos textos del *Codex*, al hablar de la legítima leamos: "et aliquam eis quantitatem" (53), "nisi certa quantitatis patri eius minor parte legitima ei relictam sic" (54), "vel aliam rem, vel pecunias restituit" (55), no pudo a partir de Justiniano ser considerada como *pars valoris*. Así lo prueban: la Novela 18, o sea, la constitución de Justiniano *De triente et semisse*, cap. I, que explícitamente expresa "sed etiam tertiam propiae substantiae partem"; la *Authentica Novissima*, que al sintetizarla emplea la expresión "ex substantia", y, en especial, la ley *Scimus*, versículo *repletionem* (Cod. III-XXVIII, 36, pr., *in fine*), al ordenar que el suplemento "autem in rebus substantiae patris fieri".

Esa calificación de *substantiae partem* significaba que la legítima debía ser satisfecha *in rebus substantiae patris*, es decir, en bienes hereditarios. Pero no requería que el legitimario pudiera exigir que se le entregara una cuota de todos y cada uno de los bienes. El *Codex*, título "Quando et quibus quarta pars debetur..." (X-XXXIV), en su ley 2 (*Meminimus*) previno contra quien "uniuscuique rei sibi particulam vindicando, adeo totas dilacerant facultates, ut, dum participibus relictarum opum nocere cupiunt, sua quoque iura praeccipitent".

De ahí que dimanaba que no pudiera exigirse la legítima en una cuota o en una porción de todos y cada uno de los bienes, es decir, *minutatim in singulis rebus*, como dictaminaron concordes Baldo (56) y Bartolo (57).

(52) Cfr. *supra*, notas 13 y 34.

(53) Cod. III-XXVIII, 30 (1. *Omnimodo*).

(54) Cod. h. t. 34 (1. *Si quis filium*).

(55) Cod. h. t. 36 (1. *Scimus*).

(56) BALDO DE UBALDIS, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis Libris*, lib. III, tit. XXVIII, *De inoss. testam.*, 1. *Scimus*, núm. 10 (cfr.

El testador podía asignarla *in re certa*, como antes vimos, y podía indirectamente excluir que se tomara de las cosas que legase a otro. Lo que no podía imponer es que se satisficase en una *res deteriori* ni *sumptuosa*, improductiva o inasequible por su situación o circunstancias (58).

De no haber asignado el testador una cosa concreta en pago de la legítima ni haber excluido, mediante legados, que otras cosas pudieran satisfacer tal fin, y de no haber acuerdo entre el heredero universal y el legitimario, en cuanto a la determinación de los bienes con que satisfacer la legítima, debía acudirse al arbitrio judicial y, entonces, “*iudex potest una re vel duabus eam asignare*” (59). Cuestión discutida fue si el dinero que existiese en la herencia podía ser empleado para satisfacer la legítima o, por el contrario, el legitimario podía rechazarlo como *res deteriori*. Este segundo criterio fue defendido por Peregrino (60), para quien el dinero, los muebles y las mercancías eran catalogadas *in rebus deterioribus*. En cambio, según Merlino (61), la opinión más común y más verdadera (*magis communis, et verior*) fue favorable a la posibilidad de satisfacer la legítima en dinero de la herencia si, además de la circunstancia de haberlo, concurría la voluntad en este sentido del testador. Como *ratio* señaló: “*quia pecunia hereditaria, dicitur substantiae hereditatis*” (62).

ed. Lugduni 1585, fol. 226), concluye: “*hacc tamen legitima debet asignari non minutatum in diversis rebus, sed in mediocri arbitrio boni viri*”.

(57) BARTOLO A SAXOFERRATO, *Commentaria in primam Infortiati Partem*, tit. *Dc heredib. institu.*, 1. *Suis quoque* (Dig. XXVIII-IV, 4), núm. 10 (cfr. ed. Augustae Taurinorum 1589, fol. 141).

(58) RODRIGO SUÁREZ, *Repetitio Legis Quoniam in Prioribus*, Ampliatio XI, núm. 5 (cfr. *Opera Omnia*, ed. Duaci 1614, p. 443), cita la opinión de ANGELO, en su comentario a la ley *Si pater* del tit. *De institut. vel substit. sub condicione facta* del Codex VI-XXV, 4, de que en pago de la legítima no puede asignarse *res in fraudem*, como en caso de ser una *res sumptuosa* o de disponerse “*in bonis, quae sunt in loco periculoso, puta circa vicinos rixosos, atque potentes constituta, vel de alia causa iudicari possunt bona deteriora*”.

FABRO (Antoine Fabre), *Codex Fabrianus*, lib. III, tit. XIX, Definitio, III (cfr. ed. Napoli, 1765, tomo 1, p. 180) resume “*ut neque ex portionibus bonis legitima solvatur, neque ex deterioribus, sed ex mediocribus*”.

(59) PAULO DE CASTRO, *Comment. in Codicem Iust.* (Pars prima, tit. *Dc inoffi. testament.*, 1. *Scimus*, § *Repletionem*, núm. 10 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 151).

(60) MARCO ANTONIO PEREGRINO, *De fideicommissis praesertim universalibus*, art. XXXVI, núm. 72; cfr. ed. Novissima, Lugduni 1670, p. 513. No obstante, admite (núm. 75, p. 514) un supuesto en el cual, en su opinión, el hijo instituido heredero y gravado con fideicomiso universal —exceptuada la legítima—, en caso de aceptar la herencia, debería contentarse con percibir su legítima en dinero, muebles y mercancías de la herencia si el padre así se lo ordenó.

(61) MERCURIAL MERLINO, *De legitima tractatus absolutissimus*, lib. V, tit. III, Quaest. XI, núm. 21; cfr. ed. Genevae, 1652, p. 518, que cita a BALDO *Consc.* 23, lib. IV; RIPA 1. *quarta*, núm. 122; MENOCHIO, *Tract. de art. Iud. cassus* 163, núm. 29; PETRA, *De fideicom.*, Quaest. XV, núm. 148, BERTOZZOLUS, *Cons.* 108, núm. 4; HONDEDEUS, *Cons.* 157, núms. 20 y 23, L. II, etc. y la Decisión 753 de la Rota.

(62) Este criterio fue aceptado por FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De*

5. Esa versión de la legítima, como *pars bonorum* pero no exigible *minutatim ex singulis rebus propter incomodam separationem*, la vemos recogida por los autores castellanos al comentar el Derecho común.

1) El padre podía asignar la legítima *in re certa* (63) con tal de que ésta *non sit admodum deterior ceteris rebus hereditariis et ex hoc fiat fraus legitimae portione* (64), recordándose que “pater familias poteat facere divisionem dividendoque, illam dirimerem communionem quam filius habeat cum ceteris coheredibus” (65).

2) El hijo no podía reclamarla en la cosa que el testador legó a otro (*quam patre proprio testamento legaverit*) (66), a no ser que

Successioni progressu, lib., I, IV, núms. 12 y 14 (cfr. ed. Venetiis 1573, p. 85), que precisamente distingue *substantia* y *corporibus* hereditarios.

(63) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, Gl. 31 al título VIII de la Sexta Partida, a las palabras “en su testamento como a heredero de la ley 5 de dicho título” (cfr. ed. en castellano comentada por SANPONTYS y BARBA, MARTÍ DE AIXALÍ y FERRER y SUBIRANA, vol. III, Barcelona, 1843, p. 667); RODRIGO SUÁREZ, op. y ampliat. núm. 5 (p. 442); COVARRUVIAS, *In titulum de Testamentis interpretatio*, cap. *Raytutius* 16, § 1, núm. 6, y núm. 9 (cfr. *Opera Omnia*, ed. Lugduni 1584, p. 71); MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionis Legem Hispaniae*, lib. V, tít. IV, ley 1, gl. 10, núm. 57 (cfr. ed. Mantuae Carpetane 1580, fol. 81); FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione creatione progresu efectuque, et resolutione tractatus*, Prima partis, lib. III, XX, núm. 245 (cfr. ed. Salamanca, 1599, vol. II, fol. 250 y ss.); LUIS DE MOLINA, S. I., *De Iustitia et Iure*, tract. II, disput. CLXXV, núm. 28 (cfr. ed. novissima Coloniae Allobrogum, 1733, vol. I, p. 403); DIÉGO AYLLÓN LAÍNEZ, *Illustrationes sive Additiones eruditissimae ad Variae Resolutiones Antonii Gomezii*, ad. lib. I, cap. II, núm. 24 (cfr. ed. Venetiis, 1747, p. 15); DIEGO SPINO, *Speculum testatorum*, gl. 17, *principalis* 34, 35 y 36 (cfr. ed. Francofurti ad Moenum, 1600, pp. 721 y ss.).

(64) Didacus COVARRUBIAS a LEIVA, op. cit., Cap. *Raynaldus* 18, § *Secundus*, núm. 5, ed. y vol. II, pp. 102 y ss. En igual sentido RODRIGO SUÁREZ, loc. cit. *supra*, nota 99.

(65) VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione progressu*, lib. I, IV, núm. 10, pág. 84.

(66) RODRIGO SUÁREZ, op. y ampl. cit., núm. 15 (p. 445); FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, “Subtilissima nec non valde utilis glossa ad famosissimas, subtileas, necesarias ac quotidianas leges Tauri” L. XVIII [XX], núm. 16 (cfr. ed. Complutenses 1542, fol. CXXXIII), afirmó “Filius non potest eligere legitimam suam in rebus alteri in testamenti patres legatis, quia pater potest legare cui vult dummodo filio remaneat sua legitima”. En igual sentido, cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione progressu*, lib. I, § IV, núm. 10 vers. *Denique*, pp. 84 y ss.; COVARRUVIAS, loc. últ. cit. (p. 102); TELLO FERNÁNDEZ, *Constitutionum Taurinas utilis interpretatio*, lex. XIX, núm. 1, cfr. ed. Granada, 1566, p. 163; ANDREA ANGULO, *Commentaria ad leges regias meliorationum*, lex 3, gl. 1, núm. 3, fo. 82 vto. *in fine* y 83; JUAN MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionem legum Hispaniae*, lib. V, tít. VI, lex. III, núm. 2, cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 146 vto.; JUAN DEL CASTILLO-SOTOMAYOR, *Tractatus posthumus de alimentis*, cap. LXVI, núms. 20 y 21, cfr. en *Quotidianarum Controversiarum Iuris*, tomus VIII, cfr. *Novae Editio Genevae 1...*, p. 668; JACOBO VALDÉS, *Additio a la Ampliatio XI de RODRIGO SUÁREZ*, C, p. 448.

Es conforme a este criterio la opinión de que la acción de suplemento sólo puede dirigirse contra los legatarios cuando no pudiera cubrirse con los bienes dejados a los herederos. Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. 33 al tit. VIII de la Sexta Partida, a las palabras “que son escritos por herederos” (op., ed. y vol. cits.,

esa cosa legada fuese *multo melior ceteris rebus hereditariis*, de modo que el hijo *ex hoc fraudem patiatur in legitima portione* (67).

3) Que ni el heredero ni el legitimario podían separadamente elegir la cosa que quisiesen para pagar la legítima, sino que, a falta de común acuerdo, el juez debía determinar *ut arbitrio boni viri*, una o varias cosas para satisfacerla con ellas (68), si bien algún autor exigió para esto que los cuerpos hereditarios no fueran susceptibles de “*commodam divisionem*” (69).

Para referir esta cuestión a la legítima castellana, así como para comprender ciertas tensiones que se observan en ella, es preciso no olvidar su proceso de germanización operado en la Alta Edad Media y el subsiguiente proceso de recepción romano-canónica que las Siete Partidas y los autores castellanos verifican (70). Es cierto que el Derecho realmente vivido en la Alta Edad Media, que nos reflejan los diplomas, trasluce, según mostró Ficker (71), y entre nosotros Hinojosa (72) y mi maestro G. Valdeavellano (73), un Derecho germánico mucho más puro que el reflejado en los preceptos legales visigodos:

p. 568) de la ley 5, en la cual después de observar que la citada ley, como la Novela 115, cap. 5, vers. *Ceterum*, sólo habla de herederos y no de legatarios, y de examinar las opiniones de BARTOLO y SALYCETO, concluye que si la porción que debiese quedar al heredero después de satisfechos los legados y la legítima, equivaliese a la cuarta parte del total de la herencia, no sufrirán dichos legados disminución alguna. En igual sentido, al comentar esa afirmación de este autor y la opinión de ANTONIO GÓMEZ (*Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii*, lib. II, cap. XI, núm. 23, cfr. ed. Novae Lugduni 1701, p. 146) de que *actio ad complementum legitimae competit adversus heredes et legatarios ut pro rata contribuat*, explica LUIS DE MOLINA, S. I. (op. cit., tract. II, disput. CLXXVII, núm. 5, ed. y vol. cits., p. 403) que “legatarios solum teneri contribuere ad complementum, quando aliquoquin heredibus non remanerent integrae legitimae portiones”; y JUAN AYLLÓN LAINEZ, en sus citadas adiciones a las Varias resoluciones de A. GÓMEZ, cap. XI, núm. 23, vers. final, p. 70, precisa: “Quatenus autem nostrum Gomezium in praesenti asserit, hoc ius ad supplementum etiam contra legatarios competere, intelligendus est, quando heres ex hereditate supplere non potest”. En igual sentido, cfr. CASTILLO SOTOMAYOR, op. y cap. últ. cit., p. 20, y JACOBO VALDÉS, loc. últ. cit., letra E.

(67) RODRIGO SUÁREZ y COVARRUVIAS, locs. últ. cits., MATIENZO, loc. cit., GÓMEZ-ARIAS, loc. cit., lo expresó así: “*Limita signanter nisi pater omnes meliores legasset et deteriores remansisset.*”

(68) Cfr. COVARRUVIAS, loc. últ. cit., RODRIGO SUÁREZ, Ampl. cit., núms. 7 y 8, p. 443, y CASTILLO SOTOMAYOR, loc. últ. cit. GÓMEZ-ARIAS, op. cit. y fol. cit., núm. 15, había enunciado: “*Filiis pro sua legitima non potest eligere rem melioram, sed mediocrem arbitrio iudice.*”

(69) Así, VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione progressu*, lib. I, § IV, núms. 36 y 37, p. 87.

(70) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, § 2.º, pp. 13 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 429 y ss.

(71) FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islán*dic, vers. en castellano de su monografía publicada en 1897, Barcelona, 1928.

(72) EDUARDO DE HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, p. 18.

(73) LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, IX, año 1932, pp. 129 y ss.

desaparición de la mejora, estricto carácter de *quota pro anima* del quinto y existencia del *Wartrecht*, que Marín Monroy (74) ha subrayado al examinar el Fuero de Cuenca. En éste, aparte de lo mandado por su alma, todo lo demás donado debía traerse materialmente a colación, para que los hijos “*todos igualmente recivran tan bien parte en mueble como en rrayz*” (75). La partición debía hacerse así: “*quando el padre o la madre vivo muriere, pagadas las deudas et las elamosinas et los pannos, como es dicho, los hijos si quier los herederos departan toda la sustancia tan bien en mueble como en rrayz*” (76). Requisito reforzado formalmente con la exigencia que, al partirse, “*todos los herederos sean presente et otorgantes*” (77).

Esto explica que se formara una mentalidad contraria, aun después de la resurrección de la mejora y de la recepción del Derecho romano, a la posibilidad de que el padre señalara legítima, mejora y parte libre en bienes determinados. Prueba esa resistencia, la necesidad de reiterada aclaración con respecto a la mejora en las leyes del Stilo y de Toro y el criterio restrictivo con que algunos autores quisieron interpretar sus normas.

El Derecho Real castellano, sin embargo, en las leyes 213 del Stilo y 19 de Toro hizo aplicación a la mejora del mismo criterio predominante entre los autores del Derecho común.

La ley 213 del Stilo dijo así: “*El padre puede mandar a uno de sus hijos de mejoría el tercio de quanto ha segun el fuero de las leyes y algunos disen, que este tercio que deue ser tomado de todos los bienes, más no en una cosa apartadamente, y esto no es así; ca bien puede darle este tercio de mejoría en una cosa apartadamente de las suyas, mayormente si son casas o torres o otra cosa que no se puede partir sin menoscabo de la cosa*”.

En este sentido la interpretó Cristóbal de Paz (78), quien advirtió que esa ley estatuyó lo contrario de lo que opinaban quienes entendían que la legítima se debía *in singulis corporibus*, y negó que la *ratio* del precepto fuera que la mejora no fuese legítima, sino tan sólo respecto a los extraños, razonándolo así: “*nam si legitima debetur in omne corpore praedicta asignatio certae partis, vel rei meliorationis causa fueri nequi illa re, vera tamen erit decidendi ratio si animadvertamus longe receptius fuisse legitima in singulis corporibus non deberi, sed solum in parte hereditatis*”.

La posibilidad de que el testador aplicase al tercio “*una de re bonis suis*” fue reconocida por Díaz de Montalvo (79), que adujo la citada

(74) ANTONIO MARÍN MONROY, *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración* en *Anales de la Academia Matritense del Notario*, tomo IV, pp. 167 y ss.

(75) *Fuero de Cuenca*, Rubr. 165-230.

(76) *Ibid.* Rs. 151-214 y 150-213.

(77) *Ibid.* R. 148-211.

(78) CRISTÓBAL DE PAZ, *Scholia ad leges regias Styli*, lex. CCXIII, números 3 y 4; cfr. ed. Madriti 1608, pág. 626.

(79) ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, *El Fuero Real de España... glosado*,

ley de Stilo. Sin embargo, en la ley 19 de Toro se estimó conveniente recordarlo (80).

“El padre e la madre e abuelos en vida, o al tiempo de su muerte pueden señalar en cierta cosa, o parte de su hacienda el tercio e quinto de mejoría en lo que aya el hijo, o hijos, o nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exeda de dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte; pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio e quinto como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra persona alguna.”

Palacios Ruvios (81), que intervino en la redacción de esta Ley, explica que, a pesar de lo dicho por la Ley 213 del Stilo y de la citada opinión de Montalvo al comentar la Ley 9, título V, libro III del Fuero Real, fue preciso reiterar, “ad tollendans ambiguitates, quod super hoc assiduē versabantur in uidicis, nam diverse et contrarie super hoc pluries fuit iudicatum, quoniam cum filius dicitur habere legitimam in quacumque parte hereditatis, cit. 1. 2 C. quando et quibus quarta pars heredi debe, lib. 10, videbatur quod non poterat assignari legitimam nec melioratio in una sola re, cum contrarium hec lex disponit, quae ita servatur ad literam”. Como vemos, Palacios Ruvios asimiló el texto de las Leyes 213 del Stilo y 19 de Toro a la correcta interpretación de la Ley 2 del título que cita del libro X del *Codex* (82).

Es cierto que Antonio Gómez volvió a incidir en una interpretación semejante a la que habían ya rechazado, tanto Cristóbal de Paz al comentar la Ley 213 del Stilo, como implícitamente Palacios Ruvios en la glosa citada a la 19 de Toro. Según Gómez (83), el criterio predominante entre el común de los autores —antes vimos que no fue así— era que “legitima debetur filio in qualibet re hereditaria”: “ergo cum tertio bonorum respecto filiorum sit legitima, et extra-neo relinqui non possit, videbatur quod non possit assignari in re certa: sed contrarium disponit nostra lex quia cum non sit legitima praecisa et necesaria, sed voluntaria in electione patris, merito lex nostra determinat quod possit assignari in re certa: et ita est ratio decisiva huius legis”.

Ese diverso enfoque llevaba a soluciones distintas para los casos no comprendidos literalmente en la Ley. Así se patentiza en la solución del problema de la atribución en cosa cierta del quinto a un extraño, o del tercio por quien no tuviera descendientes, pero sí

gl. a las palabras “en la tercia” de la ley 9, tit. V, lib. III, cfr. ed. Salamanca, 1569, fol. 127 vto., letra a.

(80) Notemos que una de las glosas más antiguas de las leyes de Toro, hecha por DIEGO CASTILLO (*Utilis et aurea glossa super legibus Tauri*, 1. XIX, cfr. ed. Methynaeae Campi 1553, fol. 102 vto.) señala sus concordancias con la ley 213 del Stilo y con la glosa de DÍAZ DE MONTALVO a la Ley 9 del Fuero Real.

(81) JOAN LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS, *Glossemata legum Tauri*, lex. XIX, núm. IV (cfr. ed. Salamanca 1542, fo. LV vto.).

(82) La ley citada por PALACIOS RUVIOS, es la antes referida lex *Memini-nus*. *Cod. X-XXXIV [XXXV]*, 2, pr.

(83) ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super Legibus Tauri*, lex. XIX, núm. 1 (cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 73).

ascendientes. La posibilidad, en la hipótesis expuesta, de atribuir a uno sólo de los ascendientes el tercio en cosa cierta había sido aceptada por Miguel de Cifuentes (84), por mera analogía *legis*, sin elevarse al principio general del cual era aplicación la Ley 19. La *ratio*, se reducía para él a lo siguiente: “quod sicut ascendentes, possunt assignare meliorationem in certa re vel rebus respectum tertii et quinti: et ita eodem modo possunt descendentes respectu tertii”. Antonio Gómez (85), extendiendo la cuestión al supuesto de pretenderse asignar a un extraño el tercio en cosa cierta, rechazó la posibilidad, “quia ascendentes debent habere legitimam: et sic duas partes in omnibus rebus haereditariis ipsius defuncti”. Con lo cual hizo una evidente aplicación de su propia interpretación de que la Ley XIX consagraba una excepción a la regla general de que la legítima era debida en cada uno de los bienes hereditarios. En cambio, Angulo (86), partiendo, por el contrario, de que esta Ley no era sino una específica aclaración de la regla general de que el testador podía asignar directa o indirectamente la legítima en bienes determinados, llega a la solución permisiva para el descendiente que muriere sin descendencia, pero con ascendientes, de asignar en bienes determinados un tercio a un extraño, pues aunque la legítima afecte *in singulis corporibus*, puede asignarse *in una vel duobus corporibus* e, incluso, si no fuese asignada, tampoco puede extraerse *ex rebus specialiter legatis*.

La interpretación de la *ratio* de la Ley 19 que prevaleció fue la expuesta por Palacios Ruvios, que antes hemos referido, y que siguieron Rodrigo Suárez (87), Covarruvias (88), Tello Fernández (89), Matienzo (90), Juan Gutiérrez (91), Andrea Angulo (92), Alfonso de Azevedo (93): La expresada Ley aplicaba el criterio correcto,

(84) MIGUEL DE CIFUENTES, *Glosa de Miguel de Cifuentes sobre las leyes de Toro*, lex XIX, núm. 2; cfr. ed. Medina del Campo 1555, fol. XXII vto.

(85) A. GÓMEZ, op. y lex. cits. núm. 4 (fol. 73 vto., ed. cit.).

(86) ANGULO, op. cit., lex 3, gl. 1, núms. 1, 2 y 3; cfr. ed. cit., fol. 82 vto. y 83; “Poterum enim tale tertium assignare in una re, non solum quando relinquunt uni ascendentium”...: “Sed enim quando tertio relinquitur extraneo, licet contrarium male teneat Gomez hic”.

(87) RODRIGO SUÁREZ, *Ampliat. § XI, addit. e*, (p. 441).

(88) COVARRUVIAS, *Cap. Raynaldus*, núm. 5, vers. *Hinc etiam*, p. 103.

(89) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., 1. XIX, núm. 1, fol. 163 vto.

(90) JUAN MATIENZO, op. y lex cit., núm. 2, fol. 147.

(91) JUAN GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum circa Leges Regias Hispaniae Primae Partis Novae Collectionis Regiae*, lib. II, Quaestio LV, núm. 1 (cfr. ed. Salmanticae 1589, p. 122).

(92) ANDREA ANGULO, op. cit., lex 3, gl. 3, n. 1 (ed. cit., fol. 84), dice claramente: “*Ratio dubitandi decidendi ad hanc 1. 3 quae sit. En cierta cosa. Ratio dubitandi secundum omnes hic erat, quia legitima debetur in singulis corporibus. Rationem decidendi non percepserunt hic Castillo et Gomez illa est quam dixi. Tum, quia legitima non debetur in singulis corporibus, sed potest in uno vel duobus assignari: Tum, quia etiam, si deberetur, legata specialia corporum derogant generi...*”

(93) ALFONSO DE AZEVEDO, *Commentarii in Iuris Civilis in Hispaniae Re-*

según la mayor parte de los autores, de interpretación del Derecho común en virtud del cual el padre podía señalar en una cosa hereditaria la legítima, con tal de que no lo hiciera en fraude del hijo.

El debate se centró en determinar en qué casos se daba ese fraude y si éste dependía de la cualidad de la cosa asignada. Es decir, en si, aparte del ejercicio de la *actio ad supplementum* por defecto *cuantitativo*, cabía al asignatario rechazar la cosa por defecto *cualitativo*.

Este último criterio fue sostenido por Rodrigo Suárez (94) y por Covarruvias (95), quien exigió: “modo res illa non sit ad modum deterior ceteris rebus hereditariis”.

La posición opuesta fue defendida por Tello Fernández (96), para quien, según la Ley 19 de Toro, “fraus debet esse in quantitate, non autem in qualitate”, pues con tal de que la cosa asignada al mejorado “non exedat tertium et quintum ceteri filii nullum remedium habent contra dictam assignationem”, ya que esa Ley sólo atiende al valor de la mejora y no presenta impedimento a que la asignación se haga “in meliori re substantiae”, ya que ésta es estimada conforme a todas sus cualidades, por lo que concluyó: “ergo qualitas rei non impedit assignationem, et hoc credo verum”. Este mismo criterio fue seguido por Juan Gutiérrez (97).

En la disputa terció Matienzo (98), quien señaló varios supuestos en los cuales la valoración intrínseca de unos bienes no respondía a su rentabilidad y la posibilidad de aprovecharlos. Ciento es que señaló un remedio al indicar que las torres, casas fuertes o castillos “non ex sumptibus et valores edificii, sed ex redditu a estimari solet”, pero, en el caso de mejora en el castillo, le pareció que: “Iniquum enim esset in nostra specie, filio meliorato castellum adiudicare a estimatum pro modo redditum et non pro valore aedificiorum”. A su juicio el criterio de Tello era correcto normalmente, pero debía seguirse el de Covarruvias “quando quidem ex qualitate et prestantia seu excellentia rei asignatae, poterit non modica deceptio, et fraus fieri ceteris filiis quod earum legitimam, licet quoad eius valorem, non exedat tertium”.

(94) *gias Constitutiones*, lib. V, tít. VI, ley III, Tauri 19, pr. (cfr. ed. Lugduni 1737, vol. III, pp. 161 y s.).

(95) RODRIGO SUÁREZ, *Ampliat. XI*, núm. 5, p. 442 (cfr. *supra*, nota 99).

(95) COVARRUVIAS, cap. *Raynaldus* 18, § II, núm. 5, pp. 102 *in fine* y s.

(96) TELLO FERNÁNDEZ, op. y lex cit., núm. 1, vers. *Hacc doctrina redditur mihi dubbia*, fol. 163 vto. y 164.

(97) JUAN GUTIÉRREZ, op. y lib. cit., *Quaest. LV*, núm. 1, p. 122.

(98) MATIENZO, op. y lex cit., núms. 2 y 6, fol. 147 vto. Los ejemplos puestos por este autor fueron éstos: Un testador que tenía dos molinos de aceite o dos ingenios de azúcar, asigna uno de ellos a un hijo con los siervos de ambos, y el otro, al otro hijo sin siervo alguno, con lo cual no podía funcionar pese a que su valoración cubría sin ellos la legítima. Otro testador deja al mejorado dinero de oro que cuadriplica su valor a poco de fallecer el testador como éste tenía previsto.

Azevedo (99) también puso ejemplos para aclarar la cuestión, planteando el caso de que la mejora se haga en una cosa muy fructifera, mientras los demás bienes fuesen de escasa rentabilidad, de modo tal que “filii alii mendicare cogentur, et melioratus cum remeliorata optima se alimentat”; por lo cual estimaba que, aun sin defecto de valor, la diferencia de calidad defraudaba a los demás hijos “debito bonorum subsidio”, por lo cual debían escoger entre “mendicare, vel vendere partes suas pro parvo fortassis pretio, quo in alimentis consumpto mendicare deinceps cogentur”. Otro ejemplo: “En los padres que tienen una renta de yerva que en propiedad es de mucho valor aunque la renta della sea poca, y tienen ansi mismo juros del rey, o de particulares”. Su problema era que éstos “in proprietatae minoris valoris sunt, et in fructu majoris valoris”.

Cierto que el planteamiento de la valoración es unilateral en estos autores, puesto que no toman en cuenta otra circunstancia que la de su productividad. El problema radica, pues, en el modo de valorar.

Ayerve de Ayora (100) señaló que sin lesionar la legítima de sus hijos podía el padre no sólo dejarles bienes en cuantía diversa, sino también de distinta especie y calidad. Así, tratando de la *divisio bonorum*, afirmó que, “si es entre hijos y descendientes, se ha de guardar la forma dada por el padre o madre, aunque no la mande hacer por yguales partes, y mande mas a unos que a otros, y mande que uno lleve las casas, y otro las viñas y otro los ganados, y vala lo uno mas que lo otro. se deue hacer como el testador lo mando como no agravia a ninguno de los hijos en su legítima, y le dexe lo que le pertenece de su legítima a cada uno, porque al que le manda mas es visto mejoralle en aquello, que lo puede hacer el padre o la madre no dexándole menos de lo que le pertenece al hijo de su legítima...”.

Como resumen, acerca de la naturaleza del contenido objetivo de la legítima en Derecho común y en Derecho real de Castilla, podemos recoger la conclusión de que la *pars bonorum* que la constituía recaía en principio *in singulis rebus hereditariis*, es decir en cada uno de los bienes de la herencia, pero no daba un derecho a reclamarla *minutatim* en cada uno de ellos, aunque todos estuviesen afectados a su satisfacción. El testador podía determinar que quedara satisfecha con una donación o una dote, o en cuál de los bienes debía reclamarse, sea mediante una *institutio in re certa* o por la *divisio inter liberos*, y podía también excluir que, salvo por necesidad de reducción, pudiese reclamarse en los bienes específicos que donare o legare a otras personas. Pero, aun en estos casos, el suplemento afectaba a todos los bienes, aunque la afección tuviera más inmediata operabilidad contra los bienes no especialmente legados. Ello daba lugar a que sólo la satisfacción del legitimario, o la decisión judicial, libe-

(99) AZEVEDO, op. y lex cit., núm. 1, p. 162.

(100) ANTONIO AYERVE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum*, pars I, cap. I, núm. 8, cfr. ed. Granada 1586, fol. 2 vto.

rasen totalmente los demás bienes de su afección *in re* a la plena y total satisfacción de la *pars bonorum* de los legitimarios, si bien éstos nada podrían reclamar si los bienes a ellos asignados les cubriesen totalmente su cuota, que es lo único que al respecto podían exigir.

La *afección* recaía *minutatim in singulis rebus*, pero el *pago* podía hacerse en una o varias cualesquieras de las cosas hereditarias que el testador hubiese asignado, o, en otro caso, en las que el juez determinare; y el legitimario no podía reclamar que se le satisficiera en todos y cada uno de los bienes de la herencia.

6. En el Código civil el artículo 806 parece recoger literalmente el contenido objetivo de la legítima como *pars bonorum*, al decir que la legítima “*es la porción de bienes...*”.

Julián Dávila (101) precisó con claridad que la legítima es para el legislador, “como *pars bonorum*”, “una parte de los bienes, dos terceras partes del haber hereditario (arts. 806 y 807)”. Por “regla general”: “Participa” el legitimario en todos los bienes “y no puede ser excluido arbitrariamente de alguno. En cantidad y calidad le corresponde como cualquier heredero. Ahora bien, el legitimario no forma parte de la comunidad hereditaria sino cuando está en una situación en período de liquidación de la sociedad”.

La posibilidad por parte del testador de satisfacerla en cualquier bien hereditario (*in qualibet re hereditaria*), o anticipadamente mediante donación otorgada por el causante al presunto legitimario, pese a la afección a su pago de cada uno de los bienes hereditarios (*in singulis rebus hereditariis*), y sin que le quepa al legitimario exigir que se le satisfaga en todos y cada uno de ellos (*minutatim in singulis rebus*), creemos que resulta evidente después de analizar los preceptos que regulan la imputación y la reducción de donaciones, legados y mejoras, la realización de la colación por imputación, y la partición efectuada por el testador.

Así lo entendieron claramente, entre otros autores, el citado Dávila (102), Porpetta (103), Puig Brutau (104), al explicar que el testador puede asignar esa *pars bonorum* en bienes concretos.

Estamos de acuerdo con el riguroso análisis hecho a este respecto por Manuel de la Cámara (105). En síntesis, estimamos que la libre

(101) JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios (Dónde hay herencia no hay legítima)*”, en *Rev. Crít. Der. Inn.*, XIX, octubre 1943, p. 666.

(102) DÁVILA GARCÍA, loc. y pág. cit., que precisa: “La regla general anterior [de comunidad en todos los bienes] tiene sus excepciones en los mismos textos positivos”, de los que cita los arts. 821, 829, 1.056 y 654 en relación con los 820 y 821 C. c.

(103) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, conferencias del cursillo del año 1945 del Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1946, pp. 174 y ss. y 183 y s.

(104) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, vol. V-III, cap. I, núm. 4, B, pp. 40 y s.

(105) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, Primera parte, II, 5; cfr. en estudios

determinabilidad por el testador de los bienes con que satisface la legítima se refleja en los siguientes preceptos del Código civil:

a) El artículo 815 concede al legitimario el derecho al complemento cuantitativo de su legítima y, en cambio, no hallamos precepto alguno que le otorgue derecho cualitativo alguno sobre determinados bienes, salvo contra la imposición de gravámenes (art. 813, § 2.º, y artículo 820, núm. 3.º).

b) El artículo 819, que regula la imputación de las donaciones y ordena, sin discriminación de su contenido objetivo, que éstas se imputen a la legítima o a la mejora, si fueron hechas a los hijos, o bien a la parte de libre disposición si se hubiesen otorgado a extraños.

c) El artículo 820, núm. 1.º, que ordena: "Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima..."

d) El artículo 821, que regula la reducción del legado de una finca que no admite cómoda división, en su § 1.º ordena que "quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor", sin perjuicio del abono en dinero del montante de la reducción; y previene, en su § 2.º, que: "El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca con tal de que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima".

e) El artículo 828, que mantiene la manda o legado hecho por el testador a uno de sus hijos o descendientes en cuanto quepa en el tercio libre, y si excede del mismo, en cuanto quepa en el de mejora.

f) El artículo 829, que, en su apartado 2.º, al regular la mejora en cosa determinada prevé que: "Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado deberá abonar éste la diferencia en metálico a los demás interesados".

g) El artículo 1.045 que, al regular la colación del valor y no de la cosa, dispone: "No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que...".

h) Los artículos 1.047 y 1.048, al regular la colación por toma de menos o por compensación a los coherederos: "El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad" (art. 1.047). "No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria" (art. 1.048, § 1.º). "Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección" (art. 1.048, § 2.º).

En resumen, puede inducirse, como observa Cámara (106), que aun cuando el testador “haya creado una desigualdad de tipo cualitativo, no por eso se invalida la disposición que la ha originado. Unicamente se procura reparar o atenuar la desigualdad en la partición, si ello es posible”.

i) El artículo 1.056 que, al regular la partición hecha por el testador, declara, en su § 1.º: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”.

Esta última salvedad se entiende por la casi totalidad de la doctrina (107) en el sentido cuantitativo y de no imposición de gravámenes, previsto en los artículos que regulan la legítima; 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 del artículo 1.062, § 2.º, que previene que siendo una cosa indivisible o desmereciendo mucho con su división, “bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”.

Sin embargo, la opinión contraria la ha sostenido Espinar Lafuente (108), para quien el artículo 1.061 no sufre excepción en el § 1.º del artículo 1.056, sino tan sólo en su § 2.º, pues a su juicio la expresión de aquél, “en cuanto no perjudique a la legítima”, ha de entenderse considerando que ésta “no sólo es un *quantum*, sino también un derecho *ad qualitatem* (intangibilidad cualitativa). “A su juicio el testador puede distribuir *ad libitum* en el tercio libre y en el de mejora, haciendo mejoras *cualitativas*, pero “manteniendo siempre la debida proporción entre el total de bienes de cada clase o especie dispuestos

(106) CÁMARA ALVAREZ, loc. cit., p. 778.

(107) Cfr. MANRESA, *Comentarios...*, op. cit., vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, I, 1.º, p. 639; SCAEVOLA, *Código civil...* cit., vol. XVIII, arts. 1.056 y 1.057, p. 281; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...* cits., vol. VI-III, cap. XXVIII, art. II, § 3, número 53, p. 1989; OYUELOS, *Digesto* cit., vol. IV, art. 1.056, § 3, p. 368; DE DIEGO, *Instituciones...* cit., vol. III, lec. 97, p. 426; VALVERDE VALVERDE, *Curso...* cit., vol. V, cap. XXV, § 2.º, p. 566; GREGORIO ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945, III parte, sec. I, § 4 pp. 144 y s.; ROCA SASTRE, *Notas al Kipp* cit., vol. II, § 86, IV, 1, p. 34; MARIO ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, Madrid, 1951, núm. 378, D. 6.º, p. 477; MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador*, en *Rev. Der. Priv.* XXXVIII, 1954, p. 517; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, en *Rev. Dr. Notarial*, XXVII, enero-marzo 1960, pp. 186 in fine y s.; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., § 64, pp. 388, p. 491; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...* cit., V-III, cap. V, 8-II, A, p. 610; CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 780 y s.; ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 168 y s.; PUIG PEÑA, *Tratado...* cit., vol. V, cap. XXVIII, B. p. 216; BONET RAMÓN, *Compendio...* cit., vol. V, § CXXXIII, núm. 160, p. 833.

(108) FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, cit., núm. 163, núm. 6.º, p. 360 y notas 119 y 120 de dicha página.

en conjunto a favor de cada grupo de herederos (forzosos o electivos)" y "en el límite de legítima mínima, rige la regla del artículo 1.061, sin que deba aplicarse el 1.056, § 1.º".

Pero no creemos que esta afirmación tenga hoy otra base que el preconcepto montado por el propio autor. Lo cierto es que el Tribunal Supremo ha declarado la no sujeción del testador a los criterios de los artículos 1.061 y 1.062, en SS. de 6 marzo 1945 y 28 junio 1961, si bien hay que reconocer que esa cuestión no se hallaba entre los motivos de casación en ninguno de los dos recursos.

La S. 6 marzo 1945, en su 2.º considerando, afirmó: "Quinto: Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (...), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no sólo 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...)".

Y la de 28 junio 1961, en su tercer considerando, ha recogido literalmente lo que entre paréntesis declaró el antes referido considerando de la S. 6 marzo 1945 y acabamos de transcribir.

7. Para matizar el derecho genérico de los legitimarios a una *pars bonorum* y la afección a su pago de todos y cada uno de los bienes de la herencia, en tanto no quede satisfecho en uno o varios bienes determinados o, incluso, en metálico cuando sea factible, conviene que precisemos los derechos que asisten a los legitimarios que sean directamente dependientes de dicha cualidad objetiva y de la siguiente afección de todos y cada uno de los bienes hereditarios a su satisfacción en tanto ésta no se realice plenamente.

1.º) De la *posesión civilísima* del legitimario al que se le haya dejado su legítima como legatario de parte alícuota de modo expreso, o tácitamente al atribuirsele con palabras comunes, y de la posibilidad de *tomar por sí mismo la posesión material de la cosa* el legitimario al que el testador se la legó en dicho concepto, nos ocupamos hace años en nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" (109).

Es sabido que en el Derecho justiniano y en el Derecho común, la legítima pudo satisfacerse mediante institución en cosa cierta, supuesto en el cual el legitimario, aparte el honor del *nomen heredis*, era un legatario de cosa cierta, pero con la particularidad de que el así instituido, a pesar de concurrir con otros llamados "ex asse", según explicó Antonio Gómez (110), "potest petere se mitti in possessio- nem virtute l. final. l. de edict. *Divi Adriani tollendo*".

(109) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II parte, § 6, C, pp. 285 y ss. y *A. D. C.*, V-III, pp. 893 y ss.

(110) ANTONIO GÓMEZ, *Variac...*, I pars, cap. X, núm. 14, p. 18. Alude, el

Hoy no es necesario dejar la legítima a título de heredero y, por ende, su asignación en cosa cierta no es preciso hacerla por una *institutio ex re certa*; pero, no obstante, como ya hemos expuesto (111), “nos parece indudable que subsisten a favor de aquéllos las ventajas derivadas del hecho de poder ocupar por propia autoridad la cosa asignada, de adquirir *ipso iure* la posesión civilísima, otorgada por el artículo 440 C. c., y de gozar de la misma protección posesoria que el heredero”.

Nos apoyamos en el texto del artículo 806 C. c. Hay una cuota líquida de bienes de la herencia reservada por la ley a los legítimarios. La disposición del causante a su favor no hace sino atribuirles esa porción que previamente les estaba destinada. Ese destino prefijado, esa reserva legal, son datos suficientes para entender que la posesión del legado *pro legitima*—sea de cuota, de cosa cierta o de género y cantidad contenidos en la herencia—deba pasar directamente al legatario-legitimario, en el momento de fallecer el *de cuius*, y para admitir que aquél puede ocupar materialmente—exceptuándose en este caso el artículo 885 C. c.—por propia autoridad los bienes legados, si estuviessen determinados. O bien que ha de coposeerlos con los herederos, en los supuestos de atribución de cuota o de no individualización del objeto fungible legado (112).

2.) Parece también indudable que el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alicuota, tiene posibilidad de *accionar el juicio de testamentaria y de participar en la partición de la herencia* si el testador no la hubiese verificado por sí mismo o encomendado a contador partidor.

Razones (113): El legitimario, aunque no haya sido nombrado heredero está directamente interesado en la partición. Esta, antes de la adjudicación a los herederos de los bienes a partir, requiere una serie de operaciones previas de valoración, computación e imputación y, en su caso, de reducción de donaciones, legados y mejoras. No es aceptable que dichas operaciones puedan verificarse unilateralmente, sin el concurso de una de las partes interesadas, como lo es en el legitimario aunque no sea heredero. Las reducciones previstas en los artículos 818 y ss. y 829 C. c., presuponen el concurso de todos los legitimarios en las operaciones indicadas.

Si la legítima es *par bonorum* debe concretarse en bienes hereditarios de un valor que cubra la cuota legalmente reservada. Por eso los herederos no pueden por sí solos, sin intervención de los legitimarios-legatarios, adjudicarse los demás bienes sin comprobar, de acuerdo con dichos legitimarios, que no invaden parte alguna de la

transcrito texto, al Cod. VI-XXX, 3, que recogió una Constitución de Justiniano del año 531.

(111) *Apuntes...*, II parte, § 2, E, p. 179 y *A. D. C.*, IV-IV, octubre-diciembre 1951, p. 1410.

(112) *Apuntes...*, II, § 6, C, p. 295 y *A. D. C.*, V-III, julio-septiembre 1952, p. 893.

(113) *Apuntes...*, I, § 8, B, pp. 80 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 495 y ss.

cuota reservada a éstos, a no ser que previamente —pero siempre después de la delación— se hubiesen dado por satisfechos (114).

Estas mismas razones (115), a pesar de que el artículo 1.038 L.E.C. no legitima a los legatarios que no sean de parte alícuota para promover el juicio de testamentaría, justifican a mayor abundamiento que los legitimarios, aunque sólo fueran llamados como legatarios de cosa cierta o cosa genérica comprendidas en la herencia, puedan interponer el juicio de testamentaría. También, *a fortiori*, lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reiteradamente había venido reconociendo al legitimario del Derecho catalán la facultad de promover el juicio de testamentaría y no el ordinario correspondiente (116).

Se añade, además, que conforme la letra del artículo 1.039 L.E.C. los herederos forzados pueden promover siempre el juicio de testamentaría, aunque el testador se lo haya prohibido, y esa expresión de “herederos forzados”, “designa o es equivalente, sobre todo después de regir el Código, a legitimarios. Los legitimarios, sean o no herederos, son herederos forzados en el tecnicismo legal” (117).

3.º) Mientras la legítima no esté totalmente satisfecha, *todos los bienes hereditarios están afectos a su pago*.

Así resulta, dice Cámara (118) del artículo 806. “Puesto que la Ley reserva a favor de los legitimarios una cuota del patrimonio hereditario líquido, está claro que debe asistirles el derecho a reclamarla. No *ad libitum*, pues la cuota está sólo reservada y no deferida legalmente, pero sí cuando no reciban los bienes con que el testador pretendió sustituirla, o si estos bienes son insuficientes”.

4.º) Si el testador no determinó los bienes con los cuales debía pagársele la legítima, ni autorizó expresamente para hacerlo al contador partidor, *éste no podrá determinarlos sino de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.061 y 1.062 C. c.*

8. Para tomar el pulso de esta última conclusión nada más útil que partir de los antecedentes históricos de los artículos 1.057 y 830 C. c. El 1.057 permite al testador “encomendar” “la simple facultad de hacer la partición”; y el 830 dispone: “La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro”.

Los precedentes legislativos de estos artículos los hallamos: El del artículo 1.057, § 1.º, en el artículo 900 del Proyecto de 1851 y en el 1.074 del Anteproyecto 1882-1888 (119). El artículo 830 lo tiene

(114) Cfr. en igual sentido, con anterioridad a nuestro trabajo, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, ed. Barcelona 1948, vol. III, p. 425, y, con posterioridad, CÁMARA ALVAREZ, op. y loc. cit., pp. 795 y ss.

(115) *Apuntes...*, II, § 6, D, p. 296 y A. D. C., V-III, p. 904. En igual sentido CÁMARA, loc. últ. cit.

(116) SS. 3 noviembre 1876, 29 enero 1891, 8 febrero 1892, 17 octubre 1893, 14 mayo y 22 diciembre 1895, 23 mayo 1899, 22 noviembre 1910 y otras.

(117) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 797.

(118) CÁMARA ALVAREZ, pp. 802 y ss.

(119) Cfr. la edición cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, página 332.

en los artículos 661, § 1.^o, inciso final, en relación con el 662 del Proyecto 1851, y en el 815 Anteproyecto 1882-1888. Si el artículo 662 del Proyecto declaraba que: "La facultad de mejorar no puede cometerse a otro", el 661, § 1.^o, además, precisaba, respecto a la facultad del mejorante de señalárla en cosa cierta, que "no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado". El artículo 815 del Anteproyecto fusionó ambas prohibiciones: "El testador no podrá cometer a otro la facultad de mejorar, ni de señalar la cosa o cantidad en que haya de consistir la mejora".

García Goyena (120) señaló como antecedente del artículo 661 del Proyecto el de la Ley 19 de Toro, y el del artículo 900 en la Ley 10, título 21, libro 10, de la Novísima Recopilación.

Son de notar las diversas interpretaciones que tuvo el inciso final de la Ley 19 de Toro, que concluía: "pero mandamos que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio e quinto como dicho es [en cosa cierta, o parte de su hacienda], que no la pueda el testador cometer a otra persona alguna".

Diego Castillo (121), en una de las glosas primeramente publicadas de las Leyes de Toro, comentó: "*Cometer. Intellige generaliter, quia specialiter bene potest ut l. 31, infra circa finem. Et tunc is cui committitur, non dicitur nominare, sed ipse donator vel testator dixi in dicta l. 31, ubi videtur tenent doctores in l. unum ex familia, de legatis 2*" (122).

Palacios Ruvios (123), que participó en la redacción de esta Ley, admitió esta distinción al observar, a la prohibición, "secus tamen si diceretur quod possit meliorare in una re nam tunc non commissarius: sed testador videtur hoc facere: et hoc videtur planum et absque dubio".

También Antonio Gómez (124), partiendo de esa posibilidad de cometer especialmente la facultad de testar y mejorar, concluyó que *a fortiori* debía poderse cometer la facultad de asignar y declarar la cosa en la cual se realizaba el cumplimiento.

(120) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias...* cit., vol. III, art. 661, pp. 263 y ss.

(121) DIEGO CASTILLO, op. cit., lex 19, gl. 1, fol. 103 vto.

(122) La ley 31 de Toro después de ordenar que el comisario "no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoraría del tercio ni del quinto, ni desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni les pueda substituir, vulgar ni pupilar ni ejemplarmente ni hacerles substitución alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos e descendientes del testador", admitía: "salvo si el que le dio el tal poder para hacer testamento, especialmente le dio el poder para hacer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para hacer heredero nombrando el que da el poder por su nombre a quien manda que si comisario faga heredero y en cuanto a las otras cosas señalando, para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dio el poder señaló e mandó".

(123) PALACIOS RUVIOS, op. últ. cit., lex XIX, núm. XIV, fol. LVI vto.

(124) ANTONIO GÓMEZ, *Opus... super legibus Tauri*, lex XIX, núm. 2^{vers}. *Sed necessario quacro*, fol. 73 y vto.

Tello Fernández (125), Angulo (126), Matienzo (127) y Azevedo (128) siguieron el mismo criterio, insistiendo en la distinción entre comisión general, que estimaron prohibida, y especial, que juzgaron permitida.

Posición más restrictiva fue la de Francisco Carpio (129). Para él, la ley 19 prohibía la comisión especial para mejorar en cosa cierta, pues su inciso final “al decir *esta facultad* precisamente debía referirse a esa comisión especial, pues de esa mejora hablaba la primera parte de la ley”. A su juicio, mientras la ley 31 autorizaba al testador que decidiera mejorar —sustancia de la disposición— a que encomendara al comisario la elección del mejorado, persona incierta entre ciertas personas; la ley 19, si el testador ordenaba la mejora —sustancia de la disposición—, no le impedía encomendar al comisario la elección de una cosa incierta entre ciertas cosas, cualidad accesoria (“eodem modo in hoc commissione asignationis rei, substantia dispositionis, et causa efficiens est parentum; commisarii autem sola electio, seu executio in incertum rem de certis perficienda [n. 4]”). Casi dos siglos más tarde, Llamas y Molina (130) se sumó a este criterio.

Sin embargo, la influencia del legalismo y del método de la escuela francesa de la exégesis hizo que la mayor parte de los autores del siglo pasado rechazaran estas interpretaciones y todos los intentos de acotar el texto prohibitivo de la ley, que calificaban de subterfugios (131). García Goyena se alineó en esa dirección y su opinión

(125) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XIX, núm. 13, fol. 167 vto.

(126) ANDREA ANGULO, op. cit., lex III, glos. VII, núm. 1, fol. 115.

(127) MATIENZO, op. cit., lec. III, gl. V, fol. 148. El mismo autor, en la gl. VIII, núm. 1, de la ley V, fol. 117 vto., indica cuándo la comisión es especial: “Si testator dicat in mandato seu commissione, quod commissarius possit meliorare aut exheredare unum vel duos ex filiis aut descendantibus, vel quascumque substitutiones facere, eas nominando, quamvis substituendo non nominat...”.

(128) AZEVEDO, op. cit., lib. V, tít. VI, lex III, cfr. ed. cit., vol. III, p. 167.

(129) FRANCISCO CARPIO, *De executoribus et commissariis testamentariis*, lib. II, cap. XVIII, especialmente núms. 3 a 13; cfr. ed. Ursuone 1638, folio 216 vto. y ss.

(130) SANCHO LLAMAS y MOLINA, *Comentario, crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, ley 19, núms. 42 y ss., cfr. 3.^a ed. Madrid 1853, pp. 357 y ss.

(131) Así, JUAN SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, lib. II, tít. VI, núm. 5, cfr. 2.^a ed. Madrid 1820, tomo I, p. 179; JOAQUÍN ESCRICUT, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, voz *Mejora*, núm. X, cfr. 3.^a ed. Madrid 1847, vol. II, p. 569; JOSPH MARCOS GUTIÉRREZ, *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos*, parte I, cap. I, § IV, núm. 108, nota 1, cfr. ed. Madrid 1805, vol. I, p. 72 [dice dicha nota “Por lo mismo que la ley habla absoluta e indistintamente, debe entenderse así”]; PACHECO, *Comentario histórico crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, ley 19, núms. 12 y ss., vol. I, Madrid, 1862, pp. 282 y ss.; BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, lib. III, cap. V, sec. II, § 2.^a, ley 5, cfr. ed. Madrid 1863, vol. III, pp. 505 y ss.; JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES, Adición al núm. 1204 de la 4.^a edición del *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, de F. GARCÍA GOYENA, J. AGUIRRE y J. M. MONTALBÁN, tomo I, Madrid, 1852, p. 381.

debió ser decisiva en la redacción del Proyecto de 1851. En su comentario al artículo 661 (132) escribió:

“Algunos intérpretes respetables, como Acevedo y Angulo, pretendieron que la ley prohibía la comisión general, no la especial; además, la opinión común y recibida en la práctica era que podía cometerse el señalamiento al mismo mejorado” (133).

“En el artículo se desecha una y otra opinión. Con tal manía de interpretar no puede haber ley bastante clara, ni legislación cierta. “No puede el testador cometer (el poder señalar) a otra persona alguna”, dice la ley, sin distinguir entre *comisión general* y *especial*, entre *el mejorado* y *extraños*. La ley faculta al padre, porque debe presumir, y presume, muy favorablemente de su amor y prudencia.”

Y al comentar el artículo 900 (precedente del 1.057 C. c.), el mismo García Goyena (134) dice que —según la ley 19 de Toro— “no procede esta facultad [de cometer la facultad de hacer la partición]: pero la recopilada 10, título 21, libro 10, y su nota, apoyan, a mi parecer, nuestro artículo, y comprende hasta el caso de quedar hijos menores” (135).

“Voet, número 5, título 2, libro 10, la sostiene como conforme a Derecho romano y a equidad; pero habla en el sentido de poderse cometer con la misma libertad que tenía el testador de dar más o menos; la ley recopilada se limita al simple acto de partición según el respectivo derecho que tengan por la voluntad del testador, y cuyo ejercicio no puede, en mi opinión, cometerse o delegarse, ni podía según las leyes del título 19, libro 10, Novísima Recopilación.”

Así, se admitió que el comisario pudiera simplemente partir (artículo 900), pero no señalar la cosa con que hubiese de satisfacerse la mejora (art. 661), aunque según el § 2.^o de este mismo artículo la prohibición que contiene “deja a salvo la facultad concedida en el artículo 900”, es decir, la delegación de la “simple facultad de hacer la partición”.

9. Pese a que el Anteproyecto 1882-1888 siguió este criterio, hoy el Código civil, si bien en el artículo 1.057 C. c. recoge el criterio del artículo 900 Proyecto 1851 y del 1.074 Anteproyecto, en cambio en sus artículos 829 y 830 no expresa la limitación de cometer la determinación de la cosa en que la mejora deba satisfacerse, que imponían el artículo 661 § 1 Proyecto 1851 y el 815 Anteproyecto. En el artículo 830 sólo prohíbe encomendar la facultad de mejorar (con la excepción contenida en el artículo 831) y no expresa, como tampoco el artículo 829, que regula la mejora en cosa determinada,

(132) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., pp. 106 y s.

(133) Esta opinión la había sostenido SALA, loc. últ. cit.

(134) GARCÍA GOYENA, vol. cit., art. 900, pp. 263 y s.

(135) La ley 10, tít. XXI, lib. X de la Novísima Recopilación. recoge una Real Resolución y Cédula del Consejo de Carlos IV de 4 de noviembre 1791 y la nota una Real Resolución de 20 de enero de 1792 a consulta y Cédula del Consejo de Indias.

prohibición alguna de encomendar la determinación de la cosa con que se satisfaga la mejora que hubiere dispuesto el propio causante.

Sin embargo, estimaron implícita esa prohibición algunos de los primeros comentaristas del Código civil, como Scaevola (136) y Sánchez Román (137), y también el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 junio 1902 y en su Memoria del mismo año.

La Sentencia 16 junio 1902 contempló una disposición testamentaria en la que se había facultado a la mejorada para elegir las fincas que tuviera por conveniente en pago de su mejora, cláusula que la Sentencia recurrida y casada había estimado válida; pero fue rechazada su posibilidad por el Tribunal Supremo, que en el quinto considerando argumentó con mayor extensión, incluyendo en la prohibición no sólo la elección por la mejorada, sino también la delegación en el arbitrio de un tercero, al razonar:

“... que si con arreglo al 830 del mismo Código no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, tampoco puede encomendarse a otro, ni al propio mejorado, la facultad que el 829 confiere al testador de señalar la cosa cierta en que haya de pagarse, porque todos los actos en que se desenvuelve la testamentefacción son personalísimos por su naturaleza, y de acuerdo con este principio establece el artículo 670 que no puede dejarse la formación del testamento en todo o en parte (y parte del mismo es el señalamiento o determinación de la cosa específica) al arbitrio de un tercero...”.

Y la Memoria del Tribunal Supremo de 1902 concluye su razonamiento a este respecto (138) con estas consideraciones:

“... pero cuando la mejora sólo se determina por su cuantía con relación al caudal hereditario, cuando tanto afecta a la legítima de los herederos no mejorados, cuando tanta diferencia puede resultar en las particiones de adjudicar una cosa, aunque resulte pericialmente tasada, con el mismo valor que otra, es inadmisible en la esfera puramente racional, aparte la legal, que distinta persona que el padre sea quien exprese la extensión del beneficio, pues que de otra suerte se corría el riesgo de contradecir su verdadera intención, que acaso pudiera no coincidir con la del beneficiado o la del tercero a quien fuese encomendada la designación de la cosa”.

Estos razonamientos merecen sin duda un comentario.

En primer lugar para distinguir la facultad de elección de la cosa

(136) SCAEVOLA, *Código civil...*, vol. XIV, arts. 830, 831, II, A (cfr. 4.^a ed., pp. 536 y s.). Si bien parece que no distingue la delegación de la facultad de mejorar en cosa cierta y la de señalar la cosa con la que deba satisfacerse la mejora cuantitativamente señalada por el causante.

(137) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, VI-II, cap. XVII, núm. 37 a (ed. cit., p. 1211), quien consideró que el Código contiene una doctrina más radical que las leyes 19 y 31 de Toro, recogiendo de la primera que es facultad personalísima del mejorante la del señalamiento de las cosas y bienes en pago de la mejora, y rechazando el criterio de la segunda permisivo de esa delegación en el caso de testamento por comisario hecho con poder especial.

(138) Pueden verse íntegros los razonamientos al respecto de dicha Memoria, en los cits. op. y vol. de SÁNCHEZ ROMÁN, en nota, en las pp. 1212 y 1213.

atribuida al propio mejorado y la encomendada a un tercero para determinarla. La primera parece en franca oposición con el artículo 1.057, que, al admitir que el testador encomienda la simple facultad de hacer la partición, exceptúa como posibles sujetos activos de esa delegación a sus herederos. Sólo cabría admitir que pudiera delegarse al mejorado la elección de la cosa genérica en que consistiera su mejora, por analogía a lo dispuesto para los legados en el artículo 876 C. c. Pero la delegación de esta elección a favor de persona distinta del mejorado, de los legitimarios o de los herederos, no choca con el artículo 1.057, con el que se pondría en contradicción el artículo 830 de interpretarse éste en sentido totalmente prohibitivo de esa delegación.

El *quid* para resolverla podría estar, en primer lugar y en términos generales, en relacionar "la simple facultad de hacer la partición" indicada en el artículo 1.057, con las limitaciones de los artículos 1.061 y 1.062; y, a la vez, en confrontar aquél con el artículo 832 C. c., que previene: "Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada en 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 los bienes".

Los antecedentes legislativos de este artículo son el 817 del Anteproyecto 1882-1888 y el 664 del Proyecto de 1851. García Goyena (139), al glosar este último, señaló que era la Ley 20 de Toro, en la que "se aprobó justamente la opinión de los jurisconsultos Próculo y Nerva contra la de Pomponio, que concedía al heredero la elección de pagar en los mismos bienes, o su estimación". Pero el precedente de la Ley 20 se concreta a que la mejora se pague en bienes hereditarios —"de la hacienda del mejorante", como decía la Ley 20—, sin expresar regla como la final del artículo 664 Proy., es decir del vigente 832.

La remisión del artículo 832 a los 1.061 y 1.062, para señalar la cosa con que se satisfaga la mejora, hay que relacionarla con la cuestión de si el contador partidor, a quien el testador —conforme al artículo 1.057— confirió la simple facultad de hacer la partición, debe o no sujetarse a lo dispuesto en estos artículos 1.061 y 1.062.

Entre los primeros comentaristas del Código civil, Manresa (140) concluye que "el contador nunca es tan libre como el testador mismo, que los artículos 1.061 y 1.062 le son aplicables". Scaevara (141) estimó que entre los motivos de nulidad y rescisión de las particiones no pueden hallarse "los de que el partidor, sin perjudicar los derechos legitimarios ni los debidos a los demás copartícipes, adjudique

(139) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 664, p. 108.

(140) MANRESA, *Comentarios...*, vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, I, D, d; ed. cit., p. 664.

(141) SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, arts. 1.061, 1.062 y 1.063, cfr. ed. Madrid 1901, pp. 338 y ss.

por su propia decisión a uno de los herederos una cosa de la herencia que se juzgue indivisible o que pierda por su división, a reserva de indemnizar éste a los demás con la cuota en dinero o en otra clase de bienes o valores que proceda", y en este caso sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.062. Y Sánchez Román (142) observó que a los contadores o comisarios, "como tales, no les corresponde, según este artículo 1.057, más que la simple facultad de hacer la partición"; y que, en caso de aplicación del artículo 1.062 y de pedir los herederos la venta en subasta pública de la cosa indivisible, "no puede llevarlo a cabo por sí" (143).

Por ese camino llegamos fácilmente a la conclusión de que el contador partidor, bien que sometido a los artículos 1.061 y 1.062, puede traducir en cosas concretas las cuotas hereditarias sin exclusión de las legítimas. Por lo cual no se ve razón para que, en materia de mejora, sus facultades se vean menguadas, con tal de que señale la cosa con qué se deba satisfecha con sumisión a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062, conforme previene el artículo 832.

Pero, además, aún pueden avanzarse algunos pasos más: el artículo 1.061 sólo debe cumplirse en cuanto sea posible, en especial por razón de las cosas que integren la herencia (S. 4 julio 1895); "tiene un carácter facultativo más bien que imperativo, ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso (naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de su división, número de partícipes, bajas que haya de deducir, etc.), no cabiendo, por consiguiente la imposición por los Tribunales de esa forma de división" (S. 16 junio 1902); y "no significa que en la partición se imponga una igualdad matemática o absoluta por asignación a cada heredero de una participación en todos los bienes de la herencia, ya que relacionando el artículo 1.061 con el 1.062 y 1.056 C. c. y 1.078 L. E. C. se aprecia que la igualdad en la atribución actuará sólo circunstan-

(142) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, VI-III, cap. XXVIII, núm. 53, p. 1998.

(143) Este mismo criterio lo mantiene rigurosamente IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTORÉ (*Nota sobre los albaceas y contadores partidores*, V in junc. en AN. DER. CIV., VI-II, abril-junio 1953, p. 435), quien afirma que cuando el contador partidor no cumple lo dispuesto en el art. 1.061, "verifica un acto de enajenación que requiere el consentimiento de los herederos. Por ello no puede adjudicar todos los bienes de la sucesión a un heredero con obligación de abonar en metálico la porción de los demás". Este criterio riguroso, también entiende que debe aplicarse GINÉS CÁNOVAS COUTINO (*Comentarios* a la Res. de 6 de abril de 1962, en *Rev. Crit. Der. Inmob.*, XXXV, año 1962, pp. 545 y ss., y a la Res. 2 diciembre 1964, *R. C. D. I.*, XXXVIII, año 1965, pp. 168 y ss., y también al comentar el *Derecho de Sucesiones*, de LACRUZ BERDEJO, en el citado vol. XXXV de la misma revista, p. 219). También ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, vol. III, 6.^a ed. Barcelona 1968, tema XLVI, pp. 849 y ss.) entiende que: "Naturalmente cuando el contador partidor no cumpla dicho art. 1.061 del Código civil no realiza un acto particional sino de enajenación"; pero que "cuando haya algún bien hereditario indivisible regirá el referido art. 1.062 sin que el contador partidor rebase por ello sus facultades al adjudicarlo a uno solo de los herederos a calidad de abonar a los otros su parte en dinero", lo que "constituye un acto de pura partición" (S. 4 julio 1895 y Res. 6 abril 1962).

cialmente, en cuanto sea posible, por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan mucho por la división o ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento" (S. 30 enero 1951).

Por ello, Lacruz Berdejo y Sánchez Rebullida (144) deducen que los mismos términos del precepto —"possible igualdad"— evidencian el carácter relativo de la norma. "Lo que el precepto pretende es que cada coheredero, en proporción a su cuota, obtenga bienes de la distinta naturaleza que haya en la masa hereditaria, pero supeditando este criterio al del desmerezamiento".

10. Otra vía por la que se ha avanzado fue la aclarada por la Resolución 23 julio 1925, en un supuesto en el cual un testador guipuzcoano había nombrado albacea, con carácter de contador partidor, al Párroco de Asteasu, y había mejorado en un tercio a su hijo José Miguel, estableciendo para la efectividad de la mejora la condición de que dicho hijo se encargara del caserío, continuara su labranza y dirección y no saliera definitivamente de él. El contador partidor, en su día, interpretó la mejora y, al partir, adjudicó el caserío al hijo mejorado, declarando que consideraba cumplida por éste la condición que el testador le impuso. La Dirección General de los Registros resolvió que había sido bien practicada la adjudicación, apoyándose en el artículo 1.056, § 2.º, en el carácter de explotación agrícola familiar del caserío vasco íntegro, y en que las facultades concedidas al contador partidor en el testamento eran "tanto ejecutivas y periciales como declaratorias, dentro de los límites por la ley admitidos, por lo que las manifestaciones hechas en el ejercicio de tales funciones crean un estado de derecho suficiente para legitimar los asientos hipotecarios".

"En rigor —ha observado Roca Sastre (145)— esta resolución, más bien que el artículo 1.062 del Código civil, aplicó el artículo 1.056, 2, del mismo".

¿Cabe seguir por ese camino y llegar más adelante?

Cámara Alvarez (146) ha planteado la cuestión:

“¿Puede el testador conferir al contador partidor la potestad de partir sin atenerse a la regla de igualdad? Anticipemos que no puede hablarse de delegación cuando el testador establece que el haber de algún legitimario se satisfaga en dinero. En estos supuestos es el propio testador quien usa directamente de sus facultades y el contador se limita a cumplir una orden (sin ejercer discrecionalmente una facultad). Tampoco habrá delegación de facultades, propiamente dicha, cuando del tenor del testamento y de una recta interpretación de la voluntad

(144) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, cap. XV, *Partición de herencia*, hecho con la colaboración de FRANCISCO DE ASÍS SÁNCHEZ REBULLIDA, Barcelona, 1961, p. 528. En igual sentido, de la CÁMARA ALVAREZ, *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en *Centenario de la...*, vol. cit., nota 200, p. 841.

(145) ROCA SASTRE, op., vol. y tema cit., p. 851.

(146) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 839 y s.

del testador resulta que éste quisó adjudicar un bien determinado a uno de sus herederos". A su juicio (147) éste fue el supuesto de la Res. 23 julio 1925, pues el contador, "al adjudicar el caserío a ese hijo mediante el pago en metálico de la legítima del otro (los demás recibieron bienes hereditarios), se limitó a cumplir la voluntad del testador".

"La delegación, propiamente dicha —prosigue de la Cámara Alvaréz—, es decir, la que concede al contador libertad completa para partir en la forma que estime conveniente (sin sujetarse, por tanto, al artículo 1.061), me parece de viabilidad dudosa. En definitiva, la potestad distributiva de que goza el testador es una consecuencia de su potestad dispositiva (plena o limitada, según que haya o no legitimarios), y la facultad de disponer "mortis causa" no puede delegarse (cfr. artículo 670 del Código civil)".

Y en nota (148), si bien reconoce que "la doctrina de la Dirección sobre la figura del Comisario (cfr., entre otras muchas, las tan conocidas y comentadas Resoluciones de 15 de julio de 1943 y 2 de junio de 1945), y la pretendida equiparación (que aparece no sólo en las resoluciones de la Dirección, por ejemplo, en las de 22 de enero de 1898 y 16 de noviembre de 1922, sino también en algunas sentencias del Tribunal Supremo, así, la de 17 de mayo de 1910, 11 de marzo de 1932, 3 de diciembre de 1931, etc), entre la partición del testador y la efectuada por contadores partidores constituyen, sin duda, una fortísima base a favor de la solución permisiva": observa, en contra, que no cree "que los testadores que se limitan a nombrar contadores partidores hayan querido atribuirles la potestad de hacer la partición a su libre arbitrio", y que, aun en caso contrario, en contra de la transferibilidad por el testador de sus facultades distributivas "militan muy serias razones: 1.º La potestad distributiva, fuera de los límites del 1.061, es una consecuencia de la potestad dispositiva"; 2.º "Resulta extraordinariamente significativo el contraste entre el 1.056, que obliga a "pasar por la partición hecha por el testador", y el 1.057, que sólo permite encomendar a otro "la simple facultad de hacer la partición". Sin embargo, concluye admitiendo que su tesis puede ser errónea y que efectivamente el testador de modo expreso pueda conferir a sus contadores partidores las mismas facultades distributivas que él tiene, y acepta que "dentro del concepto partición latamente entendido" (149)

(147) CÁMARA, loc. cit., nota 199, pp. 839 y ss.; CÁNOVAS COUTIÑO, *R. C. D. I.*, XXXVIII, 1965, p. 170, cree que esta Res. 23 julio 1925, "más bien contempla una delegación de facultades del testador".

(148) CÁMARA, loc. cit., nota 200, pp. 840 y ss. Más rotundo es todavía GARCÍA BERNARDO (op. cit., p. 170), según el cual la simple facultad de hacer la partición se entiende "en el sentido de que [el testador] no puede ampliarla ni restringirla, sino que ha de encomendarla sin alterar el estatuto legal, e integrando éste se encuentran los artículos 1.061 y 1.062".

(149) Nota el mismo CÁMARA (nota 196, p. 827) que "la partición es, en todo caso, *negocio de disposición*, por cuanto que implica siempre modificación de un derecho subjetivo. Esto no quiere decir, sin embargo, que toda partición pueda considerarse como un *acto de riguroso dominio*. No lo es, posiblemente, la que llamo partición ordinaria. Sí, en cambio, a mi modo de ver, la parti-

tiene cabida el que "fuera de la igualdad cualitativa de los lotes respete su importe cuantitativo". Entonces lo único indelegable sería "la designación de los sucesores y la fijación de las porciones en que aquéllos han de suceder".

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (150) no parecen dudar de que el artículo 1.061 tampoco es aplicable a la partición "realizada por el comisario cuando el testador hubiese dado en el testamento instrucciones diversas a las del 1.061 para su actuación; pero sí en otro caso".

A juicio nuestro, entre la prohibición del artículo 670 y la autorización del artículo 1.057 § 1.º, existe un margen para la voluntad del testador en materia particional que excede de "la simple facultad de hacer la partición", y dentro de cuyo margen no puede afirmarse *a priori* que el testador no pueda delegar en modo alguno.

Creemos que la afirmación de que la facultad distributiva, fuera de los límites del artículo 1.061, es una consecuencia de la facultad dispositiva, es decir muy poco o decir demasiado. Es decir muy poco, porque, sin duda, la facultad distributiva del testador es siempre, incluso dentro de los límites del artículo 1.061, consecuencia de su facultad dispositiva: quien puede lo más, disponer, debe poder lo menos, distribuir. Y es decir demasiado, porque constituye una petición de principio afirmar que de la indelegabilidad de lo más, disponer, resulta la indelegabilidad de lo menos, distribuir fuera de los reducidos límites del artículo 1.061.

En cuanto a la interpretación *sensu contrario*, del artículo 1.057, en el sentido de que el testador no podrá encomendar sino sólo "la simple facultad de hacer la partición", convierte una disposición singular permisiva en otra universal negativa, presuponiendo para ello un adverbio, "sólo" o "solamente", que su texto no contiene. La realidad es que los artículos 670 y 1.057 § 1.º contienen dos normas, la de aquél prohibitiva, y la de éste permisiva, que no están contiguas, sino que entre ambas dejan una zona intermedia entre lo expresamente prohibido por aquél y lo literalmente permitido en éste. En esa zona se sitúan: la delegación de la facultad de partir sin some-

ción extraordinaria, es decir, aquella en que se prescinde de la igualdad [cuantitativa] mínima a que los coherederos tienen derecho".

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO (loc. últ. cit., pp. 169 y s.) insiste en ese carácter de riguroso dominio, para criticar la Resolución de 2 de diciembre de 1964, al plantear si las facultades calificadoras del Registrador pueden alcanzar a exigir que se pruebe la indivisibilidad de la cosa, o que ésta desmerezca mucho con su división, y pregunta si es absoluta la apreciación del comisario.

A juicio nuestro, no puede olvidarse que, aunque sin duda éste se halla sometido al superior juicio de los Tribunales, en cambio, como notó la Resolución de 23 de julio de 1925, las manifestaciones del contador en el ejercicio de sus funciones "crean un estado de derecho", "suficiente para legitimar los asientos hipotecarios". Es decir, los interesados podrán impugnarlas ante los Tribunales, pero la función calificadora del registrador no puede inmiscuirse en este punto.

(150) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit.

terse a lo previsto en los artículos 1.061 y 1.062 conferida en términos: permisivos generales; la facultad de asignar tal o cual bien, o un bien determinado entre los de tal o cual clase, para satisfacer cierta disposición del testador, sea institución, legado de cuota, mejora de cuota, etc.

Sin duda que de la mera designación por el testador de una persona como contador partidor de su herencia no puede deducirse sino que le atribuye tan sólo, conforme al artículo 1.057 § 1.º, la siempre facultad de hacer la partición, a no ser que del tenor del mismo testamento, interpretado conforme al artículo 675, pudiera deducirse que la voluntad del testador fue otra. Pero, ¿por qué el testador no ha de poder atribuirle expresamente mayores facultades, en tanto no incida la prohibición del artículo 670 y en la aplicada por el artículo 830 a la mejora? Testar, designar herederos o legatarios o dejar sin efecto su designación, mejorar o dejar sin efecto la mejora, señalar las porciones, cuotas o cuantía de las atribuciones a cualquier título: esto es lo prohibido. Delegar la determinación de las cosas con que satisfacer la institución, legados, legítimas o mejoras, expresamente dispuestos por el testador con determinación de su cuota o su cuantía, en parte alguna se prohíbe, y, en definitiva, los Tribunales podrán juzgar si al hacerlo ha habido o no por parte del contador partidor extralimitación fuera de los límites cuantitativos fijados por la ley y por el testador, o más allá de la voluntad de éste. Especialmente creemos que la vieja interpretación de Francisco Carpio, a la que antes hemos aludido, respecto de la posibilidad de delegar la determinación de la cosa en que deba satisfacerse la mejora dispuesta por el testador y, por éste, también cuantitativamente determinada en cuota o cuantía, sigue actual y aplicable tanto a la mejora como a la legítima estricta o a cualquier otra atribución dispuesta por el testador sin indeterminación de porción, con tal de que la delegación conferida, para cubrir con bienes concretos dicha atribución, resulte de la voluntad del testador según el tenor de su testamento interpretado conforme previene el artículo 675 C. c.

La *pars bonorum* también puede, por tanto, ser concretada en bienes determinados por el contador partidor, pero ateniéndose éste a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062, o bien, sin esa limitación, si lo hace de conformidad a lo que expresamente haya previsto o le haya facultado el testador.

Mayores son las facultades del cónyuge viudo, si no ha contraído nuevas nupcias, a quien —conforme admite el artículo 831 C. c.— se le confirió en capitulaciones matrimoniales, para el caso de que muriese intestado su consorte, la facultad de “distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto”, e incluso de “mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado”. En ese supuesto, el cónyuge viudo tiene unas facultades particionales intermedias entre las del padre, conforme al artículo 1.056, y del contador partidor, según el artículo 1.057, seme-

jándose a las que aquél en que no tiene que guardar las limitaciones de los artículos 1.061 y ss., y también puede usar de la facultad establecida en el artículo 1.056 § 2.º, puesto que incluso tiene la facultad de mejorar, superior a la distributiva, sin restricciones por razones cualitativas, ya que, por aquella facultad, ni siquiera está sujeto a guardar la igualdad cuantitativa mientras respete las legítimas y, también, las mejoras ordenadas en vida por el finado (151).

11. El carácter de *pars bonorum* de la legítima no impidió que se plantearan dudas en el Derecho común en torno a su determinación cuantitativa en el caso de que el valor de los bienes hubiese variado al tiempo de satisfacerla (152). Se habló de incrementos intrínsecos y ex-

(151) Cfr. ENRIQUE SECO CARO, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, cap. III, III, pp. 121 y ss., cap. V, B, pp. 165 y ss. y cap. VI, pp. 188 y ss.. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, § 381, pp. 478 y s., y ENRIQUE FOSAR BENLOCH, *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056*, en AN. DER. CIVIL, CXVI-II, abril-junio 1963, pp. 380 y s.

(152) Una exposición sistemática de esta cuestión puede verse en la obra de JUAN PEDRO FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Decisiones 571, 572 y 573 (cfr. editio novissima Lugduni 1668, vol. II, pp. 563 y siguientes).

La Decisio DLXXI se ocupa de los argumentos esgrimidos a favor de que el incremento de valor de los bienes beneficiase sólo al heredero y no a los legitimarios, y recoge los siguientes: 1.º) Que los aumentos y disminuciones, *commodum et incommodum*, corresponden al propietario y no a terceros; y que el hijo, en cuanto a su legítima, debía equipararse a un verdadero acreedor, aunque lo fuese de bienes. 2.º) Que, tratándose de la falcidia, la ley *In quantitate*, Dig. XXXV, 73, pr., atribuía los incrementos de los legados a los legatarios sin que por ellos se incrementase la falcidia (si bien recoge también la observación de que mientras la falcidia era una cantidad patrimonial, la legítima *ex substantia patris deducetur*. 3.º) Que conforme la ley *In ratione*, pr. y § *Diligenter*, Dig. XXXV-II, 30 pr. y § 2.º, los daños causados después de la muerte del testador afectan al heredero y no a los legatarios. 4.º) Que la ley *Si patronum*, § *Si ex bonis*, y en la ley *Etiam*, § final, ff. *de bon. liber.*, Dig. XXXVIII-II, 44, § 2 y 3, § 20, refieren la legítima del patrono a la fecha de la muerte, sin que se incremente por la recuperación de un esclavo ni por el aluvión ulteriormente acaecidos. 5.º) Que en la cuarta del hijo arrogado también es referida a la fecha de la muerte por la ley 13 Dig. XXXVIII-V. 6.º) Y que la ley *Cum quaeritur*, Cod. *De inoff. testam.*, Cod. III-XXVIII, 3, se remite para la determinación de la inoficiosidad a la fecha del fallecimiento del padre y lo apoya con la afirmación que la legítima es cierta porción tasada por la ley de los bienes de los padres que se determina en la fecha de la muerte de éstos, sin que pueda incrementarse después lo tasado y delimitado.

La Decisio DLXXIII, recoge las contestaciones a los argumentos indicados en la DLXXI: Al 1.º, que no es cierto que el dominio de todos los bienes y cuerpos hereditarios correspondiera absolutamente al heredero, ya que el dominio sobre las partes y porciones legitimarias corresponde a los legitimarios. Al 2.º, que la falcidia y la trebellianica tenían causa lucrativa, mientras la legítima, como deuda natural, la tiene *quasi onerosa*, por lo cual su analogía no es invocable. A la 3.º, que los legados que no reciben el incremento son aquellos que no son de especie cierta. Al 4.º y 5.º, que no cabe analogía entre las legítimas del patrono y del arrogado con las legítimas de descendientes y ascendientes legítimos. Al 6.º, que la ley *Cum quaeritur* contempla el caso de que el padre deje al hijo la cuarta parte de los bienes que tuviese

trínsecos (153) y se formuló la regla de que se debía atender “tempore mortis respectu bonorum ipsorum, et corporum hereditarium, non vero quoad valorem, sed itud attendendum de tempore petitio-nis” (154). Regla que vemos mantenida por Tello Fernández (155), y Andrea Angulo (156) para el supuesto en que un legado de cuota, como lo era la mejora de tercio o quinto, hubiera de pagarse en su estimación en dinero, conforme la ley 20 de Toro, por no ser posible pagarla en bienes hereditarios al no admitir cómoda división.

Todavía se distinguió según los bienes hubiesen resultado determinados en legados u otras asignaciones hechas por el testador o bien hubieran quedado indivisos, respecto de lo cual Ayerbe de Ayora (157) dictaminó: “que para efecto de saber si el padre o la madre dexan a sus hijos enteramente su legítima y no se la consuman y graven con los legados o mandas quando ouire dubda, o contienda de esto, o si caben en el quinto, se han de hacer los aprecios de la herencia por el valor que tenían quando murió el padre, o la madre de cuya herencia se tracta; pero para hacer la partición de los dichos bienes entre los herederos se ha de tener respuesta a hacerse el aprecio por lo que valen al tiempo que se haze la partición, *quod verissimum puto*”, ya que “ante divisionem in qualibet parte hereditatis habeat partem proindiviso”.

El mismo problema se replantea hoy al interpretarse el artículo 818 C. c. Este comienza diciendo que: “*Para fijar la legítima se*

a su muerte, y resuelve que no cabe acusarle de inoficiosidad, pero no plantea la cuestión de los aumentos ocurridos después.

(153) El propio FONTANELLA (*Desc.*, DLXXIII, 13, p. 568) definió: “*aug-
mento extrinseco*”: “*quod accederet facto hominis, ut quis per eum adiuncta
fuisent alia bona, vel meliorata quae erant, aut alio augmento simili*”; y (núm. 23, p. 569) “*augmentis intrinsecis*”: “*beneficio temporis, non facto, aut
industria hominem post mortem patris succedentibus*”; e indicó que estos últimos incrementos eran los que beneficiaban a los hijos legítimarios en sus correspondientes participaciones.

(154) FONTANELLA (*Desc.*, DLXXII, núm. 2, p. 365) cita una decisión de la Rota romana, que entendió que para la consecución de la legítima “debere attendi tempus mortis respectu ipsorum bonorum, et corporum hereditarium, non autem respectu valoris, quia de corporibus et de bonis debet detrahi legitima”.

(155) TELLO FERNÁNDEZ, *Constitutionum Taurinas utilis interpretatio*, lex XX núm. 20 (ed. Granada 1566, fol. 173 vto.), después de preguntar si “teneatur prestare valorem rei tempore mortis defuncti, an tempore quo fit oblatio?”, resolvió: “*cum quota bonorum sit in obligatione, aestimatio vero sit in solutione secundum omnium doctrinam*”: “*merito ut ab obligatione liberetur, sol-
vendum est id quod debetur, quod debetur vero est illa quota bonorum, sol-
venda est aestimatio, quae tempora solutionis valet*”, tal como había expuesto LANCELOTUS, pues aunque “*non veniant accessiones perceptae, tamen venit
aumentum quod respiciat aestimationem rei*”.

(156) ANDREA ANGULO, *Commentarium ad leges Regias meliorationum*, lex 4 (20 Tauri), gl. 10 (cfr. ed. Madriti 1585, fol. 130): “*In hoc casu, quando aesti-
matio quota solvit in pecunia: valor bonorum attendi, debet, non secundum
tempus mortis: sed secundum tempus solutionis.*”

(157) ANTONIO AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum com-
muniun inter maritum et uxorem et filios ac heredes corum*, pars I, cap. III, núms. 7 a 10 (cfr. ed. Granada 1586, fol. 12 y s.).

atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador..."

En otra ocasión (158) hicimos notar que, en cambio, lo que en el artículo 818 C. c. no se dice es que, para fijarla, deba atenderse *al valor que tuvieran a la muerte del testador los bienes que entonces quedaren*.

La cosa sería muy diversa si esto dijese. Pues, o bien en el momento de la satisfacción o de la partición, los bienes deberían tasarse por ese mismo valor que habían arrojado al fallecer el causante, o de lo contrario, si los bienes con que al partir se satisficiere la legítima se tasaren por un nuevo valor en moneda, probablemente inflacionaria, resultaría que la legítima habría quedado congelada y representaría menor cantidad de bienes, al haber quedado concretada a un valor nominal dado, realmente ficticio, precisamente por ser meramente nominal, al tomarse con una unidad de medida cuyo valor a su vez ha fluctuado.

Debemos aclarar que esta cuestión nada tiene que ver con el problema del abono de las mejoras que realmente hubieren hecho los herederos después del fallecimiento del causante y antes de entregar su parte al legitimario. Este debe resolverse por las reglas generales que el mismo Código establece al ocuparse de la posesión (artículos 453 y ss.).

El planteamiento que aquí examinamos nos lo aclara el ejemplo que propusimos en nuestros *Apuntes*.

En el momento de fallecer el causante X su haber se componía exclusivamente de una finca rústica de 20 hectáreas de cabida, de un valor uniforme de 45.000 pesetas por hectárea; en total, 900.000 pesetas; y el valor pasivo montaba 90.000 pesetas.

Tres hijos dejó el causante. A dos los instituyó herederos y al tercero le legó lo que por legítima le correspondiera.

El cálculo de ésta al fallecer el causante es éste:

$$900.000 - 90.000 = 810.000.$$

$$810.000 : 3 = 270.000.$$

$$270.000 : 3 = 90.000 = \text{legítima del hijo Z.}$$

Valorada de nuevo la finca en el momento de tenerse que pagar la legítima, resulta que aquélla había alcanzado un valor —tal vez más por depreciación de la moneda, que por verdadero plusvalor de la finca— de 90.000 pesetas por hectárea, y, por tanto, en total, de 1.800.000 pesetas.

Así, si el artículo 818 C. c. se interpretara en el sentido de que el valor de la legítima había quedado fijado nominalmente en 90.000 a pagar en bienes hereditarios, y éstos se valorasen de nuevo en el momento de su pago, resultaría que al legitimario podría pagársele su legítima entregándole una sola de las veinte hectáreas que componían el único bien hereditario. Siendo así que de haberse efectuado

(158) Cfr. *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, § 10, p. 96 y ss. y en *A. D. C.*, IV-II, pp. 512 y ss.

el pago al tiempo de fallecer el causante, a Z le habría correspondido una parcela del fundo de algo más de dos hectáreas y veintidós áreas.

¿Fue eso lo que en el artículo 818 C. c. se quiso disponer?

Parece evidente que no. La *ratio* de este artículo no parece que fue otra sino la de poder determinar qué legados y donaciones eran inoficiosos, precisamente en aquel instante del fallecimiento del *de cuius*, decisivo para hacer tal determinación. Así parece indicarlo su colocación entre el artículo 817, que impone la reducción de las disposiciones testamentarias que menguen la legítima, y los artículos 819 y ss., que regulan de qué modo debe llevarse a cabo esa reducción.

Los artículos 808 y 809 confirman esta apreciación, ya que determinan que constituyen la legítima ciertas avas partes del haber, y el artículo 806, que la define como *porción de bienes*. Y siendo así, como tal, deberá sufrir las alteraciones de valor que éstos sufran, como todo quebrado sufre las del todo a que se refiere. Por eso, su valor *no puede fijarse en el sentido de dejarlo "fijo" e inamovible*. Es el *contenido* del caudal y de su activo libre —del que ha de sacarse esa cuota— lo que debe *fijarse* en ese sentido. Pero *no su valor*, que sólo *puede fijarse en el sentido de "calcularlo", de "determinar su montante"*, con relación a un momento dado, *pero sin implicar su petrificación* (159).

Cálculo que puede ser conveniente a otros fines y que es imprescindible para averiguar si resultan o no inoficiosos los legados y donaciones que el causante hubiese otorgado. Así entendió Manresa (160) que “el verdadero objeto del artículo 818 es llegar a conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona *para poder deducir la porción de que podía disponer*, y aquélla otra que, por ser indisponible, constituye la legítima. Fijada en efecto la legítima queda fijada la porción libre”. Y sólo —añadimos nosotros— conociendo éstas y el valor de lo legado y donado por el causante, puede comprobarse si existen disposiciones inoficiosas y proceder a su reducción en el caso de que deba efectuarse.

Lo que hay que distinguir es: de una parte, el supuesto en que la legítima quede directamente individualizada, por un legado; una donación o una asignación particional hecha por el testador, lo que supone una individualización de riesgos con separación de la masa común, o de que quede indirectamente individualizada por distribuirse

(159) Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el verbo *fijar* puede significar “hacer fija o estable alguna cosa”, pero igualmente cabe que exprese: “Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto”.

El artículo 818 da reglas para fijar, en el sentido de *determinar*, el valor de la legítima con relación a un momento dado, el de la muerte del causante, con el fin de poder precisar qué legados y donaciones resultan inoficiosas y en qué medida. Podría, pues, decirse que *fija* su valor (en el sentido de determinarlo aunque sólo con relación a un momento dado), y *fija* (en el sentido de hacerlo estable) la masa líquida de la que ha de deducirse proporcional y materialmente su contenido.

MANRESA, *Código civil...*, vol. VIII, art. 818, p. 370, ed. cit.

el resto del caudal con atribuciones concretas, casos en los cuales bastará, por consiguiente, que el legado cubra la cuota legitimaria, según las valoraciones tanto de la asignación como del caudal referidas a la fecha del fallecimiento del causante; y, de otra parte, los casos en que los bienes de la legítima permanezcan englobados en la masa partible, como *par bonorum* de ella (161).

Recordemos esa distinción, ya percibida por Ayerbe de Ayora, y con la que tuvimos que enfrentarnos en un dictamen (162), en el cual afirmamos que si no fueron distribuidos por el testador todos los bienes, hay que realizar sendas valoraciones en dos momentos diferentes: una, al fallecer el testador, y la otra, al momento de partir.

La referida a la fecha de la muerte del causante, para determinar si los bienes por éste asignados cubren exactamente, no alcanzan o sobrepasan la cuota del respectivo asignatario, y la proporción en que resulte en defecto o exceso (163).

La efectuada en el momento de partir, para distribuir el caudal restante y para completar las cuotas de los lotes no cubiertos totalmente con las asignaciones testamentarias, que deberá referirse al valor de la fecha en que se haga la adjudicación. No sería lógico —observamos— que por su antiguo valor, que entonces fue igual, se asignaran a unos herederos o legitimarios unos bienes que hayan disminuido de valor desde la muerte del causante y a otros unos bienes que han aumentado de valor desde entonces, siendo así que tanto herederos como legitimarios son cotitulares de la masa común indivisa, y que como tales deben compartir sus riesgos, sean de favorable o de adverso resultado (164). No es admisible que a unos se les asignen los resultados favorables y a otros los adversos producidos mientras los bienes estuvieren en común. Es la hipótesis contrapuesta a la individualización previa de los riesgos que significa la asignación de bienes concretos dispuesta por el testador.

(161) Sigue este criterio CÁMARA ALVAREZ, *Estudio sobre el pago en metálico*..., loc. cit., p. 893 y s.

(162) Dictamen publicado en *A. D. C.*, XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 259 y siguientes.

(163) En este mismo sentido CÁMARA (loc. últ. cit., p. 900) explica: "Cuando el causante, en uso de las facultades que la ley le concede, adjudica (prescindimos ahora del título o concepto de la adjudicación) bienes concretos en pago de su legítima, sustituye la cuota de activo reservada por esos bienes concretos que pasan a pertenecer al legitimario al abrirse la sucesión en propiedad exclusiva. Basta, pues, que estos bienes cubran el valor de la legítima en ese momento, pues es entonces cuando se opera la sustitución de la cuota por los bienes concretos, y no posteriormente, como sucede en los demás casos."

(164) En ese mismo sentido, CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 888 a 891. Si el legitimario es un comunero o cotitular: "Para pagar en bienes concretos el importe de su cuota no hay más que un valor posible: el que tengan los bienes comunes en el momento de escindirse la comunidad" (p. 889). "La legítima, calculada en dinero de ayer, sólo queda realmente pagada si el dinero de hoy vale lo mismo, o, en caso contrario, mediante la adaptación del valor primigenio de aquélla al valor adquisitivo actual del dinero. Esta solución es la que debe prevalecer en todo caso, sea la legítima pagadera en metálico o en bien hereditarios."

III. ¿PUEDE SOSTENERSE QUE LA LEGÍTIMA SEA “PARS VALORIS” O “PARS VALORIS BONORUM”? ¿PUEDE EL TESTADOR ORDENAR DE MODO GENERAL QUE SE PAGUE EN DINERO?

12. Antes de entrar concretamente en el análisis de las legítimas que en el marco del Código civil español puedan encajar en estas figuras de *pars valoris* y *pars valoris bonorum*, conviene que comencemos por precisar cuál es el sentido de ambas expresiones, las diferencias que puedan presentar entre sí y la posible distinción de la *pars valoris bonorum* con respecto a la *pars bonorum* cuando ésta pueda conmutarse en metálico o aquélla deba satisfacerse en bienes hereditarios.

La legítima simple derecho de crédito, puramente personal, pagable en dinero, se califica como *pars valoris* siempre y cuando su cuantía venga determinada por el montante de una participación en el valor del caudal.

En este sentido, Porpeta (165) dice que toda la legítima de ese tipo “recae sobre el valor de los objetos traducido en dinero y no sobre los objetos mismos. En Derecho sucesorio actúa la *pars valoris* como una especie de rescate de los objetos que se transmiten a fin de que éstos queden siempre en poder del heredero instituido, apartando de ellos al legitimario mediante la entrega de la cantidad equivalente. De aquí nace la conversión del legitimario en simple acreedor”.

Pero el concepto de porción de valor, en un sentido más lato, puede también ser referido genéricamente a todas las legítimas que sean de parte alícuota del haber líquido, prescindiendo de su contenido objetivo y del modo de satisfacerlas. Así, v. gr., José González Palomino (166) ha afirmado que: “La regularización particularizada de las diversas legítimas en el articulado del Código civil como cuotas del haber hereditario en función de la definición de herencia del artículo 659, no está ni podría estar referida a cosas o partes corporales de cosas, sino cuotas matemáticas de un valor. Esto es, no a bienes y derechos, sino al valor de los bienes y los derechos”... “las legítimas son una cuota o parte del valor del haber hereditario”. Lo que, en un trabajo posterior (167), aclaró con la explicación de que los legitimarios en el Derecho común español lo son de parte alícuota de la herencia, pero “cotitulares de la comunidad hereditaria”, que su legítima “se determina en su valor, en función del valor total de

(165) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Estudios de Derecho Sucesorio*. Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, curso 145, Barcelona, 1946, p. 179.

(166) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y los herederos forzados* (Derecho civil común) I, en *R. D. P.*, XXIII, mayo 1936, pp. 160 y s.

(167) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, en *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio*, IX, en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, vol. II, Madrid, 1948, p. 546, en nota.

la herencia, pero no es un crédito contra la herencia, sino una cuota de ella", que se ha de satisfacer "precisamente con bienes de la herencia, que es lo que se parte y reparte", y que por eso no hay "problemas de pago [de las legítimas], sino de partición".

Fue Roca Sastre (168) quien introdujo entre nosotros la formulación de la legítima como *pars valoris bonorum*, definiéndola como aquella que "atribuye en principio a los legitimarios una titularidad sobre una parte del valor en cambio del patrimonio hereditario líquido".

Para construir conceptualmente esa figura, arrancó de la titularidad del valor económico de las cosas y de aceptar, con Atard (169), la distinción entre la *propiedad de las cosas* y la *titularidad de su valor*, y, con Gierke y Kohler, la que media entre los derechos *al valor*, de una cosa, o *de valor*, y los derechos a la *utilización* de una cosa, o de *sustancia*. Al proyectar esta figura al patrimonio, configuró la legítima entre los "derechos o titularidades sobre el valor dinerario de las cosas, si bien con referencia al valor global del patrimonio relicito (y a veces con repercusiones en el valor de los bienes que fueron objeto de donaciones inoficiosas)". A su juicio: "No es la legítima ni titularidad hereditaria, ni creditual, ni *pars bonorum*, sino *pars valoris bonorum*. Tiene la misma contextura o calidad intrínseca de todos los derechos de realización de valor, y, por consiguiente, del derecho real de hipoteca; si bien se diferencia de ésta en que, en la hipoteca, el derecho de realización de valor se produce en *funciones de garantía* del cumplimiento de una obligación, o sea, con una *accessoriedad* tan enérgica que le resta autonomía, mientras que la legítima es la titularidad sobre un valor que surge de un modo independiente y autónomo, atribuyéndola, en principio, la ley de los legitimarios y produciéndose en forma semejante a la *deuda territorial* o *débito fundiario* del Derecho hipotecario alemán (*Grundschuld*) y que nosotros denominamos *hipoteca independiente*".

Así, prosigue, "la legítima tiene la naturaleza propia de los derechos de realización de valor que afecta a modo de *carga* o *gravamen* a todo el patrimonio hereditario, y, por consiguiente, a todos los bienes relictos, en su consideración de elementos integrantes del mismo" ... "Esto explica la tendencia del Derecho intermedio a considerar la legítima como *obligatio rei u onus reale, protegida* por una *actio in rem scripta* o garantizada con una *tacitam hypothecam* (ver, entre otros, a Peregrino, *De fideicomissis*, artículo III, núm. 129, y artículo XXXVI, núm. 153, y Cancer, *Variarum resolutionum*, pars I, cap. III, números 16 y s.), de la cual habla la Sentencia de 13 de julio de 1908".

Esta característica se combina, según el mismo autor, "con aquel deber (o *facere*) que la ley impone al causante de destinar un deter-

(168) RAMÓN M. ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en: *R. D. P.*, XXVIII, 1944, pp. 202 y ss.

(169) RAFAEL ATARD, *Prólogo al Tratado de Derecho hipotecario alemán*, de ARTHUR NUSSBAUM, Madrid, 1929, p. XVII.

minado valor económico a sus legitimarios. Fundamentalmente la legítima es una *debita pars valoris bonorum*".

Sin embargo, este concepto de *pars valoris bonorum* fue impugnado por Florencio Porpetta (170): "Si se enlazan los dos conceptos de *pars valoris* y *pars bonorum* en un complejo *pars valoris bonorum*, tendremos que ir a parar, como consecuencia ineludible, a que de unos determinados bienes se extraiga su propio valor. No que se ponga en lugar de ellos una suma de dinero de cualquiera otra procedencia (pues entonces estaríamos en la hipótesis de *pars valoris* pura), sino que se reduzcan a metálico, para que sea su mismo precio el que quede subrogado en lugar de la cosa. Ahora bien, esto exigiría, o que la forma normal de pago de la legítima consistiera en una forzosa enajenación de los bienes hereditarios o que el derecho de la legítima, por su propia naturaleza, estuviese asegurado con una afección real por ministerios de la ley. Lo primero no ocurre nunca. Lo segundo supondría una anotación preventiva (incompatible con el derecho que al legitimario otorgan las leyes para promover el juicio de testamentaría) o a una hipoteca. Y en ambos supuestos quedaría desvanecido el pretendido carácter autónomo de la titularidad sobre el valor, y convertida ésta, como no puede ser menos, en un simple derecho accesorio".

Releídos estos textos, podríamos convenir en que la exacta diferencia entre las que se denominan *pars valoris* y *pars valoris bonorum*, consiste en que la primera es una *pars valoris sine tacita hypotheca o non in rem scripta*. Es decir, que: en el primer caso la deuda pecuniaria de una parte alicuota del valor de los bienes es un puro crédito, y en el segundo está garantizado de modo real con los bienes hereditarios que quedan sujetos a su pago.

Pero la problemática no se apura aquí, pues para Roca Sastre (171) la legítima *pars valoris bonorum* ofrece una variedad en el supuesto de que deba ser satisfecha en bienes de la herencia y no en dinero. Es la figura que nosotros hemos denominado *pars valoris bonorum quiam in specie solvere debet* (172). La diferencia de esa subespecie de legítima con respecto a la *pars bonorum* radica, según Roca, en la ecuación que media entre, de una parte, la sincrónica actuación del *periculum* y el *comodum* en todas y cada una de las cuotas de cualquier cotitularidad, como ocurre en toda *pars bonorum*, en la que —como dice Roca Sastre (173)— "las cuotas podrán ser por su módulo constitutivamente distintas, pero sustancialmente todas están sometidas sincrónicamente al mismo fenómeno de aumento y disminución en su objetividad económica", y, de otra parte, la fijeza e inmutabilidad de valor de una participación previamente tasada con relación al valor que en un momento dado tuviese una cosa o un patrimonio, e independiente de las ulteriores osci-

(170) FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, loc. cit., pp. 178 y ss.

(171) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., pp. 202, 203 y 206, nota 3.

(172) Cfr. *Apuntes de Derecho sucesorio*. I parte, § 10, pp. 82 y ss. y

A. D. C., IV-II, pp. 508 y ss.

(173) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 199.

laciones de valor que éstos sufren. Así, para Roca (174), la legítima *pars valoris bonorum*, aunque ésta *in specie heres solvere debet*, queda fijada *die mortis* en "un valor dineralio tasado, y esta situación de titularidad subsiste hasta que en satisfacción de la legítima se detraen bienes de la masa relictá". Es decir, que no es la cotitularidad de una parte alicuota de bienes, sino el derecho a una cantidad de bienes equivalentes al valor normal que *die mortis* tenía aquella ava parte.

Tenemos, pues, formulada una *pars valoris bonorum* que debe satisfacerse en bienes del caudal hereditario, y, en contraposición, hallamos que se sostiene la posibilidad de una *pars hereditatis* o una *pars bonorum* comutables por su valor en dinero *in facultatis solutionis* del heredero. Así puede verse al examinar la opinión de los juristas clásicos catalanes respecto al momento en que deben valorarse los bienes para satisfacer la legítima en dinero (175).

Por su parte, Manuel de la Cámara (176) ha observado que si "el testador, al establecer el pago en metálico de la cuota herencial reservada, no priva al legitimario de su participación en los bienes hereditarios, sino que sólo ordena que al partir se satisfaga esa participación con dinero, ya no existe clara incompatibilidad lógica entre la condición de heredero..." y la disposición testamentaria que ordena el pago en dinero del valor de su activo como "simple norma partitacional"; y que la legítima porción de bienes reservada por la ley no se opone (177) "a que pueda ser pagadera en metálico, pero sí obliga a cifrar la suma a pagar en función del valor de los bienes en el momento de liquidar la sucesión", y "obliga también a sostener que en ningún caso el legitimario, como tal, puede quedar reducido a la condición de titular de un derecho personal", "en acreedor de una suma cifrada, fijada y petrificada en atención al valor que los bienes tengan en el momento de fallecer el causante". Por el contrario, cuando "el legitimario tiene derecho a una cuota del activo hereditario propiamente dicho, debe participar de las plusvalías o minusvalías efectivas (e igualmente las puramente ficticias), y, por consiguiente, cuando la legítima [de esa clase] sea pagadera en metálico (lo que, repito, no está reñido con la articulación inicial de su derecho como cuota del activo), la cantidad que debe percibir ha de fijarse en función del valor que tengan los bienes al liquidarse la sucesión".

Claro es que —como luego repasaremos— una cosa es que el valor de una parte alicuota de herencia, o una cuota de su activo, sean el módulo para fijar, en cada momento el montante de su equivalente a dinero, y otra cosa que al legitimario, a quien se le pueda pagar en metálico su haber y no tenga otro derecho en ese caso, pueda realmente

(174) ROCA SASTRE, pp. 199 *in fine* y ss.

(175) Cfr. *Apuntes...*, I, § 10, nota 308, pp. 97 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, pp. 513 y ss.

(176) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 730 y ss.

(177) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 892 y ss.

ser considerado heredero, si este resultado dimana de una disposición sucesoria del causante o de la propia norma jurídica.

Lo que sí hemos observado es la incompatibilidad de la legítima *pars bonorum* y la fijación de su valor, en el sentido de hacerlo inamovible. Si "la legítima es *porción de bienes*, deberá sufrir todas las alteraciones de valor que éstos sufran" (178).

Y, en cambio, no es incompatible que una legítima *pars valoris* o *pars valoris bonorum* siga participando en igual proporción de este valor de los bienes en todas sus variaciones intrínsecas y nominales que ocurran, en tanto no haya sido reclamada o pagada. Estos tipos de legítima son perfectamente congruentes tanto con el criterio de su fijación inamovible como con el de su correlatividad a las variaciones de valor intrínseco y nominal de los bienes; será el criterio del legislador el que decida, por razones diferentes a la naturaleza del contenido legitimario, la solución que le parezca más adecuada.

Así tendríamos:

- un tipo de legítima *pars valoris sine tacita hipoteca bonorum*;
- otro, de legítima *pars valoris cum tacita hipoteca bonorum*, o *in rem scripta (pars valoris bonorum)*;
- una y otra pueden ser pagables: sólo *in specie*, o sea, en bienes hereditarios; sólo en metálico, o bien, a elección del heredero, en metálico o en bienes hereditarios; y
- una y otra pueden quedar fijadas inamoviblemente en el valor de la cuota en el momento de la muerte del causante, o bien pueden seguir aun después de la delación, las oscilaciones intrínsecas o nominales del valor de los bienes, a que se refiere esta cuota, mientras tanto no se produzca la reclamación o el pago.

Queda, pues, el problema de precisar si teóricamente cabe distinguir las figuras de la *pars bonorum*, cuando ésta sea pagable en dinero, y de la *pars valoris cum tacita hipoteca bonorum* o *in rem scripta* cuando su valor dinerario no quede fijado inamoviblemente *die mortis*. La dificultad se acentúa si ésta debe pagarse *in specie* o, a elección del heredero, en dinero o en bienes hereditarios.

La diferencia teóricamente es clara: el legitimario de *pars bonorum* es un cotitular, un condeño; el legitimario de *pars valoris bonorum* es un acreedor del valor, aunque éste deba serle pagado en bienes y aunque el valor a él debido siga las alternativas del caudal mientras no se le satisfaga. Pero, ¿cómo se determinan en la práctica esas características cuando concurren las circunstancias de hecho coincidentes que hemos indicado?

El dato de que al legitimario se le otorgue la facultad de instar el juicio de testamentaría, no es decisivo, puesto que también compete a los acreedores hereditarios (179).

En cambio, tal vez puedan señalarlo los siguientes datos, que podrían marcar, como mojones, los linderos entre ambas figuras.

(178) *Apuntes...*, I, § 10, pp. 99 y *A. D. C.*, IV-II, p. 515.

(179) Cfr. ROCA SASTRE, loc. ult. cit., p. 200.

- Si la determinación de los bienes hereditarios con que satisfacer la legítima queda a la elección del heredero, sin intervención de los otros legitimarios, no parece que haya comunidad propiamente dicha entre aquél y éstos en los bienes hereditarios, puesto que en ese caso, sin la intervención de los demás legitimarios, el heredero puede extraer un bien hereditario para satisfacer a uno de aquéllos. Siendo así, parece que en esos supuestos el derecho de los legitimarios será *pars valoris bonorum quam in specie solvere debet*.
- Si los legitimarios, a quienes el heredero les incumple su deber de satisfacerles la legítima, pueden utilizar la acción divisoria *familiae aerciscundac* —y no una simple acción para la percepción de la cosa, o el cobro de cantidad asegurada con eficacia real o sin ella—, se tratará de una legítima *pars bonorum*, por lo menos subsidiariamente en función de garantía.

Sin embargo, a veces estos datos concretos se hallarán controvertidos o no planteados y por determinar, ¿cómo resolver entonces la cuestión sin incidir en petición de principio?

Creemos que sólo el punto de partida histórico o legislativo, o la situación general normal de la que se diferencien las situaciones especiales y los contrastes entre unas y otras, podrán ofrecernos luz para hallar la solución más correcta en cada caso.

A) *¿Puede sostenerse que, en general, sea pars valoris bonorum?*

13. El estudio que al principio hicimos al tratar de la polémica acerca de si la legítima del Código civil es porción de herencia o porción de bienes, partiendo de sus antecedentes históricos, nos ha llevado a considerar la legítima de Derecho común español como *pars bonorum*. Después, el análisis de la Ley 19 de Toro nos ha permitido ahondar acerca del carácter concreto de esa *pars bonorum* en el Código. Siendo ese el resultado obtenido, la misma demostración positiva de que la legítima en el Código civil es porción de bienes, por lo menos en sus líneas generales y normales, excluye por contradictorio que pueda ser *pars valoris* ni *pars valoris bonorum*.

Sin embargo, el hecho de que un jurista de tan merecido prestigio, como nuestro maestro Ramón María Roca Sastre (180), haya sostenido que es “*debita pars valoris bonorum*”, y que esta tesis haya sido aceptada más tarde por Guillermo G. Valdecasas (181), aunque tan sólo para la *cuota de legítima*, en su distinción entre *cuota de reserva* (*cuota hereditaria*) y *cuota de legítima* (*cuota de valor*), nos obliga al examen de esas opiniones.

Más radical aún fue la tesis defendida por Virgili Sorribes (182).

(180) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., pp. 203 y ss.

(181) GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, núm. 3, a, b y c, en *R. D. P.*, XLVII, 1963, p. 96.

(182) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en *R. C. D. I.*, julio-agosto 1945, p. 485.

para quien: "En realidad de verdad el llamado heredero forzoso no es más que un acreedor de la herencia líquida, que tiene un derecho intangible por ministerio de la ley a una porción de los bienes que la integrán".

Para Roca Sastre, la legítima "en el Código civil tiene la naturaleza de los derechos o titularidades sobre el valor dinerario de las cosas, si bien con referencia al valor global del patrimonio relictio". titularidad, combinada "con aquel deber (o *facere*) que la ley impone al causante de destinar un determinado valor económico a los legitimarios", que "debe ser atribuido en general a los legitimarios en *sustancia*", salvo en los supuestos del artículo 1.056, § 2.º, y del 840, en los que puede serlo en dinero.

Y para Guillermo G. Valdecasas la *cuota de legítima* —el derecho a la cual se hace valer, a su juicio, solamente por la acción de reducción— se caracteriza por ser una *cuota de valor*, que cubre el exceso sobre la *cuota de reserva*, y que debe ser calculada en conformidad a lo indicado por el artículo 818, sumando lo relicito líquido y lo donado.

La cuota de legítima —dice— es "el derecho a obtener un determinado valor económico sobre el patrimonio hereditario, y, en su caso, sobre las donaciones hechas en vida por el causante", que "sólo puede existir si el activo hereditario es superior al pasivo, o, en defecto de esto, si el causante hizo donaciones en vida". Valor que, "una vez fijado", según las reglas del artículo 818, para determinar si las liberalidades hechas por el causante son o no inoficiosas, "es un valor inalterable que no se resiente de las fluctuaciones de valor experimentados por los bienes hereditarios".

En esto coincide con Roca Sastre (183) cuando éste afirma que "la legítima tiene un valor económico *fijo, tasado, inmutable*, no susceptible de aumento o disminución a consecuencia de las variaciones de valor que, con posterioridad al fallecimiento del causante, se produzca en los elementos hereditarios. El aumento o depreciación de estos elementos lo recibe y soporta exclusivamente el heredero o herederos, pero no los legitimarios".

De esta última cuestión nos hemos ocupado antes (n. 11), mostrando cuál consideramos la interpretación correcta del artículo 818 del Código civil, y la correlatividad que, en nuestra opinión, existe entre la cuota de legítima y el haber relicito indiviso en las fluctuaciones de valor extrínsecas o nominales de éste.

Si la tesis de Roca Sastre no es aplicable a la legítima en términos generales y la distinción de G. G. Valdecasas no es admisible, como hemos visto al comienzo de este estudio (n. 3), no será posible la aplicación que él hace a la que denomina cuota de legítima. Pero, además, como hicimos notar en otra ocasión (184), aparte de que la interpretación del artículo 818 no permite esa distinción, tenemos un

(183) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., pp. 199 y s.

(184) Cfr. nuestra crítica a la tesis de G. G. VALDECASAS, *Notas críticas*

argumento *ad absurdum* que nos parece contundente. Si, sumado al activo líquido el valor de lo donado a extraños, la donación absorbe toda la parte de libre disposición, ¿cómo será posible que el aumento en el valor de los bienes relictos posteriores a la fecha del fallecimiento del causante, pero anterior a la partición, pueda no jugar a favor de los legitimarios? Y si, en el momento de fijar la legítima, ésta agota todo el caudal, ¿cómo una parte de dicho caudal puede escapar a la legítima en virtud de un cambio de valor ulterior?

“El error de perspectiva que criticamos —decíamos— radica en entender que se *fija en dinero* cuando se *fija en una participación de bienes*. En el caso expuesto de haberse cubierto la parte libre con lo donado, la legítima abarcará todo el caudal relícto; y si lo donado a extraños cubriese la mitad de la parte disponible, se aplicarán a satisfacer la legítima, por consiguiente, los cuatro quintos de lo relícto” (en los que quedó fijada, al equivaler lo donado a un sexto de la suma de lo relícto y lo donado).

La tesis de Roca Sastre y G. G. Valdecasas que examinamos consideran la legítima como *pars valoris bonorum*, fijada *dic mortis* y a satisfacer, generalmente, *in substancia bonorum*.

Rechazado que su fijación *dic mortis* sea en valor dinerario, ello bastaría para excluir su carácter de *pars valoris bonorum* si fuese requisito de este tipo de legítimas su inmutable fijación en dinero. Pero, como antes hemos dicho, la naturaleza de la *pars valoris* no requiere que sea necesariamente así. Por eso necesitamos, además, recurrir a otra piedra de toque para juzgar de la inaceptabilidad de la teoría que examinamos.

Esta nos la proporciona el hecho, que no ofrece duda en el régimen del Código civil, por regla general al menos, de que el legitimario dispone en la práctica de la acción *familiae erciscundae* para pedir la división de la herencia y la determinación de su cuota, y no una mera acción personal para reclamarla como acreedor. Tampoco ofrece duda, en la práctica, que el heredero no puede satisfacer en bienes hereditarios su derecho a un legitimario sin contar con la aquiescencia de los demás legitimarios.

Estos dos datos nos confirman que la relación heredero-legitimarios es de comunidad y no un haz de relaciones crediticias —aunque sean generalmente de prestación en especie— entre el heredero y cada uno de los legitimarios. La descripción que el artículo 806 hace de la legítima, como “porción de bienes”, coincide, pues, con la tradición histórica del Derecho de Castilla y con la realidad práctica y vivida, que son incompatibles con la tesis de la legítima *pars valoris bonorum*.

B) *¿Puede admitirse, como regla general, que el testador, aun siendo la legítima “pars honorum”, pueda ordenar su commutación en metálico a uno o varios de los legitimarios, con tal de que los*

de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima, 25, en *A. D. C.*, XVI-I, enero-marzo 1963, pp. 98 y ss.

bienes que la integren queden, en su conjunto, en manos de los demás legitimarios del mismo grupo preferente?

14. Nos hallamos ante la tesis expuesta por Mario Armero Delgado (185) y desarrollada por Manuel de la Cámara Alvarez (186), al que trataremos de seguir para exponer fielmente resumidos sus razonamientos.

Rechaza Cámara la opinión dominante que venía manteniendo que aquellos preceptos del Código civil que autorizan el pago de la legítima en metálico son excepciones concretas de una regla general contraria (187).

Cree que del artículo 806, en cuanto a esta cuestión se refiere, "sólo es lícito inducir que, *en la duda*, tendrá derecho [el legitimario] a la legítima "in natura"...", "es decir, cuando no haya normas que expresa o tácitamente, directa o indirectamente, permiten al testador disponer el pago en metálico. El artículo 806 no formula una regla general prohibitiva de esa posibilidad y, por consiguiente, no obliga a tratar como excepciones sujetas a rigurosa interpretación restrictiva los preceptos que recogen aplicaciones concretas de dicha posibilidad".

En su opinión, los artículos 829 y 1.056, § 2.º, "evidentemente", "carecerían de sentido si el derecho del legitimario en el Código civil fuera simplemente y en todo caso el de exigir en dinero el valor de su legítima. Pero no se oponen, ni resultan inexplicables, aunque se

(185) MARIO ARMERO DELGADO, *Testamento y particiones*, núm. 371, p. 459. A su juicio, la interpretación *sensu contrario* del art. 1.056, § 2.º, para deducir de ella que en los demás casos no puede el padre ordenar el pago de las legítimas en metálico si éste no existe en la herencia, es "errónea", "porque el precepto citado no tiene el carácter de norma imperativa, sino simplemente facultativa", puesto que el artículo "dice que el testador tiene esta facultad en ciertos casos, pero no dice que esté prohibido en los demás, si su ejercicio no contradice otros preceptos imperativos", que, en su opinión, no los hay y el art. 815 así lo demuestra. "En resumen —concluye— el legitimario a quien el testador impone el pago en metálico en cantidad suficiente, tendrá que aceptarlo, carece de acción para impugnarlo, siempre que no se determine que la cantidad atribuida no es bastante."

(186) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 903 y ss.

(187) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I-II, tema LX, p. 270; JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios*, en *R.C.D.I.*, XIX, 1943, p. 666; ROCA SASTRE, loc. últ. cit., pp. 207 *in fine* y s.; ANGEL SANZ FERNÁNDEZ *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, art. 15, 3.º, 1, p. 143; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, loc. últ. cit., 546 y s., nota; FLORENCIO PORPETA, loc. cit., pp. 201 y s.; AMADEO DE FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, III, 2, en *A. D. C.*, I-I, pp. 64 y s.; MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones*, cap. XVII, § 5, p. 188; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Notas al Binder*, § 32, III, p. 300; MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturalza y eficacia de la partición practicada por el testador*, en *R. D. P.*, XXXVIII, junio 1954, página 517; FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, Madrid, 1956, núm. 163, p. 359; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, vol. V-III, cap. I, 4, B, p. 41; ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, op. cit., pp. 114 y ss.; FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio...*, vol. cit., núm. 96, pp. 548 *in fine* y 549; EDUARDO MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE, *Varitaciones...*, loc. cit., p. 184. También opinamos así en nuestros *Apuntes...*, I, *Resultados...*, A, b, p. 113 y II, § 5, p. 281, y *A. D. C.*, IV-II, p. 529 y V-III, p. 889.

reconozca que el testador tiene la facultad de disponer el pago en metálico”.

Cámara halla en el artículo 829 la clave para alcanzar la regla general contraria, es decir, la que acepta que el testador pueda ordenar que a un legitimario su originaria *pars bonorum* le sea satisfecha en dinero por otro de su mismo grupo de legitimarios a quien se le adjudique, además de la suya correspondiente, la porción de bienes que es commutada a aquél en dinero.

Para ello trata de precisar su *ratio iuris*. A su juicio, “la reducción “ad valorem” que prevé el artículo 829 se establece exclusivamente para respetar, o cumplir mejor, la voluntad del testador. La compensación en metálico no está supeditada a la concurrencia de ninguna circunstancia especial en la cosa objeto de la disposición, ni requiere que con la mejora se persiga una finalidad concreta”. Por eso cree que esta norma “pone en entredicho tanto el carácter excepcional que se le atribuye como la necesidad de acometer su interpretación con un criterio severamente restrictivo”. Criterio, éste, que estima incompatible con el hecho, para él evidente, de que el artículo 829 se apoya “exclusivamente en el respeto a la voluntad del testador”, que cree es la única justificación posible de ese precepto. “Porque —dice literalmente— la finalidad primigenia del artículo 829 en este punto no es tanto reconocer al testador la potestad de establecer el pago en metálico de la legítima individual de sus hijos cuando mejore en cosa cierta, potestad que el artículo prácticamente da por supuesta, como presumir que, en ese caso concreto, el testador lo ha querido así, o lo hubiera establecido de haber tenido en cuenta que la mejora tenía que ser reducida.” El artículo 829, “lejos de confirmar, por vía de excepción, una supuesta regla general contraria, más bien constituye un serio indicio para dudar de su existencia”.

Según Cámara, “parece lógico entender que el mismo trato respetuoso debe merecer la voluntad testamentaria cuando se esté ante supuestos diferentes, siempre que no concurran razones que justifiquen una solución diversa”, que —insiste— “no puede encontrarse sin más en el artículo 806”.

Esta afirmación la apoya Cámara en su consideración de que: “Desde el punto de vista objetivo, la aplicación del artículo 829 no tropieza con ninguna limitación” (188).

Tal es, sin duda, la clave de su tesis y el punto que creemos débil de la misma. Pero veamos cómo lo razona:

—“No se exige que la cosa objeto de la mejora guarde cierta relación de homogeneidad con el resto de los bienes hereditarios”; pues, según había argumentado antes (189), como “se admite implícitamente que la cosa objeto de la mejora absorba toda la herencia o una parte tan grande ella que haga necesario el abono en metálico a los demás interesados, con eso cancela el Código prácticamente la discusión sobre

(188) CÁMARA, pp. 923 y ss.

(189) *Ibid.*, p. 780.

si la cosa puede o no ser de calidad superior a la de los restantes bienes de la herencia".

—“Ni se requiere que en la cosa concurran determinadas circunstancias o características”, “el sistema de la reducción en metálico preconizado por el artículo no está subordinado a que la cosa sea indivisible o a que padezca o pueda perjudicarse con la división, supuestos en que la doctrina anterior al Código admitía, por excepción, la posible compensación dineraria. El contraste entre el silencio del precepto sobre este extremo con lo que disponen los artículos 820-1 y el 832 (que remite al 1.062) corroboran que, para la mejora en cosa cierta, admite la ley la reducción “ad valorem”, abstracción hecha de la divisibilidad o indivisibilidad de su objeto”.

—“La mejora puede tener por objeto una cosa o varias. El artículo 829 comprende las dos hipótesis. Aunque la Ley utiliza el singular, es evidente que éste no ha sido empleado de intento, pues semejante restricción carecería de sentido. Jamás se ha puesto en duda, ni antes ni después del Código, que la mejora de cosa cierta podía referirse a una pluralidad de bienes”. Mejora en cosa cierta significa “mejora en bienes determinados, y es la contrafigura de mejora de cuota”, “puede consistir en un conjunto de cosas, *inclusive en todas las integrantes del patrimonio del testador*”, según había dicho López Jacoiste (190).

—“La mejora puede referirse o no a una universalidad, constituya o no una unidad orgánica...”, “debe ser suficiente que los bienes en cuestión estén determinados (“señalados” como decía la ley de 20 de Toro) con suficiente claridad, para que no haya dudas en su identificación”.

—“El testador puede mejorar en bienes determinados a un solo hijo o descendientes o a varios. Por consiguiente, también a todos menos a uno.”

El autor resume: “Sin salir, pues, de la aplicación literal del artículo 829, es posible que el testador instituya a uno o más hijos en el único bien de la herencia, o en una pluralidad de objetos que agoten prácticamente su patrimonio, y disponga que a los demás se les satisfaga con dinero la legítima estricta.”

Y aún da un paso más: sería inadmisible que este resultado sólo se pudiera conseguir por medio del legado o de la institución “ex certa” y no a través de una institución hereditaria normal “ex asse”. No tiene sentido exigir a quien desee dejar su patrimonio a un hijo y a los demás la legítima estricta en dinero (o a la inversa), que atribuya “uti singuli” todos y cada uno de los elementos que componen aquél. Estaríamos en presencia de un requisito inútil y perfectamente arbitrario”.

Por eso pregunta: “¿Será necesario que el testador mejore para que se pueda aplicar analógicamente el artículo 829? ¿O será admi-

(190) JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, cap. IV, II, 1, p. 93.

sible que el testador deje todo su patrimonio a uno o más hijos (bien a través de asignaciones de bienes concretos, bien mediante institución regular), y disponga para los otros compensaciones pecuniarias que rebasen el monto de la legítima estricta de modo que equipare cuantitativamente a todos?"

"Para mí —responde— es clara la solución afirmativa. En el fondo del artículo 829, late el principio de que la legítima individual de los hijos o descendientes puede pagarse con metálico extrahereditario siempre que los bienes herenciales pasen "in natura" a otro hijo o descendiente legítimo. Ninguna razón abona que el derecho a la legítima "in natura" pueda ser eliminado si hay mejora y que, en cambio, sea intangible cuando el testador no quiera añadir a la desigualdad cualitativa otra desigualdad, más grave, de naturaleza cuantitativa."

Su conclusión principal es que el artículo 829, "rectamente interpretado, permite sostener", "que el testador está facultado para establecer, directa e indirectamente, el pago en metálico extrahereditario de la legítima individual de sus hijos y descendientes legítimos, a condición de que deje todos los bienes herenciales o una parte de ellos igual cuando menos a la total legítima colectiva, a otro hijo o descendiente legítimo. Es más, el precepto sólo se explica satisfactoriamente si se admite que constituye aplicación específica de la más amplia posibilidad que queda enunciada".

"El artículo 829 sólo facilita la distribución de la legítima colectiva entre sus destinatarios", por lo cual, "la atribución de todos los bienes hereditarios a un extraño, o a un legitimario de distinto rango con obligación de pagar en metálico, la legítima es un supuesto que difiere esencialmente del previsto por el artículo 829".

Pero Cámara (191) se da perfecta cuenta de una objeción que puede oponerle la doctrina dominante según la cual el artículo 1.056-2 tiene por verdadera función autorizar una excepción a la regla de que la legítima debe pagarse con bienes hereditarios. A su juicio, extraer esa "solución negativa del artículo 1.056-2 para evitar la presunta esterilidad del precepto y a través de una, en cierto modo, interpretación "a contrario" del mismo equivale a enfrentarlo insoslayablemente con el artículo 829", en el cual, según entiende Cámara, aun cuando admitiéramos que es también excepcional, esa excepción sería "mucho más amplia que la prevista por el artículo 1.056-2". Tanto que, a su juicio, "o se reconoce que el artículo 1.056-2 no tiene la función y el significado que se le asigna, o de lo contrario no hay más remedio que concluir que el artículo 829 y el 1.056-2 son dos preceptos manifiestamente antagónicos, puesto que del primero resulta [según la interpretación que como hemos visto tiene en opinión del propio Cámara] una potestad general de pago de la legítima individual en metálico, y del segundo vendría a deducirse regla general contraria".

(191) CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 943 y ss.

De su estudio deduce que el artículo 1.056-2 “es una de estas tres cosas:

“a) Una norma que está en contradicción con el artículo 829 y que debe ceder ante éste...” Razones: El artículo 829 viene a representar “la culminación o punto final de una evolución que se inicia cuando las leyes 217 del Estilo y 19 de Toro abren brecha en la doctrina romanista que hacia recaer la legítima “*in qualibet re hereditaria*” (192), mientras el artículo 1.056-2 “carece, por el contrario, de precedentes y constituye un precepto nuevo en el Derecho español”. “Los precedentes legislativos, tampoco arrojan ninguna luz sobre el segundo párrafo del artículo 1.056; en cambio “son muy expresivos por lo que respecta al 829”, ya que confirman el valor *in natura* de la mejora inoficiosa, arbitrando una compensación en metálico, que el Anteproyecto 1882-1888 había propuesto también admitir en valores. “Los principios generales de nuestro sistema son favorables al artículo 829”, pues si es cierto que el testador “goza de omnímoda libertad distributiva, por lo cual si puede dejar al legitimario cualquier bien hereditario elegido a su arbitrio siempre que su valor iguale al mínimo legal exigible, no parece razonable prohibirle que pueda ordenar el pago de ese valor en metálico, aunque no lo haya en la herencia, o no lo haya en valor suficiente, al menos siempre que se trate de la legítima individual de un legitimario.”

“b) La simple aplicación a un caso particular de las soluciones y principios que resultan del 829.”

“c) Un precepto que tiene por fin limitar excepcionalmente la potestad que tiene el padre de señalar a su arbitrio los bienes hereditarios destinados a pagar la legítima individual de sus hijos.” Es decir, que excluye la compensación en otros bienes de la herencia y sólo la permite en metálico, ya sea hereditario o procedente de la venta de bienes de la herencia, o bien extrahereditario.

15. El examen crítico de esta interesante tesis, requiere que ante todo intentemos revisar, desde sus antecedentes históricos, su interpretación de la facultad de abonar el exceso en metálico que regula el artículo 829 C. c.

Comenzaremos por las leyes 19 y 20 de Toro.

Sabemos que la ley 19 de Toro permitió al padre, a la madre y abuelos “*señalar en cosa cierta, o parte de su hacienda el tercio e quinto de mejoría*”, “*con tanto no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte*”.

Dos puntos interesan a nuestro objeto, para interpretar este texto:

a) La facultad de señalar la mejora “*en cosa cierta, o parte de su hacienda*”.

(192) Cfr. *supra*, n. 3, que es inexacta esta afirmación de nuestro querido compañero, puesto que precisamente esas dos leyes confirman la doctrina romanista que permitía pagar la legítima en cualquier cosa que no fuere *deteriori o sumptuaria*.

La cosa cierta había sido ya definida en la precedente ley 213 del Stilo cuando autorizó para mejorar “en una cosa apartadamente de las suyas, mayormente si son casas o torres, o otra cosa que no se pudiese partir sin menoscabo de la cosa”.

Cifuentes (193) dio por admitida la posibilidad de mejorar en varias cosas ciertas, puesto que alternativamente al comentar la ley habla de la asignación de la mejora “in certa re vel rebus”.

Pero, además, la ley XIX de Toro se refiere a la mejora “en parte de su hacienda”. Diego Castillo (194) la expresó como equivalente de “vel in certa parte sive substantiae”, y Tello (195) y Matienzo (196) de “vel parte bonorum”. Ya modernamente Llamas y Molina (197) pone como ejemplo de mejora comprendida en este supuesto de la ley 19, la hecha, v. gr., en todas las tierras de regadío.

b) La limitación de que no exceda de lo que “valiere la tercia parte de los bienes al tiempo de su muerte”.

Esta limitación es referida en la letra de la ley al caso de que la mejora fuese de tercio, pero había que referirla a la quinta parte caso de serlo de quinto, o a la tercera más la quinta si fuese mejora de tercio y quinto.

El interés se centra aquí, para nosotros, en el examen del supuesto de que la cosa o cosas asignadas excedieren del valor de dichos tercio o quinto, o tercio y quinto, en sus respectivos casos.

Los autores, que se plantearon esta cuestión, respondieron que sólo en el exceso quedaba revocada (198). Notemos, sin embargo, que en ese exceso, que no cabía en tercio y quinto de mejora, podía sostenerse imputándola a la legítima estricta del mejorado (si no era nieto hijo de hijo vivo y no desheredado justamente) conforme al criterio de imputación de la ley 29 de Toro (199).

(193) MIGUEL DE CIFUENTES, *Glosa...* cit., lex XIX Tauri, n. 3, ed. cit., fol. XXII vto.

(194) DIEGO CASTILLO, *Utilis et aurea glossa...*, lex XIX, pr. ed. cit., fol. 102 vto.

(195) TELLO FERNÁNDEZ, *Constitutionum Tauri...*, lex XIX, pr. cfr. ed. cit., fol. 163 vto.

(196) MATIENZO, *Commentaria...*, lib. 5, tit. 6, 23, gl. I, a, ed. cit., fol. 146 vto.

(197) SANCHO LLAMAS Y MOLINA, op. cit., ley 19, n. 7, ed. cit., vol. I, p. 350.

(198) Cfr. DIEGO CASTILLO, op. y loc. cit., i, fol. 102 vto. *in fine y s.*: “alias revocatur donatio quatenus excedat tertiam et quintam partem bonorum testatoris”; CIFUENTES, op. y lex cits., n. 1, fol. XXI vto.: “quia quod excedunt revocabitur”; COVARRUVIAS, *Variarum Resolutionum*, lib. I, cap. XIX, pp. 1 y 2, cfr. *Opera omnia*, ed. Lugduni 1586, vol. II, p. 248; MATIENZO, op. y lex cit., gl. III, núms. 1 y 2, fol. 147 vto.: “Donatio excedens tertium et quintum revocatum quatenus dictam quantitatem tertii et quinti excedit, non in totum”... “ideo quia utile potest separari ab inutili, atque ideo per inutile non viciatur”; ANDRÉS ANGULO, *Commentaria...* cit., lex 3, gl. 6, núm. 2, fol. 115 y vto.: “Si autem res donata vel asignata pro melioratione excedat valorem tertii et quinti: revocanda erit in excessu”... “Quod autem solus excessus revocatur; probat etiam noster lex in istis verbis “con tanto no exceda”.

(199) Cfr. COVARRUVIAS, loc. ult. cit.: “sequidem pater potest quamlibet ex filiis Quinta et Tertia bonorum partibus meliorare qua ratione si

La ley 20 de Toro y, en especial, algunos de los comentarios a la misma nos ayudarán a proseguir este examen.

Esta ley 20, después de excluir la opción de los hijos y nietos del testador a pagar en dinero el valor del tercio y del quinto, señaló que: “*sino en las cosas que el testador ouire señalado la dicha mejora del tercio y quinto, o quando no la señaló, en la parte de la hacienda que el testador dexare, scan obligados los herederos a ge lo dar, salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad que no se pueda convenientemente dividir, que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado o mejorados el valor de dicho tercio y quinto en dinero*”.

Los comentarios a este texto, de Gómez Arias (200), Tello Fernández (201), Matienzo (202) y Andrés Angulo (203) nos parece sumamente interesantes para la interpretación del artículo 829 C. c. Distinguen, al efecto, dos supuestos:

a) *Si el testador señaló las cosas singulares en que debía satisfacerte la mejora de tercio y quinto.*

En este caso, afirmaron que no podía tener lugar la facultad del heredero de pagar la estimación en metálico, ni aun cuando las cosas no tuvieran cómoda división (al menos, según Tello, si la tradición real o ficticia de la cosa hubiese tenido lugar y, por lo tanto, el dominio pasado al mejorado). La solución la lograban adaptando al Derecho regio la doctrina de Bartolo y Baldo al comentar la ley *Sancimus*, § *Ne autem, Cod. De donationibus* (Cod. VIII-LIV, 34, § 1.^o) y la ley *Scimus*, § *Repletionem, Cod. De inoffi, testamen.* (Cod. III-XXVIII, 36, § 1.^o) y, así, resolvían que, si la cosa donada excediese del valor del tercio y del quinto, como el resto era legítima, si cómodamente no pudiese dividirse, debía acudirse a su licitación, pero dando preferencia en ella a quien correspondiese la mayor parte (que normalmente sería el mejorado), para ofrecer la estimación a los dueños de las menores partes, según explican Gómez Arias, Matienzo y Angulo, si bien añaden éstos que a falta de acuerdo permanecerían en comunidad en tanto ésta no se disolviera judicialmente. “*Optio deferatur habenti maiorem partem et si non acceptat transit optio ad habentem minorem partem*”, precisó Gómez Arias (núm. 9).

donatio facta fuerit a patre filio, quae eius legitimam portionem excesserit, ipse filius censemur ea ex parte donationis quae praeter legitimam subsidiae Quintae et Tertiae bonorum partibus equivalet, omnino melioratus”. Por lo cual, la revocación se reducía a la legítima debida a los demás hijos una vez deducidos quinto y tercio.

(200) FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, *Subtilissima nec non valde utilis glossa ad famosissimas subtilem necessarias ac quotidianas leges Tauri*, ley XVIII, [XX], glos. a las palabras “*Saluo si la hacienda*”, núms. 6, 7, 8 y 9. Cfr. ed. Complutensis 1542, fol. CXXXII.

(201) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XX, núm. 14, vers. *Unde elicetur*, fol. 172 vto.

(202) MATIENZO, op. cit., lib. y tít. cit., lex IV, gloss. IV, 2 y 3, fol. 150 vto.

(203) ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 4, núm. 1, fol. 121 vto.

b) *Si el testador no señaló las cosas con que debía satisfacerse la mejora de cuota.*

En este caso si la herencia resultase indivisible, como sea que el hijo mejorado era también heredero en su legítima, resultaba —según subrayaron Gómez Arias, Tello y Matienzo— que debía aplicarse el criterio particional de dar preferencia al titular de la mayor parte para pagar a los demás en dinero lo que les correspondiese conforme la estimación de la cosa y con licitación ante el juez a falta de acuerdo. Matienzo invoca al efecto la ley final, tit. 15 de la 6.^a Partida, en la que en sus apartados segundo, tercero y cuarto al hablar de los poderes del juez, se lee: “*E porende quando el viesse que alguna casa o viña que denia ser partida entre ellos, se menoscabaría mucho por fazer muchas partes de ella, bien pudiese mandar que la haya toda el uno, o los dos. E puede fazer obligar, a aquel o aquellos que la ouiren, que den por su parte a cada uno de los otros tantos maravedis quanto el estimare que podrian valer las sus partes, que ania en aquella casa, o en aquella viña, si partida fuese. Esso mismo deue fazer en las cosas que son atales, que non se pueden partir segund natura quisadamente, assi como cavallo, o otra bestia: ea develo apreciar, quanto vale, e darlo al uno e mandarle, que segund aquel apreciamiento, que de su parte a cada uno de los otros en dineros; e los herederos son tenudos a fazer lo que les el Juez mandare en esta razón.*”

Ayerve de Ayora (204), al comentar este texto, señala como soluciones por las que el Juez puede decidir: el sorteo, la licitación, la adjudicación al que tuviese la mayor parte, siempre a calidad de abonar el adjudicatario a los demás herederos su parte en dinero.

El artículo 661 del Proyecto de 1851 al regular la mejora en cosa cierta señaló este límite: “con tal que el valor de ésta [la cosa] no exceda de la medida legal de aquélla” [la mejora] (205). Más explícito fue el artículo 814 del Anteproyecto 1882-1888, que dice: “El que hace la mejora podrá señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda del tercio destinado a la mejora, de la cuota disponible y de la legítima correspondiente al mejorado, debiendo éste abonar a sus hermanos la diferencia, si la hubiere, en metálico o en valores.”

Podemos decir, pues, que el artículo 814 del Proyecto recogió el criterio de la ley 19 de Toro con respecto a la mejora en cosa cierta ordenada por el causante, complementada con la solución propuesta por Gómez-Arias, Matienzo y Angulo, en caso de que la cosa cierta excediera de la mejora y legítima del mejorado y no tuviera cómoda división, con las siguientes particularidades: a) no alude a que la cosa no tuviera cómoda división; y, b) prevé la compensación no sólo en metálico sino también en valores.

(204) AYERVE DE AYORA, op. cit., I parte, cap. I, núms. 12 y ss., fol. 3 y vto.

(205) Nada dice acerca de la cuestión que citamos la glosa de GARCÍA GÓYENA, op. y vol. cits., art. 665, pp. 108 y s.

El artículo 829 C. c. dispone que: "La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados."

Con respecto a su precedente inmediato, artículo 814 del Anteproyecto, se observan las siguientes modificaciones: a) no habla de la imputación de la mejora a la cuota disponible; b) no alude a la posibilidad de compensar en valores, y c), en lugar de referir la compensación "a sus hermanos", la refiere "a los demás interesados", expresión que puede comprender no sólo a los descendientes de hermanos premuertos y al viudo o viuda, sino también, en su caso, a los destinatarios del tercio de libre disposición.

A la primera y la tercera modificación no se les puede dar más trascendencia que la de prever que la mejora de cosa cierta, por presuponerse que esta fue la voluntad del testador, no se impute al tercio libre salvo si otra cosa no resultare de aquella interpretando el testamento conforme previene el artículo 675 C. c. (206) y, consiguientemente, la de admitir que pueden haber destinatarios de ese tercer tercio a quienes haya que compensar. La no aceptación de la propuesta admisión de la compensación en valores, no parece sino indicar que prevaleció el criterio de que, en este punto, el Proyecto iba demasiado lejos.

16. Tres puntos del artículo 829 nos interesa examinar: a) Si realmente no es requisito para la compensación en metálico que la cosa determinada no admita cómoda división; b) Si entre las cosas determinadas cabe incluir explotaciones agrícolas o. industriales u otras universalidades o cosas complejas. c) Y cómo debe procederse —a la reducción o a la compensación— cuando la mejora comprenda varias cosas determinadas.

a) El requisito de la *cómoda división*, como hemos visto, no estaba expresado en la ley 19 de Toro, que tampoco preveía la compen-

(206) Cfr. nuestro trabajo *La mejora tácita...*, VII, 1, c, en *An. Ac. Matr. del Not.*, VIII, pp. 73 y ss., donde indicamos que, frente a los autores con postura literalista que excluyen la aplicación al tercio de libre disposición de la mejora de cosa determinada, como SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, LACOSTE, DE DIEGO, CASTÁN, ROMERO VIEITEZ, FERRARA, FUENMAYOR y, a regañadientes, URIARTE BERASÁTEGUI, que califica el artículo de monstruoso, no habían faltado autores que, más o menos tímidamente, como MANRESA, MORELL y VALVERVE VALVERDE, aceptaron la aplicación a la parte libre de la mejora de cosa cierta en cuanto aquélla no estuviese cubierta por disposiciones que expresamente se le imputaran. Defendimos esta opinión con argumentos principalmente históricos. A ella, después de nuestra conferencia dada en enero de 1950, se han sumado entre otros: ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones* de Kipp, Madrid, 1951, vol. 2, cap. VII, Apéndice, IV, p. 362; J. J. LÓPEZ JACOSTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, cap. V, III, 1, pp. 164 y ss.; CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 914 y ss.; PUIG BRUTAU, *Estudios...*, V, III, cap. I, 5, VIII, p. 70 y ss.; FRANCISCO BONET RAMÓN, *Código civil comentado*, Madrid, 1964, art. 829, p. 654. En el mismo sentido cabe invocar la muy anterior S. de 5 de noviembre 1925.

sación en metálico por el mejorado, y sin embargo, una y otra, aparecen contempladas en sus comentarios a la ley 20 por Gómez-Arias, Tello-Fernández, Matienzo y Angulo. Es decir, que la innovación del artículo 814 del Anteproyecto y del 829 C. c., por lo que se refiere a la indemnización en metálico, sólo lo es en cuanto al texto literal de la ley, pero no con respecto al Derecho anterior totalmente considerado. La inexpressión, en ese caso, del requisito de que la cosa no tenga cómoda división, ciertamente pudiera significar una innovación siempre y cuando de la completa interpretación y si fuese preciso integración de la norma, resultare efectivamente que aquél no es hoy requisito. Pero, por el contrario, también podría resultar que continuara siéndolo o, finalmente, que su inexpressión significara la presuposición de que en toda mejora en cosa determinada ésta no admite cómoda división. Ahí está la cuestión que ante todo debemos dilucidar.

Notemos, primero, que es lógicamente presumible la voluntad del testador de que el mejorado reciba íntegra la cosa determinada, y, segundo, que esa voluntad no puede tener obstáculos en el tercio de mejora y en la parte de libre disposición, aunque haya otros destinatarios de estas cuotas sin asignación de cosa determinada. Lo que el testador pudo no haber conferido, tanto más puede no atribuirlo en bienes sino en su equivalente en metálico, sin límite de personas tratándose de la parte de libre disposición, y con tal de que su sustancia y dinero no salgan del orden de los descendientes legítimos tratándose del tercio de mejora (a salvo, es claro, la legítima vidual) (207).

El problema se circunscribe tan solo en lo que afecta a la legítima estricta de los demás descendientes, que es donde rozamos los límites de la libertad de disponer del causante.

Si la legítima es porción de bienes y la cosa determinada en que consiste la mejora es susceptible de cómoda división, ¿cabe al causante imponer la indemnización en dinero?, ¿es esto lo que presupone y acepta el artículo 829?

Tenemos una cosa en comunidad entre varios legitimarios de los cuales uno es el mejorado. El Código civil previene, en varios artículos, varias fórmulas para resolver esas comunidades causadas por la sucesión.

1.) El precepto más general es el artículo 1.062, que con referencia a la partición y cuando no exista ningún dato específico que conduzca a otra solución, admite indiscriminadamente que una cosa *indivisible* o que *desmerezca mucho* por su división, se adjudique “*a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero*”; aunque en su § 2.º añade: “*Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.*”

2.) En segundo lugar tenemos los artículos 821 y 822, que contemplan “*el legado sujeto a reducción*” que “*consista en una*

(207) Cfr. CÁMARA, loc. últ. cit., p. 931.

finca que no admita cómoda división", y aceptan como criterio el de que ésta quede para el legatario si su porción resultante de la reducción es mayor que la de los herederos forzosos, o para éstos en caso contrario, pero previniendo que "aquélf y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero" (art. 821, § 1), o, en ambos casos, a la inversa si ese derecho no quisiere usarlo aquél a quien se le concede en primer lugar; y, finalmente, acude al recurso de la venta en pública subasta, a instancia de cualquier interesado, si tampoco hubiese querido usar del derecho aquél a quien le correspondió en segundo grado (art. 822).

El artículo 821, en su § 2.º, contiene una regla especial: "*El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca, cor tal de que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.*" Párrafo que debe interpretarse en relación con el anterior, pues de lo contrario llevaría literalmente al absurdo de que el legatario que fuese además legítimario sólo podría quedarse la finca si ésta no superase su legítima y la porción disponible, mientras el legatario extraño puede optar por quedársela con tal de que su participación cubra más de la mitad. Su significado, pues, no puede ser otro que determinar: 1.º) Que el exceso del legado respecto la parte que resulte disponible, se imputará a la legítima del legatario. 2.º) Que, si aún excediere el legado del valor de la parte disponible y de la legítima del legatario, éste para quedarse con la cosa legada deberá abonar en dinero a los demás legitimarios el valor que, en virtud de la debida reducción, les corresponda. Queda flotando la duda —como veremos— de si la prelación, para quedarse con la finca, se halla condicionada, como en el § 1.º, a que después de la reducción le corresponda al legatario la mayor parte de aquélla.

Lo que resulta con toda evidencia de los artículos 821 y 822 es que tan solo se da como último recurso el derecho a pedir, con admisión de licitadores extraños, la venta en pública subasta de la cosa que sea indivisible o desmerezca mucho con la división. Este derecho que, conforme la regla general del artículo 1.062, corresponde a todo heredero, en cambio, cuando se trata de un legado sujeto a reducción que desmerezca mucho con su división, sólo se puede ejercitar a instancia de cualquiera de los interesados, en un tercer grado, es decir, cuando ni el legatario ni los legitimarios hayan usado su derecho a quedarse con la cosa y compensar en dinero, con preferencia de uno u otros en primero o segundo grado según sea partícipe de la mayor parte aquél o éstos.

Aunque García Goyena (208) no señaló antecedentes españoles al artículo 650 del Proyecto de 1.851, precedente del § 1, artículo 821 C. c., sino tan sólo el extranjero de los artículos 735 y 736 sardos, es lo cierto que aquél recogía los comentarios de Gómez

(208) Cfr. GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 650, pp. 99 y s.

Arias, Tello Fernández, Matienzo y Angulo a la ley 20 de Toro, que antes hemos visto referidos al legado de quinto.

Y también es de notar que el adicionado § 2.^º recoge plenamente el criterio de estos autores en el supuesto de que la mejora fuese de cosa determinada, a pesar del que en la nota puesta al artículo 806 del Anteproyecto 1882-1888, que introdujo este párrafo, sólo es invocado como precedente suyo el artículo 826 del Código italiano de 1868 (209).

Es de observar que el testador puede variar estas reglas. Así:

— Puede excluir la aplicación del artículo 1.062, § 1, asignando a un solo heredero la cosa, a calidad de que éste compense a los demás herederos con otros bienes aunque éstos sean de distinta naturaleza, calidad y especie (como resulta del artículo 1.056, § 1.^º).

— Puede ordenar que la cosa indivisible se adjudique al mayor partícipe y que éste abone a los demás su porción en metálico, suspendiendo la regla del 1.062, § 1, solución que halla fundamento analógico en el artículo 821, § 1.^º

— Puede invertir el orden de prelación de los artículos 821 y 822, por lo menos para dar preferencia a los legitimarios si éstos son los menores partícipes, o para ordenar que, sin previas opciones, se acuda a la pública subasta para resolver el indiviso.

— Más que dudoso, parece, en cambio, inadmisible que también pueda ordenar la preferente adjudicación al legatario extraño, a calidad de abonar el exceso a los legitimarios, en el caso de que éstos resulten los mayores partícipes de la cosa.

Notemos que, si bien la ley 20 de Toro, para el supuesto de mejora del tercio o quinto de parte de su hacienda —no de cosa determinada— y de no resultar esta parte cómodamente divisible, concedió opción al heredero o herederos para satisfacer la mejora en dinero o en parte de los bienes, ello no obstó para que se entendiera, como hizo Angulo (210): “*nisi aliud constat de voluntate meliorantis, quia etiam si bona commoda dividi possunt, poterit adhuc solvi estimatio, si constat hoc voluisset. Et per contrarium, quando hereditas commode dividi non potest; adhuc erit solutio in corporibus faciendam si constet hoc voluisset poterit, quando se retulit ad corpora hereditaria: iubendo dare pro indiviso, ex doctrina Baldi...*”

3.^º En tercer lugar tenemos el supuesto del artículo 829 que, comparado con el del artículo 821, ofrece las siguientes diferencias, por lo menos en su expresión literal:

a) El artículo 821 trata del *legado*, el 829 de la *mejora* y, en consecuencia, mientras el 821 § 2.^º imputa la cosa a la porción disponible y a la cuota que al legatario le corresponda en la legítima, en cambio el 829 la imputa al tercio destinado a la mejora y a la parte de legítima correspondiente al mejorado. Regresando a la ley 19 de Toro podemos decir que el artículo 829 se refiere inicialmente a la

(209) Cfr. la edición del Anteproyecto cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, p. 249.

(210) Cfr. ANDREA ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 5, núm. 1, ed. cit., fol. 122.

mejora de tercio, y el 821, § 2.º, a la de quinto (hoy legado del tercio de libre disposición), pero que ello ha de entenderse sin perjuicio de que ambas disposiciones puedan extenderse a la otra cuota como hemos visto antes respecto del artículo 829 (211) y como, en otra ocasión, hemos afirmado del artículo 821, § 2.º, relacionándolo con el artículo 828 C. c. (212).

β) El artículo 821 subordina que la adjudicación al legatario, con la consiguiente compensación por éste en dinero, a que se trate de "una finca que no admite cómoda división", mientras que el artículo 829 sólo habla de "mejora en cosa determinada" sin otra precisión.

Esto suscita una duda: ¿han de completarse, a este respecto, ambos preceptos? ¿Debe extenderse el criterio del artículo 821 a todo legado de cosa —aunque no sea inmueble— que no admite cómoda división, y debe restringirse el artículo 829 a la mejora de cosa que no admite cómoda división? O bien, ¿ambos preceptos no sólo se diferencian por referirse uno a los legados y el otro a las mejoras, sino también en sus requisitos, menos exigentes en el 829, en cuanto no sea necesario para su aplicación que la cosa determinada objeto de la mejora no admite cómoda división?

γ) El artículo 829 resuelve que la cosa queda para el mejorado y que éste compense el exceso; y el 821, completado con el 822, prevé, además, subsidiariamente el supuesto de que el legatario no opte por quedarse íntegramente la cosa legada y abonar en dinero la compensación que corresponda.

δ) El artículo 821 da preferencia al legatario para que se quede con la finca legada si la reducción de su legado no absorbe más de la mitad del valor de aquélla, mientras que el artículo 829 atribuye en todo caso la cosa al mejorado. Ciento es, sin embargo, que del § 2.º del artículo 821 quizá pueda deducirse que si el legatario es a la vez legitimario, la prioridad en la opción será siempre suya, o tal vez ésta se presuponga porque normalmente la mayor parte de la finca le corresponderá ya que sumará los conceptos de legatario y legitimario.

17. ¿Existe una *ratio* diferente, derivada de la primera diferencia expresada, que justifique que en la regulación del supuesto del artículo 821, § 1.º, se den con respecto a la solución de la hipótesis del artículo 829 las otras tres diferencias expuestas que parecen resultar de sus letras respectivas.

Creemos que la tercera diferencia es puramente textual y que, por lo tanto, la regulación de los artículos 821 y 822, al ser más completa,

(211) Cfr. *supra*, nota 206.

(212) Cfr. *La mejora tácita....* IX, 4, loc. cit., pp. 132 y ss. En igual sentido: ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol. cit., cap. VII, Apéndice *La mejora*, IV, p. 362; LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de Sucesiones*, de JULIUS BINDER, Barcelona, 1953, § 33, p. 308; LÓPEZ JACÓFSTE, op. cit., cap. VI, II, 6, p. 151, y CÁMARA ALVAREZ, loc. ult. cit., p. 938.

debe servir para complementar la del artículo 829 siempre que se de el caso de que el mejorado no quiera o no pueda abonar el exceso en metálico a los demás interesados.

Por lo que se refiere a la duda acerca de la realidad o mera apariencia de la segunda de las diferencias literales, veamos cómo la plantea y resuelve Manuel de la Cámara (213), al contestar a su propia pregunta de si, el texto del artículo 821, § 2.^o, significa “...que todo legado inoficioso hecho a un legitimario debe ser reducido “*in natura*”, salvo que se trate de legado de finca que no admite cómoda división si la reducción no absorbe más de la mitad del valor de la finca? La respuesta negativa es indudable al menos para el caso de que el legado inoficioso tenga carácter de mejora, pues entonces entrará en juego el artículo 829, que permite al legatario mejorado imponer la reducción en metálico. Ello nos prueba, sin más, hasta qué punto sería improcedente aplicar de modo absoluto y sin las debidas discriminaciones la regla general que implicitamente apunta el artículo 821”. Y añade aún: “Cuando el legatario sea un hijo o descendiente legítimo con derecho a legítima, y el legado tenga carácter de mejora, el legatario podrá retener toda la finca, aunque ésta sea cómodamente divisible y su valor rebase el de la porción disponible y el de su legítima. El legatario sólo estará obligado de acuerdo con el artículo 829, a satisfacer a los demás herederos forzosos el exceso en metálico.” Con ello estima demostrado “que el artículo 821-2 es perfectamente compatible con la reducción en metálico, aunque no se esté en la hipótesis específica de legado de finca que no admite cómoda división”.

“En cambio —añade—, sí parece que el artículo 821-2 impide extender más allá de los límites estrictos la potestad que el artículo 829 atribuye al mejorado de pagar con metálico el exceso o diferencia, aunque el testador no lo haya establecido así”, pues cree que esta potestad “sólo puede fundamentarse en la voluntad presunta del testador. Pero esta presunción no puede jugar más que en la mejora de bienes determinados”, “porque del artículo 821 resulta que la regla general en materia de reducción es la reducción “*in natura*”. Regla que, a su juicio, tiene “un valor imperativo o un valor dispositivo” según “quién sea el destinatario de la liberalidad inoficiosa”, esto es, según sea o no sea el destinatario hijo o descendiente del causante.

Por lo tanto, Cámara distingue en el artículo 821 un supuesto en el cual la cosa para dar lugar a la reducción *ad valorem* no ha de ser susceptible de cómoda división, cuando el legatario no es hijo ni descendiente legítimo, y otro supuesto, si el legatario reúne esa circunstancia, en el cual el § 2.^o se completa con el artículo 829, y, por ello, no es preciso que la cosa no admite cómoda división para que no haya reducción *in natura* sino *ad valorem*.

Claro es que nuestro querido compañero parte de que esta úl-

(213) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 936 y ss.

tima es la regla del artículo 829, basado en que su texto no exige que la cosa determinada no sea susceptible de cómoda división para excluir la reducción *in natura* y dar lugar a la compensación en metálico. Con ello presupone que el texto del artículo 829, en este punto, es completo y no requiere integración.

Sin embargo, esta afirmación nos parece discutible.

Así, SÁNCHEZ ROMÁN (214) trató de conjugar el artículo 829 con el 1.062, con lo que presupuso implícitamente que aquél se refería a la mejora de cosa indivisible o que desmereciera mucho con la división. destacó el hecho de que el artículo 1.061 habla de *coherederos* y el 1.062 atribuye a uno solo cualquiera de los *herederos* la posibilidad de exigir la venta de la cosa indivisible en pública subasta, mientras que el artículo 829 habla en otros términos de indemnizar *a los demás* interesados, entre los que caben los destinatarios de la parte disponible, de lo cual indujo que el artículo 829, sin interferirse en el derecho de uno cualquiera de los *herederos* a pedir la venta en pública subasta que previene el artículo 1.062, sólo se aplica respecto de los “demás interesados” en su “especial supuesto de mejora con señalamiento de bienes en cosa determinada”.

También Morell y Terry (215) se preguntó si, en el supuesto de reducción del artículo 829, no será posible que cualquier coheredero pueda pedir la venta en pública subasta de la cosa indivisible, aunque contestara negativamente: “Parece que no; la ley le da desde luego el carácter de indivisible, aunque no lo sea, puesto que aun excediendo su valor de lo que el mejorado puede recibir, quiere que se entregue toda ella, abonándose en metálico la diferencia, y no hay razón para privarle de ese derecho. Solamente en el caso de que no pueda abonar esa diferencia en metálico podrán convenir los interesados, ya en que se abone en otra clase de bienes, ya en que se proceda a su venta o se divida si es posible, ya en que se adjudique a otro u otros, abonando éste o éstos a los demás lo que pueda resultar de exceso o diferencia”.

Subrayemos la afirmación de Morell de que en la mejora en cosa determinada “la ley le da el carácter de indivisible, aunque no lo sea”. En cuanto al resto de sus afirmaciones hagamos la salvedad de que el artículo 822 relega, para el supuesto del artículo 821, a tercero y último remedio la venta en pública subasta, que es precedida por la atribución de la cosa a los legitimarios a calidad de compensar en dinero al legatario. Lo cual nos parece analógicamente aplicable al supuesto del artículo 829.

No hay, pues, colisión con el artículo 1.062 sino una excepción a la regla de éste en tanto el asignatario o, de no hacerlo él, los demás interesados paguen la compensación en dinero.

Pero vayamos al primer punto concreto que aquí nos interesa es-

(214) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, VI-II, cap. XVII, núm. 35, p. 1206.

(215) JOSÉ MORELL Y TERRY, *Mejoras*, en *Estudios sobre el Código civil*, Madrid, 1894, pp. 56 *in fine* y s. y R. G. de L. J., pp. 578 y s.

pecialmente, relativo a si la indivisibilidad de la cosa o su incómoda división es, o no es, requisito para que pueda imponerse, a los legítimarios que no puedan exigir la reducción *in natura* de la mejora, sino la compensación *ad valorem* que el artículo 829 previene.

Manresa (216) destacó: "Obsérvese que no se exige que se trate de cosa indivisible o de difícil división. Sea como sea, el testador quiso que la recibiese el mejorado, y la ley, respetando esa voluntad, se la asigna íntegra, si bien, exige que se abone *en metálico* la diferencia a los demás interesados". No obstante, una página después, añade que: "El objeto de este artículo es principalmente evitar la indivisión y la división de fincas, almacenes, talleres, fábricas, etcétera, manteniendo a ser posible su unidad con arreglo a voluntad del causante".

Según López Jacoiste (217), en el artículo 829 C. c. la "*conservatio rei*" no está fundada "en una supuesta indivisibilidad ni en otra cualidad objetiva de la cosa, sino en la tipicidad misma de la figura, no es sino una prueba del favor con que cuenta la mejora en nuestro sistema sucesorio"..."En su virtud, la mejora en cosa cierta se presenta con una elasticidad, fundada en la mera naturaleza de su título o calificación, que difícilmente se encuentra en otras instituciones sucesorias."

Con estos datos y argumentos a la vista no podemos menos que preguntar si nuestros queridos amigos y compañeros López Jacoiste y Cámera Alvarez extraen de la letra del artículo 829 un contenido que excede de cuanto una interpretación histórica, finalista y sistemática del precepto puede confirmar.

Es cierto que el artículo 829 C. c. no exige literalmente que la cosa determinada objeto de mejora sea indivisible, o que desmerezca mucho con ella, ni que, al menos, no sea cómodamente divisible, para que se exima al mejorado de sufrir su reducción en sustancia, en caso de resultar inoficiosa la mejora dispuesta. Pero, ¿por qué es así?, ¿porque sólo contempla el caso general de que sea la cosa indivisible o de incómoda división?, ¿porque estima que el precepto ya tiene su complemento en el artículo 821?, ¿porque confía al buen juicio del testador la apreciación en cada caso de si se da la característica de no ser cómodamente divisible la cosa o de desmerecer mucho con su división, juicio que en este caso sólo sería revisable por los Tribunales cuando patente y evidentemente no correspondiese a la realidad?; o bien, ¿porque realmente en el mismo se ha querido establecer una regla especial distinta para la mejora, que alterara de modo general entre los legítimarios el sistema castellano de las legítimas y dejara al arbitrio del testador determinar que, mediante la compensación en dinero extrahereditario a los demás legítimarios, la porción de bienes re-

(216) MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 829, ed. cit., pp. 439 y s.

(217) LÓPEZ JACOISTE, op. últ. cit., cap. VII, II, 1, pp. 186 y s.

servada a todos ellos quede en manos sólo de uno o de varios de ellos?

Nos parece un poco fuerte aceptar en principio esta última posibilidad. Estimamos atrevido sostener que la admisión de la compensación en dinero entre colegitimarios, por voluntad del testador, resulte ser regla general de un modo indirecto, precisamente inducida a través de un artículo específico y en virtud de su interpretación rigurosamente literal, primero, y, luego, a su elevación a regla general mediante una analogía muy extensiva.

Un examen histórico (218) nos muestra que las leyes 19 y 20 de Toro y sus comentaristas, partieron siempre de distinguir si las cosas o la parte de hacienda admitían o no cómoda división. Una interpretación finalista nos lleva a preguntar: ¿por qué el título de mejora ha de dar a la voluntad del testador una fuerza desconectada de toda circunstancia de hecho que la justifique? Y una visión panorámica, y sistemática del Código civil nos muestra que ningún otro precepto concede esta facultad en materia de legítimas de hijos y descendientes legítimos si no hay una razón objetiva que lo aconseje, como la hay en el artículo 1.056, § 2. Por eso, no creemos posible llegar con tanta seguridad a ese resultado, que no es acorde totalmente con la norma general de que la legítima es, en principio —por lo menos tratándose de los descendientes y ascendientes legítimos—, porción de bienes reservada a cada legitimario.

El mismo Cámara (219), aun con su criterio restrictivo del artículo 806, reconoce que de éste, “es lícito inducir, que en la duda, el legitimario tendrá derecho a su legítima *in natura*”. Es esto lo menos que puede concederse a un precepto que recoge la regla de que la legítima es *porción de bienes*. “En la duda —explica Cámara—, es decir, cuando no haya normas que expresa o tácitamente, directa o indirectamente, permitan al testador disponer el pago en metálico”. ¿Es el artículo 829 una de estas normas o, incluso, la norma clave que lo permita? Así lo es para este autor (220), según el cual: “Sería absurdo sostener que el testador no está facultado para ordenar, directa y expresamente lo que el Código le permite conseguir indirectamente”. Sin embargo, este razonamiento puede invertirse y puede preguntarse si dado que la legítima es inicialmente *par bonorum* e inicialmente los legitimarios tienen derecho a recibirla *in natura*, cabe entender o no que en la duda sea correcto entender un precepto en el sentido de que dé lugar a que se autorice el pago en dinero de modo general. Y, a la vista de que no hay norma alguna que directamente y como regla general permita al testador ordenar el pago en metálico, parece lógico entender que no es correcta una interpretación que indirectamente, a través de generalizar

(218) Cfr. en este sentido GARCÍA BERNARDO, op. cit., pp. 118 y s.

(219) CÁMARA, loc. últ. cit., p. 905.

(220) CÁMARA, p. 928.

una norma particular, haga posible lo que directamente no se halla autorizado en ningún precepto.

Notemos que en los demás supuestos en los cuales, sea por pura razón objetiva —art. 1.062—, sea por derivación indirecta de la voluntad del testador —art. 821— o bien dimanando directamente de ésta —art. 1.056, 2—, es compensable en dinero la legítima de descendientes legítimos, este resultado se funda en la indivisibilidad de la cosa, o en el deterioro que en ésta produciría su división, o en lo incómoda que ésta resultaría. Siendo así, ¿por qué no suplir en ese mismo sentido el silencio del artículo 829? (221). El propio Mansresa, como hemos visto, ve la *ratio* del 829 en evitar la proindivisión o la división de fincas, almacenes, talleres, fábricas, etc. El hecho que literalmente no lo exija el artículo no creemos que pueda significar otra cosa sino, a lo más, que éste parte de la presunción de que la cosa determinada es indivisible, por lo que el criterio del testador sólo es revisable por los Tribunales cuando evidente y ostensiblemente la cosa sea cómodamente divisible sin deterioro alguno ni desvalorización importante de la misma.

18. b) La segunda cuestión, es la relativa a si entre las cosas determinadas, a que el artículo 829 se refiere, cabe incluir las explotaciones agrícolas o industriales o de otra clase, o universalidades y cosas complejas.

No vemos obstáculo en admitirlo. Ciento es que, en ese caso los artículos 929 y 1.056, § 2, podrían coincidir objetivamente, pero siempre entre ellos habría la diferencia importante de que el testador actúa en el primero por vía de mejora, sin excluir normalmente como herederos a los legitimarios no mejorados, mientras que, en la *ratio* del artículo 1.056, la fórmula de atribución de la explotación admite, incluso, la institución en ella de uno solo de los hijos con asignación a los demás de su legítima estricta en dinero e, inversamente, la institución de todos por partes iguales con asignación a uno solo de la cosa, siempre a calidad de abonar su parte en dinero a los demás. El 829 regula un procedimiento de mejora expresa, mientras que en el 1.056, § 2, la mejora —si la hay— resulta generalmente de modo tácito. Por eso, el artículo 829 es complementado con el artículo 1.056, § 2, sin contraponerse ni resultar ninguno inútil.

c) El último problema a examinar, esto es, si la mejora a que

(221) En ese sentido dice GARCÍA BERNARDO (loc. cit., p. 119) que: “Esta cuestión de la indivisibilidad o de la incómoda división preside como principio el Código civil (arts. 401, 404, 654-2, 821, 1.062), si bien está silenciada en el art. 829, lo que no quiere decir que no esté presupuesta o que no constituya una laguna que debe colmar este principio”. Igualmente, si bien en términos más duros, opina MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (loc. cit., I, c, p. dg. 178) que la finalidad del art. 829 “es evitar la división de la “cosa” que se ha dado como mejora; si se pretende utilizar su contexto literal para obtener un resultado contraria a la Ley que excede de la finalidad perseguida por el texto utilizado, nos hallaremos ante un caso de fraude de la Ley que no puede prosperar”.

se refiere el artículo 829 puede comprender varias cosas determinadas, nos parece que puede resolverse afirmativamente; pero propiamente la cuestión no radica en esto, sino en precisar la forma en que deberá efectuarse, en ese caso, la reducción de la mejora si ésta resultare inoficiosa.

Fuenmayor (222) ha escrito que el artículo 829 puede solucionar casos en los cuales "no pueda correctamente calificarse de explotación agrícola al conjunto de bienes de la herencia", y añade que bastará entonces "incluir concretamente en la mejora cada uno de los bienes que quieran hacerse llegar a manos del petrificio". Para López Jacoíste (223) la mejora en cosa determinada también "puede consistir en un conjunto de cosas, inclusive todas las integrantes del patrimonio del testador". Y, según Cámara (224), es totalmente eficaz su aplicación tanto si el patrimonio hereditario lo constituye un solo objeto como varios dejados todos como mejora de cosa determinada, y que, en uno y otro caso, "su atribución al mejorado se mantiene firme, aunque ello le imponga la obligación de satisfacer en dinero una diferencia".

Ante todo se observa que hay una *contradictio in terminis*, hecha notar por García Bernardo (225), en que pueda imputarse todo el patrimonio al tercio de mejora, fuera del supuesto de deberse compensar la existencia de una cosa —sencilla o compleja— única. Pero, además, hay que examinar de qué modo puede conjugarse tal posibilidad, ya de por sí paradógica, con una reducción que resulte correcta, aun con la ayuda del texto literal del artículo 829.

Conviene que recordemos, una vez más, nuestros antecedentes históricos, concretamente la interpretación de la ley 20 de Toro en lo relativo a su previsión de que, si la mejora en parte de la hacienda no admitiera cómoda división, pudiera el heredero, o herederos satisfacerla en dinero. Angulo (226), al interpretar esa norma, señaló que su aplicación requería que toda la hacienda, en su unidad o en su conjunto, fuese indivisible, pues si estaba formada por varias cosas, aunque cada una de éstas fuera indivisible, la mejora debía satisfacerse con una o varias cosas de la herencia, según cupiere, tanto si éstas "possint commode dividi vel non".

De igual modo creemos que debe explicarse el supuesto del artículo 829. Si la mejora comprende varias cosas determinadas dispuestas en favor de un mismo mejorado, la imputación de éstas al tercio de mejora, al de libre disposición, en cuanto cupiere, y a la

(222) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, *La mejora de labrar y poseer*, IX, en *A. D. C.*, I-III, julio-setiembre 1948, p. 901. En contra cfr. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, loc. y p. últ. cits.

(223) LÓPEZ JACOÍSTE, op. últ. cit., cap. IV, II, 1, p. 93.

(224) CÁMARA, op. últ. cit., p. 924.

(225) GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 120: "La mejora en toda la herencia, en todo el patrimonio o en todas y cada una de las cosas que lo comprenden no tiene justificación."

(226) ANDREA ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 5, núm. 2, fol. 132 y vto.

legítima estricta del mejorado, no debe hacerse de todas a la vez, sino una a una, y las cosas que no cupieren no hay por qué compensarlas en metálico, puesto que respecto de ellas no cabe hablar de mejora, por su inoficiosidad total.

En conclusión, después de lo expuesto no creemos que pueda considerarse al artículo 829 como portador de una regla general favorable al pago en metálico de la legítima de uno o varios colegitimarios cuando ésta resulte ser la voluntad del testador y con tal de que la sustancia hereditaria quede en otro u otros de los colegitimarios. Por el contrario, creemos que en el artículo 829 no hay sino otra norma excepcional para otro caso singular, no totalmente coincidente con el del artículo 821, § 2, ni con el del artículo 1.056, § 2. Tres excepciones que no excluyen la regla general del pago *in natura*, aunque reduzcan notablemente su aplicación.

19. Nos queda, sin embargo, por examinar lo que en torno a esta cuestión ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Hay dos sentencias de especial interés al respecto.

Una es la S. 19 mayo 1951. En ella pudo resolverse la posibilidad, esbozada por Fuenmayor, de que un conjunto de fincas que no cupiese considerar como una explotación agrícola contemplada en el artículo 1.056, § 2, en cambio, al amparo del artículo 829, fueren retenidas en su totalidad por el mejorado, como mejora de cosa determinada, a calidad de compensar en metálico a sus hermanos su legítima estricta. A tal efecto, en el segundo motivo del recurso se alegó falta de aplicación de los artículos 828 y 829, en relación con el 675 Código civil.

Pero, aunque la Sentencia de la Audiencia de La Coruña fue casada por el Tribunal Supremo, éste se basó fundamentalmente en el artículo 1.056, § 2.º, al que —dice— se acogió el testador, “hasta el punto que toma de él las palabras más importantes que encierran la esencia y requisitos integrantes de aquel precepto, que son la existencia material de una explotación agrícola y que el padre quiera conservarla indivisa”. Y consideró que la existencia de ésta, afirmada por el testador, no requiere prueba, ni tiene más fundamento que su voluntad la disposición, siendo quienes impugnen la existencia de la unidad de explotación los que han de probar los hechos en que basen su impugnación.

Así, el artículo 829 quedó en la penumbra, aunque el último considerando dijera “que la Sentencia recurrida ha infringido los artículos citados en el recurso, y el penúltimo considerase que esa disposición a favor del recurrente de la repetida cláusula tercera, constituye la mejora a que se refiere la reconvención, no sólo porque en la cláusula primera del testamento se llama a este heredero hijo mejorado, sino, además, porque encaja completamente en el artículo 828 del Código civil, pues está suficientemente concretada al mencionar todos los bienes raíces y por no caber en el tercio libre, según la tasación pericial que obra en autos, aunque no la recoge la Sentencia, el objeto de ese legado tiene que ser imputado, no en su totalidad, pero sí en

lo que excede de ese tercio libre, en el de mejora, y viene a constituir una de las mejoras tácitas que por excepcional admite el Código, según la Sentencia de 27 de diciembre de 1935, si no bastara para ello la manifestación de la cláusula primera antes dicha".

La otra Sentencia es la de 28 mayo 1958, que resolvió un recurso que fundamentalmente giró en torno a una cláusula testamentaria en la cual la testadora —que en la segunda cláusula había instituido herederos por estirpes a sus cinco hijos vivos y a dos nietos, hijos de otra hija premuerta—, decía: "En uso del derecho que le concede el artículo 1.056 del Código civil dispone la testadora que la totalidad de sus acciones de la sociedad Herederos de Antonio Beristain, Sociedad Anónima se adjudique por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes hereditarios a aquéllos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora sean titulares en plena propiedad de acciones de dicha compañía, asimismo la participación que a la testadora corresponde en la compañía Pesquera Artilay, Sociedad Limitada, se adjudicará también en proporción a sus haberes hereditarios respectivos, a aquéllos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora sean socios de dicha Sociedad. En su caso, los adjudicatarios de dichas acciones y participación social abonarán en metálico a sus coherederos el exceso que les resulte en la adjudicación." La partición se realizó por los contadores partidores designados por la testadora; quienes, cumplimentando lo ordenado por ésta en la transcrita cláusula, adjudicaron a unos herederos bienes concretos y la participación real y efectiva de la testadora en las dos referidas sociedades, mientras que al hijo y nieto demandantes sólo les adjudicaron por la porción que les correspondía —calculada por bajo de su valor, puesto que los bienes inventariados fueron tasados por debajo de su valor real —simples créditos personales contra sus coherederos.

La petición de la demanda comprendía la nulidad de la cláusula referida, la de las operaciones particionales hechas con arreglo a ella y, subsidiariamente, la rescisión de éstas por lesión de los demandantes en más de una cuarta parte.

El Juzgado de primera instancia de Marquina rechazó la demanda, la Audiencia territorial de Burgos revocó la sentencia dando lugar a aquélla. El recurso de casación fue planteado ante el Tribunal Supremo que, en su citada Sentencia, desestimó el primer motivo en el que se alegaba errónea interpretación del artículo 1.056, § 2.º, porque según el 2.º considerando: "en el caso en litigio no se trataba de subvenir al legítimo deseo de conservar una explotación individual", sino de "una expresión de voluntad referida exclusivamente al designio de impedir que de las sociedades constituidas pudieran ser accionistas personas extrañas a la familia y, para ello, y sin excluir al tiempo de expresar su voluntad a ninguno de los herederos, dispuso que se adjudicaran por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes a aquéllos de sus herederos que, *al tiempo del falle-*

cimiento, fueran titulares en plena propiedad de...”, “disposición la enunciada que por el pronto no implica una operación particional, sino una terminante disposición testamentaria, que como las demás del testamento, señalaba a los contadores las bases sobre las que había de actuar, y en la que, por añadidura, no se contemplaba un supuesto de perjudicial división, puesto que la unidad se mantenía, sino, lo que es muy distinto, una limitación en cuanto al modo de las operaciones divisorias”.

El segundo motivo, que denunció violación de los artículos 1.056, § 1.º, 808, 819, 829 y 1.045 C. c., es abordado por la Sentencia bajo el doble aspecto de problema doctrinal, y de “decidir si en el caso los hechos que han de enjuiciarse, justifican la posición de la Sala al pronunciar la nulidad de la cláusula testamentaria, y con ella la de la partición que la tuvo en cuenta”.

En el aspecto doctrinal del 4.º Considerando razonó que los criterios de los artículos 829, 838, 840 y 1.062, que proveen a situaciones “que no por numerosas dejan de ser excepcionales, para casos singulares y predeterminados”, “vigoriza la interpretación del artículo 806 en el sentido de afirmar que, por regla general y fuera de las hipótesis contempladas, 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 bonorum*”.

Respecto de la segunda cuestión, el 5.º y último considerando estímó “que aun reputando correcta semejante interpretación y en ello acierta la Senteñia de instancia, no es cierto en cambio que en el caso concurren las circunstancias indispensables para aplicarla, porque la mera lectura de la cláusula en discusión pone de relieve que mediante ella no se trata de hacer a priori una arbitraria distribución de bienes hereditarios entre determinados herederos compensando a los demás en metálico, que es lo que hubiera justificado la aplicación del artículo 806, y la subsiguiente nulidad de la cláusula que lo estableciera, sino que por el contrario, cuando en el testamento, a todos los legitimarios sin excepción alguna se les colocó en situación parigual, no sólo en relación con las acciones, sino también con los créditos que aparte de ellas figuraban en el haber, y todos se distribuyeron atendiendo a la situación de hecho existente, cuando la partición se practicó, siquiera fuera de acuerdo con la situación creada por los legitimarios que habían dispuesto de sus acciones (los demandantes) y cumpliendo en ese punto lo dispuesto por la testadora, que sólo para el supuesto de hecho dejó prevista compensación a metálico que puntualmente se hiciera para cumplir su voluntad, que por eso no infringió ni pudo infringir la ley en el testamento; por lo cual es digna de casación la Sentencia dictada por el Tribunal “a quo”, que, prescindiendo de la realidad de los hechos, por él y por todos aceptados, aplicó, infringiéndolas, normas que no se hallan establecidas para ese supuesto, declarando nula una cláusula que patentemente no lo era, y partiendo de ese pronunciamiento para decretar la nulidad...”.

Estamos de acuerdo con nuestro compañero Cámara (227) en que la consecuencia lógica de lo argumentado por el Tribunal Supremo en los considerandos 2.^o y 4.^o sería la nulidad o ineficacia de la cláusula discutida, y que entonces es “cuando el Tribunal Supremo vacila y retrocede, y, en trance de condenar o salvar una disposición testamentaria perfectamente lógica, razonable y justa (al margen el problema de si las valoraciones particionales fueron o no correctas), se decide plausiblemente por lo segundo”, razonándolo en su último considerando.

También estamos de acuerdo con su apreciación de que las razones consignadas en el último considerando para salvar la nulidad de la cláusula, “no resisten la más ligera crítica, dicho sea con todos los respectos que merece el Alto Tribunal”, pues a partir de su afirmación de que los legitimarios tienen su derecho a la legítima *in natura* y de que el supuesto contemplado no encajaba en ninguna de los del Código civil que autorizan la compensación en metálico, llega a unas consecuencias contradictorias con esta premisa.

“Es verdad —dice Cámara— que la testadora no dispuso incondicionalmente que a ciertos herederos se les pagase la legítima en metálico, pero no es menos evidente que así lo ordenó en determinada coyuntura”, que se juzgó no era “ninguna de las previstas por los llamados artículos excepcionales”.

“Es también cierto que la testadora colocó a todos sus hijos en una posición *teóricamente* parigual”, añade, pero “de la misma forma que semejante condicionamiento hubiera acarreado la nulidad de la cláusula si de él se hubiese hecho depender la existencia o inexistencia del derecho de legítima, igual tratamiento debe merecer la condición impuesta a una facultad que, según el Supremo, forma parte integrante de aquel derecho, es nota esencial del mismo y está sustraída, por regla general, a la influencia de la voluntad del testador”, como es la de percibirla *in natura*.

A su juicio, la testadora evidentemente no realizó una arbitraria distribución de sus bienes. “Pero —pregunta— la arbitrariedad ¿quedó eliminada simplemente porque la testadora no excluyó “a priori” de ciertos bienes a ninguno de sus hijos? Imaginémonos que la testadora hubiera dejado directamente las acciones y participaciones sociales a los tres hijos que en definitiva las recibieron y excluido al hijo y al nieto, fundada en la constante dedicación de los primeros a la explotación de los negocios sociales y en la ineptitud o falta de seriedad de los otros dos? ¿Nos encontraríamos ante una disposición arbitaria? ¿Qué habría hecho en ese caso el Supremo?”

Hacemos también nuestra la conclusión de que: “Felizmente, nuestro más Alto Tribunal ha preferido, una vez más, hacer justicia. Aunque en este caso haya padecido un poço la dialéctica.”

En cambio, sin vacilación estamos en desacuerdo con Cámara en cuanto al camino adecuado que, para llegar a ese resultado justo, se

habría podido seguir. Para Cámara hubiese sido el que acabamos de discutirle; la posibilidad, en la que él cree, de que el testador, respetando que la legítima en su conjunto quedara *in natura* entre los hijos, ordenase que uno o varios de los legitimarios compensaran en metálico a aquellos de sus colegitimarios que no recibieran *in natura* su legítima para que la percibieran *ad valorcm*. Nosotros, en cambio, creemos que el supuesto examinado cabía en el artículo 1.056, § 2.º, pues las explotaciones industriales constituidas en forma societaria pueden conservar o perder su unidad, dentro de la familia, según se mantenga o no en poder de ésta un número de acciones o participaciones que sea suficiente para conservar la potestad de mando sobre ella. La empresa familiar revestida de forma social, si los miembros de la familia pierden esa potestad de mando, se desintegra en una empresa realmente societaria, pero fuera del ámbito familiar. El artículo 1.056, § 2.º, no tanto tiende a conservar la unidad de la explotación —que no se perdería tampoco de ser vendida en pública subasta conforme prevé el artículo 1.062— cuanto a conservarla dentro de la familia. La cortina jurídica de la forma social no debe hacernos perder de vista la realidad que recubre (228).

IV. LA LEGÍTIMA, ¿SE TRANSFORMA EN “PARS VALORIS” O “PARS VALORIS BONORUM, CUÁNDO SE AUTORIZA, TOTAL O PARCIALMENTE, SU PAGO EN DINERO?

20. Aparte de la legítima de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos y de la introducida por el Código civil a favor del cónyuge viudo, de la primera de las cuales luego nos ocuparemos especialmente, tenemos algunos supuestos en los cuales la legítima de los descendientes legítimos puede ser satisfecha en dinero.

Son los previstos en los artículos 1.056, § 2.º, 829 y 821 C. c.

a) De éstos, el primero pende directamente de la voluntad expresa del padre “que en interés de su familia quiera conservar indisa una explotación agrícola industrial o fabril”.

Este sujeto activo —el padre— comprende también, sin que nadie lo haya discutido, a la madre (229) y, asimismo, al abuelo que utilice esa facultad a favor de un nieto hijo de hijo premuerto (230). Aunque

(228) RALF SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, con los *Comentarios de Derecho español*, de José PUIG BRUTAU, a esta obra, Barcelona, 1958, y nuestro comentario de ambos estudios en *A. D. C.*, XI-IV, octubre-diciembre 1958, pp. 1173 y ss.

(229) Cfr. OYUELOS, *Digesto*, vol. cit., art. 1.056, núm. 6, p. 376, que anota: “Al decir el padre, se comprende la madre, por la extensión que admite la ley a favor de la misma, en defecto de aquél.” En igual sentido, CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 950.

(230) En contra SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios...*, vol. VI-III, cap. XXVIII, núm. 53, a, pp. 1994 y s.), mantiene la postura más restrictiva. Dice que “sólo al padre y no al ascendiente ni al descendiente, ni a otro testador cualquiera, es a quien se concede el derecho de hacer por sí la partición, en el citado párrafo del art. 1056”. Pero, como expusimos en otra ocasión (*Apuntes...*, II Parte, § 3.º,

es ya más discutible, creemos que también es extensiva al ascendiente que la ejercite a favor de un descendiente de ulterior grado aun cuando viva, sea capaz y no esté desheredado el hijo del testador de quien aquél descienda (231). E incluso al descendiente sin descendencia que quiera ejecutarla a favor de uno solo de sus ascendientes (232), o al testador sin descendientes ni ascendientes legítimos que aplique el precepto en beneficio de uno de sus hijos naturales (233).

Tampoco hallamos inconveniente en que el testador no sólo señale uno, sino varios asignatarios (234).

El cumplimiento de los requisitos de que: *a) la asignación se haga en interés de la familia; b) su objeto sea una explotación agrícola, industrial y fabril (235), y c) se ejercite con la finalidad de conser-*

E, nota 270, p. 212, y *A. D. C.*, IV-IV, p. 1143), nos parece indudable la solución permisiva cuando el descendiente mediato sea legítimo por premoriencia del descendiente o descendientes intermedios entre el testador y el destinatario de la explotación. En este caso el nieto, o descendiente de ulterior grado ocupa el lugar de su padre o ascendientes premuertos y se subroga en la situación del hijo premuerto del testador, conforme resulta de la interpretación del artículo 807, núm. 1. (cfr. *Distribución del Derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil*, en *R. D. P.*, LI, septiembre 1967, pp. 731 y siguientes).

(231) Cfr. COVIÁN, *Partición de herencia*, en *Enciclopedia jurídica española*. Seix, Tomo XXIV, Barcelona, s. f., p. 360; BONET RAMÓN, en la 6.^a ed. del vol. VII de los *Comentarios...*, de MANRESA, pp. 639 y ss.; nuestros *Apuntes*, nota últ. cit.; y, posteriormente: LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones* cit., núm. 389, pp. 947 *in fine* y ss., quien estima "que debe resolverse esta cuestión en la base no del carácter de legítimo del descendiente, sino en *interés de la familia*; si ésta subsiste, me parece indudable, en todo caso, la solución afirmativa"; FOSAR BENLLOCH, loc. cit., p. 383; CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 950, para quien "constituiría una manifiesta arbitrariedad excluir a la madre y a los abuelos del círculo de testadores que puedan hacer uso de la facultad conferida por el 1.056-2", si lo que la ley pretende es "que la explotación permanezca dentro de la familia y que se evite la división": PUIG PEÑA, *Tratado....* V-III, cap. XXVIII, 2, B, c, p. 215; PUIG BRUTAU, op. y vol. últ. cit., cap. V, 4, III, pp. 525 y ss.

(232) Cfr. FOSAR BENLLOCH, loc. cit., p. 381, y CÁMARA, loc. cit., notas 346 y 348, pp. 956 y 958.

(233) Cfr. FOSAR, loc. cit., pp. 382 y ss., quien cree que tanto a los hijos naturales como los adoptivos, si no concurren con descendientes legítimos, puede hacérseles la adjudicación de la explotación que prevé el art. 1.056, § 2. También CÁMARA, nota 348 cit.

(234) El art. 1.056, § 2, dice que, a los fines que prevé, "el testador podrá hacer uso de esa facultad", pero no dice que deba hacerlo a favor de un solo hijo. Puede ocurrir que sean varios los hijos que le lleven la empresa. V, además, el hecho de que se adjudique a más de uno puede facilitar la finalidad perseguida haciendo más asequible el pago de la compensación en metálico.

(235) Acerca de su utilización en una explotación industrial o fabril cfr. PUIG BRUTAU, *El testamento del empresario*, IX, en *R. D. P.*, XLV, 1960, pp. 852 y ss., y en una explotación agraria cfr. FOSAR BENLLOCH, loc. cit., en especial núm. V, pp. 385 y ss. DE DIEGO, (*Instituciones....* vol. III, lec. 97) dice que "las denominaciones del 1.056, § 2.^a, son *ad exemplum* y podrían ser también de otra índole". Creemos con CÁMARA (nota 336, p. 951) que igualmente deben entenderse comprendidas en el precepto las explotaciones comerciales en sentido estricto. PUIG PEÑA (loc. y pág. últ. cit.) lo cree aplicable también no sólo a los establecimientos, por considerar la enumeración de

varla indivisa: debe presumirse por el solo hecho de la disposición del padre, mientras no sea impugnada y se pruebe de modo evidente la falta de alguno de estos tres requisitos (236).

b) El segundo supuesto, es decir, el del artículo 829, que acabamos de examinar en el epígrafe anterior, pende también de la voluntad del testador, aunque en él ésta resulte implicitamente por el hecho de mejorar a alguno de sus hijos o descendientes (237). Lo cual le es posible ordenarlo aunque viva el descendiente intermedio entre mejorante y mejorado (238).

c) En el tercer supuesto, el del artículo 821, parece que se trata de una facultad atribuida por la ley al legatario frente a los legitímos, cuando se dé la hipótesis prevista en el mismo precepto (239) de que "el legado sujeto a reducción consista en una finca, que no admite cómoda división", supuesto en el cual: "quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor". Sin embargo, implicitamente puede también depender de la voluntad del testador, puesto que lo más probable es que éste precisamente ordene el legado preveyendo ese resultado; aunque, a veces, resulte de meras circunstancias de hecho derivadas, v. gr., de una disminución de la fortuna del testador acaecida con posterioridad a la fecha de su disposición.

Esta norma del artículo 821 es aplicable a cualquier legítima y a cualquier legatario, puesto que su presupuesto, puramente objetivo, consiste en que se den las circunstancias de que el inmueble no admite cómoda división y de que la reducción del legado no absorba la mitad del valor de aquél. Parece, por otra parte, que la norma, aunque referida literalmente a inmuebles, analógicamente puede hacerse extensiva, en igualdad de *ratio*, a otros bienes indivisibles o

1.056. § 2, como demostrativa, y estima que comprende, v. gr., un museo particular.

(236) Estos requisitos los estudia detenidamente FOSAR, loc. cit., IV y V, pp. 384 y ss. Según la S. 19 noviembre 1951, el testador no tiene que probarlos, sino que quienes los impugnan son los que han de probar los hechos que los obstén, por el cauce adecuado, que, según la S. de 17 de octubre de 1960, es el juicio declarativo correspondiente y no el de testamentaría. CÁMARA (nota 355, pp. 964 y ss.) cree que "la abstracta alusión al interés de la familia no parece base suficiente en el artículo 1.056-2 para impugnar una disposición testamentaria que no condicione la adjudicación de la explotación en el sentido expuesto", ni "la simple invocación del interés de la familia podrá dar base a que se discuta el mayor o menor acierto del padre al elegir al adjudicatario. Tesis, que de prosperar, convertiría el precepto en un semillero de pleitos".

(237) Cfr. CÁMARA, pp. 921 a 923.

(238) La interpretación del art. 829, en este punto, debe ser correlativa a la del art. 823, en relación con el 824 C. c., en el sentido en que lo ha verificado la jurisprudencia (S. 19 diciembre 1903).

(239) CÁMARA (pp. 965 y ss.) sitúa el supuesto del art. 821 entre aquéllos en que el pago en metálico es dispuesto por la ley al margen o con independencia de la voluntad del testador. Aparte de lo que aquí decimos en el texto, creemos, como antes expusimos (vid. *supra* núm. 16-2.º) que el testador puede, por otra parte, excluir la aplicación del art. 821 en el orden y forma previstos.

que no admitan cómoda división (240). También es aplicable a la reducción de donaciones, conforme lo dispuesto en el artículo 654, § 2.º, Código civil (241).

Cualquiera de estas tres normas puede dar lugar a que sean abonadas totalmente en dinero todas, o todas menos una, las legítimas estrictas (242). Pero lo más frecuente es que sólo den lugar a que únicamente sea preciso el abono de algunos complementos en metálico. Incluso puede ser así en el supuesto —que parece más amplio (243)— del artículo 1.056, § 2.º. Aunque se ha intentado sostener una interpretación restrictiva de este último (244), nosotros partimos aquí de

en el mismo —invirtiendo la prioridad en la opción— e incluso remitirse simplemente al art. 1.062 C. c.

(240) Cfr. MANRESA, op. cit., vol. VI, arts. 820 a 822, p. 387; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XV, 116, p. 966, y SANTAMARÍA. *Comentarios*, vol. I, art. 821, p. 811; CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 968 y ss.

(241) El art. 654, § 2.º, C. c. dice que: *“Para la reducción de las donaciones se estará a lo que dispone este capítulo y en los artículos 820 y 825 C. c.”* Es de especial interés la S. de 17 de noviembre de 1925 que resolvió un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia de Oviedo, que había condenado a la nieta donataria a entregar a los herederos del donante la parte proporcional de los bienes objeto de la donación de dos tercios de todo su haber hereditario que éste había hecho a aquélla. En el cuarto motivo del recurso se había alegado que “en cuanto la Audiencia de Oviedo acuerda la entrega de una parte de los mismos bienes, motivo de la donación y mejora, antes que la partición se lleve a efecto, infringe lo terminantemente dispuesto en los arts. 1.056, párr. 2.º, 1.062, 821 y 828 del Código civil y en las diversas disposiciones testamentarias del causante, puesto que en todas aquéllas determina que se abonará en metálico a los demás herederos el exceso que, eventualmente, pudieran tener de valor los bienes objeto de la mejora, sobre los dos tercios de libre disposición y mejora.” El Tribunal Supremo consideró infringidas las disposiciones legales alegadas y casó la sentencia recurrida.

(242) Deberán ser abonadas en metálico todas las legítimas estrictas si agotase todo el caudal la finca que hubiese sido legada a un nieto no legitimario (art. 821, § 2, en rel. art. 828) o la mejora hecha al mismo (art. 829) o la explotación que se le hubiese asignado (art. 1.056, 2.º). Tendrán que serlo todas menos una si el legatario, mejorado o asignatario de la explotación, fuese un hijo, o descendiente legitimario como el nieto hijo de un hijo premuerto.

(243) Caben perfectamente en su hipótesis los casos en que el causante, además de la explotación, tenga otros bienes y que el metálico sólo sea preciso para complementar la adjudicación de éstos a los otros legitimarios. Cfr. CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 960 y ss.

(244) Así, MUCIUS SCAEVOLA (op. cit., vol. XVIII, arts. 1.056 y 1.057, páginas 281 y ss.) entendió que, dada la “amplitud” de atribuciones que a favor del testador revela la primera parte de nuestro artículo 1.056, estaba de más el segundo párrafo. Le parece redundante éste, porque, ya en el § 1.º, “a dicho testador no se le ponen más trabas, en el uso de esas atribuciones, que las que el propio precepto tácita o expresamente comprende, entre las que no se halla ninguna que haga referencia a la clase de bienes que haya de adjudicar a cada heredero”; y añade que el art. 1.056, § 2.º “se encuentra virtualmente en armonía con el art. 1.062, pues en éste se prevé que cuando una cosa sea indivisible o *desmerezca mucho por su división*, podrá adjudicarse a uno, en calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”, “sin otra particularidad que la de no aplicarse el inciso final de este art. 1.062, por ser contrario a la finalidad perseguida en el art. 1.056, § 2.º”, es decir, eliminando la posibilidad de que cualquiera de los herederos pueda exigir que se proceda a la venta en subasta de la cosa con admisión de licitadores extraños.

la más generalmente aceptada de que el artículo 1.056, § 2.º, en el caso de no haber bienes en la herencia para satisfacer la legítima a

Más posteriormente, ORTEGA PARDO (*Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, nota III, § 4.º, p. 145 y *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en *A. D. C.*, III-II, abril-junio 1950, p. 336) insistió en tachar de innecesaria y sorprendente redundancia la disposición del § 2.º, art. 1.056, que calificó de "absurda", por estimar que "la facultad que en ese párrafo se otorga al padre queda ya comprendida en la primera parte del artículo".

Observamos hace años en nuestros *Apuntes* (II parte, § 3, E, a, pp. 213 y s., y *A. D. C.*, IV-IV, pp. 1144 y s.) que si realmente, como se pretende, la facultad concedida en el art. 1.056, § 2, se reduce al supuesto de que haya metálico en la herencia, el precepto sería superfluo por redundante con el primero. Pero, añadímos que no es lícito dar a un precepto una interpretación tal que lo inutilice y que, además, lo haga inadecuado para los fines en él perseguidos y enunciados expresamente en su texto. Si se quiere interpretar el art. 1.056, § 2.º, en relación con su § 1.º, expresando que sólo se separa del art. 1.062 en cuanto aquél excluye la facultad, que éste concede a cualquier heredero, de pedir la venta en pública subasta de la cosa que no admite cómoda división —como afirmó SCAEVOLA— el precepto ya no es inútil —pues, excluida esa facultad de los herederos de pedir la venta en subasta pública, la adjudicación de la cosa en su totalidad a uno solo de los copartícipes excede del ámbito meramente partitacional— pero implica el abono de las diferencias en metálico aunque no lo haga en la herencia.

MANRESA (op. cit., vol. VII, arts. 1.056 a 1.060, 1.º, p. 640) distinguió tres hipótesis en la aplicación del 1.056, § 2.º: a) que haya metálico en la herencia; b) que no lo haya, pero si otros objetos de los que obtenerlo, y c) que tampoco quepa este recurso. Su solución fue: "Si hay en la herencia metálico para ello, desde luego con él se realizará el pago, pero si no lo hay, como será lo más frecuente, el precepto también ha de respetarse. ¿Cómo? Vendiendo, caso necesario, otros objetos para este fin, o imponiendo en último término, si no hubiere otro recurso, al mismo hijo favorecido esta obligación."

CÁMARA ALVAREZ (loc. últ. cit., pp. 960 y ss.), en su intento de restar importancia al art. 1.056, § 2.º, como supuesto fundamental que excepcionalmente permita el pago de la legítima en metálico, frente a su interpretación del artículo 829, que haría de esta posibilidad regla general, indica —profundizando en el segundo supuesto examinado por MANRESA— que el 1.056, § 2.º, puede ser un precepto "que tiene por fin limitar excepcionalmente la potestad que tiene el padre de señalar a su arbitrio los bienes hereditarios destinados a pagar la legítima individual de sus hijos". A su juicio, la letra del precepto cuadra mejor con esa interpretación; y, en ese caso, "la obligación de compensar metálico se referiría a toda la legítima y nada más que a la legítima", que es la que sólo podrá ser compensada en metálico y no en bienes de otra naturaleza, aunque sean hereditarios en el supuesto previsto en el art. 1.056, § 2.º. En ese sentido dice: "Nada más que la legítima (se entiende la estricta), porque sólo respecto del mínimo legal que el testador debe respetar a cada hijo, puede resultar lícito limitar su libertad distributiva en el aspecto cualitativo. No sería lógico que el exceso sobre la legítima estricta que los hijos no adjudicatarios reciben por pura liberalidad del padre tuviera que ser satisfecho obligadamente con metálico, pues, si aquél puede limitar sus derechos a la legítima estricta, con mayor razón podrá disponer que en pago del exceso se adjudiquen bienes hereditarios de cualquier naturaleza o condición."

En ese caso, el § 2.º, excepcionaría para su supuesto la plena facultad distributiva que el § 1.º le concede. ¿Por qué? Nos parece difícil de explicar que, a continuación de establecida la regla permisiva en el § 1.º, la exceptúe en el § 2.º, el mismo art. 1.056, en un precepto que más bien parece ampliar sus facultades y que, desde luego, las amplía si en la herencia no hay otros bienes para poder compensar con ellos —o con su precio, según la interpretación que

los demás hijos, permite al asignatario de la explotación que la satisfaga con metálico extrahereditario (245).

Lo que nos interesa ahora de estos tres preceptos es examinar si modifican, en sus respectivos supuestos, la naturaleza de la legítima al autorizar para satisfacerla en dinero. Para esto deberemos analizar con qué carácter lo autorizan y cómo legitiman la asignación de bienes en exceso que la motiva. Para llegar a conclusiones de conjunto es conveniente hacer primero un previo análisis de las cuestiones concretas que suscitan, pues, la solución de éstas puede darnos luz:

21. a) *Consecuencias del impago de la compensación en dinero.*

Ante todo cabe discutir si es posible formular una doctrina general acerca del pago en metálico de la legítima, o de parte de ella, induciéndola de los artículos 1.056, § 2.º, 829 y 821.

Ya hemos dicho antes que, contra la opinión de quienes creen que en los artículos 1.056, § 2.º y 829 el pago en dinero deriva de la voluntad del testador, mientras que en el artículo 821 es la ley la que concede directamente al legatario esa facultad si se da el supuesto previsto en el mismo, creemos que en los tres, explícita o implícitamente, ésta deriva de la voluntad del causante, que asigna la explotación, mejora u ordena el legado que exceden de la porción de la cual puede disponer a favor del asignatario, mejorado o legatario. Tanto si ese exceso fuese previsible al ordenar la disposición de que se trate, como si aquél de hecho resulta luego por una disminución ulterior del patrimonio del testador, ya que en este caso, indirectamente,

comentamos— a los legitimarios. Nos parecería un contrasentido la restricción en ese supuesto de la facultad distributiva del padre, que, al menos para los demás casos, declara libérrima el mismo artículo.

(245) Cfr. el mismo MANRESA (loc. últ. cit.), "si no hubiere otro recurso"; LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit., vol. II, cap. X, art. 2, núm. 4, p. 273; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-III, cap. XXVIII, núm. 53, p. 1994), aunque algo ambiguamente; CASTÁN TOBÉNAS, *Derecho civil...* ed. cit., vol. I-II, tema LX, página 270; ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, R. D. P. XXVIII, página 208 y Notas al *Derecho de Sucesiones*, de KIPP, vol. cit., § 135, p. 337; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...*, art. cit., p. 144, nota 12; PORPETA, loc. cit., página 203; GONZÁLEZ PALOMINO, loc. últ. cit., p. 547, nota 1; FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, A. D. C. I-I, p. 64, y *La mejora de labrar y poser*, A. D. C. I-III, pp. 901 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XVII, § 5, p. 185; LACRUZ BERDEJO, Notas al *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, § 32, página 300; MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición hecha por el testador por acto inter-vivos*, en R. D. P. XXXVI-II, junio 1954, p. 517, nota 91; ESPINAR LAFUENTE, op. cit., núm. 164, pp. 361 y s.; FOSAR BENLLOCH, loc. cit. XI-II, p. 393; el mismo Cámara, por lo menos para el supuesto de que en la herencia no haya más bienes que la explotación (loc. últ. cit., p. 952); GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 120; PUIG BRUTAU, *Estudios* V-III, cap. V, 4, III, 3.º, p. 527; FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio...*, vol. cit., núm. 160, p. 834, "en último término, si no hubiere otro recurso"; MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE, loc. cit. pp. 182 y 214. También hemos defendido esta posición en *Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1.056 y del artículo 863 del Código civil*, en *Rev. Gral. de Der.* III, diciembre 1946, pp. 673 y ss, y en *Apuntes...*, II, § 3, E. a, pp. 213 y ss. y A. D. C. IV-IV, pp. 1144 y s.

también dimana de su voluntad formal al no haber modificado la disposición, reduciéndola, en un nuevo testamento (246).

Desde este punto de vista, los tres preceptos pueden completarse recíprocamente, reduciéndose así sus respectivas lagunas.

De ese modo, podría sostenerse que en el caso de que el asignatario de la explotación, o el mejorado, no puedan o no quieran compensar con metálico de su peculio a los demás interesados, tendriámos como solución subsidiaria la del artículo 822, complementario del 821, para trasladar la opción a aquéllos. En último supuesto, se deberá acudir, a instancia de cualquiera de los interesados, a la pública subasta, que el mismo artículo 822 señala como extremo recurso. Pero, aun a través del artículo 1.062, en el caso de que los demás herederos forzosos sean los que ejerciten la opción, se puede conseguir que uno solo de ellos se quede con la explotación, o con la cosa determinada objeto de la mejora, "a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero", con preferencia entre ellos del mejor postor, a consecuencia del § 2, de este artículo, aunque sea "con admisión de licitadores extraños".

Es de notar la interpretación del artículo 1.056, § 2.^o, propuesta por José González Palomino (247), según la cual, "aunque la herencia se reduzca escuetamente a la explotación monda y lironda, las demás legítimas, por este mecanismo, se pagan con dinero de la herencia, aunque no haya dinero en la herencia; porque el heredero no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo, que es algo diferente".

La observación parece razonable. No cabe beneficiarse cuantitativamente de la mejora, expresa o tácita, hecha en el supuesto del 1.056, § 2.^o (248), y optar para que la explotación se la quede otro u otros interesados, que se hagan cargo de pagar las compensaciones, o para que la explotación se subaste con admisión de licitadores extraños. El asignatario de la explotación, mejorado en ella, que no quiera o no pueda abonar la compensación en metálico no sólo debe perder la mejora cualitativa, expresa o tácita, sino también la cuantitativa. Por eso, creemos que cuando deba hacerse la aplicación supletoria de los artículos 822, 1.061 y 1.062, por dicha

(246) La diferencia que resulta de que en los arts. 1.056, § 2, y 829 basta la asignación o la mejora, mientras en el art. 821 se requiere, además, que la reducción del legado no exceda de la mitad del valor de la cosa, creemos que dimana de la razón objetiva, de que aquellas disposiciones deben favorecer a un descendiente, en tanto que la del art. 821, § 1, se refiere al legado hecho a un extrafijo. Por eso, creemos que el supuesto del art. 821, § 2.^o, de que el legatario sea legitimario, entra en la órbita de aquellos dos preceptos, incluso aunque el legatario sea nieto o descendiente legítimo de ulterior grado ya que es susceptible de ser mejorado, y su atribución, por aplicación del art. 828, constituirá mejora tácita.

(247) José GONZÁLEZ PALOMINO, loc. y nota últ. cit., p. 547.

(248) Respecto a la mejora tácita derivada del art. 1.056, cfr. nuestro trabajo *La mejora tácita...*, VI, 3, en *Anales* cits., pp. 60 y s.; y concretamente con relación a la de ser adjudicatario de la explotación del 1.056, § 2, ver FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 2 y 3, pp. 406 y ss.

razón se deberán considerar rescindidas o caducadas las mejoras que entrañara la disposición. Nos parece evidente que, en el supuesto del artículo 1.056, § 2.º, lo más ajustado a su *ratio* es entender que la mejora cuantitativa va unida indisolublemente a la cualitativa en función del deseo de conservar indivisa la explotación en la familia del testador.

22. b) *Momento al que debe atenderse para cifrar en dinero las legítimas a compensar.*

Se trata de un problema que cobra mucho interés cuando el valor de la moneda sufre alteración en el tiempo que media entre las fechas del fallecimiento del causante y del pago a los demás legitimarios, o a los demás interesados aunque no sean legitimarios.

Es de notar, que es distinto el tiempo al que se refieren el artículo 818 para fijar la legítima, y el artículo 1.074 C. c., para determinar si se ha producido o no lesión al practicar la partición. Este atiende “*al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*”, y aquél “*al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*”. Los valores, en uno y otro momento, pueden ser distintos y, en especial, puede diferir mucho su expresión dineraria si se ha alterado el valor de la moneda. Sin embargo, no creemos que haya ni la menor contradicción entre uno y otro precepto. Antes (249) hemos visto el sentido y finalidad del artículo 818. La legítima queda fijada en una participación del caudal relicto en la fecha de fallecer el testador; pero su valor dinerario deberá cifrarse en principio, con relación al que aquella participación tenga tasada en la fecha de su satisfacción.

Sin embargo, Roca Sastre (250), a quien en esta cuestión sigue Puig Peña (251), ha opinado que: “La depreciación de la divisa nacional repercutе directamente en los casos en que la legítima tenga su expresión concreta en dinero, principalmente cuando, en definitiva, la percepción legitimaria tiene lugar en función de pago en una cantidad de dinero por los herederos. Así ocurre en los supuestos del artículo 1.056, apartado 2.º, y del artículo 840. En esos casos, si la legítima se paga poco después de la apertura de la sucesión no hay normalmente problema, pero si se paga tiempo después en que el dinero se ha desvalorizado sensiblemente, ¿podrá tenerse en cuenta esa depreciación monetaria en la forma que indica el texto? Hay que sostener que no, aunque ello sería lo justo.”

“Lo que se ha dicho —añade— es igualmente aplicable a los legados y donaciones legitimarias de créditos dinerarios.”

(249) Cfr. *supra*, núm. 11.

(250) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, § 131, I. vol. cit., pp. 302 y ss.

(251) FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado...*, vol. V-III, cap. XXVIII, 2, B., página 217.

En nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio* (252) opinamos en contra de nuestro querido maestro.

Estamos conformes con su afirmación cuando se trate de un crédito vencido líquido y exigible al fallecer el testador. Si éste concretó en un crédito dinerario de la herencia la sustancia a satisfacer a un legitimario, con esta atribución realizó una individualización de riesgos. El momento de la delación coincide con el de la atribución concreta. Desaparece en este mismo momento, en flor, la comunidad hereditaria, y cada titular habrá de correr con sus respectivos *periculum* y *commodum*.

No estamos conformes con su opinión en los supuestos del 1.056, § 2 y 840, a los que podemos añadir por igual razón los de los artículos 821 y 829 C. c. Disconformidad que nos refuerza en nuestro desacuerdo con la opinión del mismo Roca Sastre (253) respecto de la naturaleza de la legítima en el Código civil. Según expusimos en dichos *Apuntes*: “Una vez esté la legítima deferida, hay que desechar en absoluto en nuestro sistema toda concepción legitimaria obligacional, pues incluso en el trance más fluido para el legitimario, como es el previsto por el artículo 1.056, apartado 2.º, hay que entender que, *mientras a los demás hijos no se les haga efectiva su legítima, mediante el consiguiente pago en dinero correspondiente*”: “subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legitimario una titularidad respecto de una fracción del valor económico de dicho patrimonio.”

Siendo así —observamos entonces—, si el valor a satisfacer es metálico a los legitimarios, mientras no se haya pagado —o al menos mientras no se haya liquidado—, representa “una fracción del valor económico de dicho patrimonio”, ¿por qué ha de dejar de ser proporcional al valor de éste cuando sufra alteración su valor? De no ser ya proporcional, por haber quedado fijado su valor en moneda, pese al incremento del importe de los bienes, tampoco podrá ya ser equivalente al valor real de los bienes que con su satisfacción debería compensar. Lo mismo da, a este efecto, que ese valor fijado se satisfaga *in natura* con bienes valorados en la fecha del pago o en dinero cuando la lev así lo autorice.

Cosa distinta sería si de común acuerdo legitimarios y herederos concretaran la suma a pagar, traduciéndola en moneda y aplazando su pago por el motivo que fuera, garantizando o no su efectividad. Entonces sí que habría una concreción de bienes que produciría la siguiente individualización de *periculum* y *commodum* (254).

Nuestro criterio fue aplicado más tarde por López Jacoíste (255) a la compensación prevista en el artículo 829. Fosar Benlloch (256)

(252) *Apuntes...*, II, § 3. E. d, pp. 223 y ss. y A. D. C. IV-IV, pp. 1453: y siguientes.

(253) ROCA SASTRE, loc. últ. cit., § 135, p. 337.

(254) *Apuntes...*, loc. últ. cit., p. 225, y A. D. C. IV-IV, p. 1455.

(255) LÓPEZ JACOÍSTE, loc. cit., II, III, 1, pp. 189 y ss.

(256) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., V, 2, D, a, pp. 396 y ss.

y Puig Brutau (257) lo han aceptado para el supuesto del 1.056, § 2. Y Manuel de la Cámara (258) lo ha aplicado a todos los supuestos de pago en dinero resultantes de los artículos 840-2, 839, 829, 821-1 y 1.056-2.

Respecto al artículo 829 y, por extensión, al artículo 821-1, observa Cámara que el metálico “lo recibe el legitimario en pago o sustitución de su cuota reservada en el activo y no como satisfacción o realización de su legítima concebida como puro derecho a un valor”. Igual criterio aplica al artículo 1.056, § 2, con referencia a la parte o el todo a compensar en metálico, si el testador no hubiese practicado la liquidación.

“Si el testador, por el contrario —prosigue Cámara—, ha practicado la liquidación de la herencia y, en consecuencia, ha precisado la cifra en metálico que los hijos deben percibir, no es necesario proceder a nueva liquidación después de fallecer el causante, salvo que los legitimarios impugnen la que hizo el testador. En principio, pues, los hijos tienen derecho a reclamar la suma determinada que el testador les ha asignado, el pago de la cual pueden exigir de inmediato”. Si la nueva liquidación se practica por impugnación de los legitimarios que la consideran insuficiente, si esa impugnación no prosperase, la desvalorización sufrida por la moneda en el tiempo que transcurra “deberá recaer sobre los legitimarios”. Si triunfase, “la indemnización deberá cubrir el valor de la cuota reservada calculada de acuerdo con el patrimonio relicto al tiempo de decretarse la rescisión, toda vez que, de procederse a nueva partición, ésta hubiera tenido que tomar como base el porcentaje que aquélla represente en todos y cada uno de los bienes hereditarios”.

“Si el legitimario —añade— considera suficiente la asignación dispuesta a su favor, puede exigir de inmediato el pago de aquélla. Podrá reclamar la suma asignada y subsidiariamente la cuota reservada” y “cuando el heredero demore indebidamente el pago, el legitimario podrá exigir de modo directo y exclusivo la cuota. De lo contrario, los intereses del legitimario podrían quedar gravemente perjudicados al verse privado sin compensación alguna, y en virtud de un pago tardío de los beneficios que hubiera podido reportarle la cuota reservada”. Salvo —observa en nota (259)— “si el heredero por vía de reconvención ofrece pagar el valor actual de la cuota más el de los frutos correspondientes a la misma”.

Se ha planteado si el causante puede ordenar el aplazamiento y fraccionamiento del pago en dinero correspondiente a la legítima de los demás hijos. Según Royo Martínez (260), el artículo 1.056, § 2.º, “ni siquiera veda de modo expreso la distribución en plazos del abo-

(257) PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, vol. V-III, cap. V, 4, III, 6.º, p. 529.

(258) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 894 y ss. y en concreto para los artículos 829, 821-1 y 1.056-2, pp. 897 y ss.

(259) CÁMARA, nota 268, p. 901.

(260) ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XXXI, § 1, p. 340.

mo en metálico". Pero Fuenmayor (261), siguiendo a Pérez Porto y partiendo de que el artículo 1.056, § 2 es "un precepto de excepción", "una derogación de las reglas generales sobre la división de herencias", cree que "sólo puede aplicarse a los casos textualmente comprendidos en él". Por lo cual entendía que los petrucios *gallegos*, con las *rentas de saco* —que hoy la Compilación gallega ha recogido—, sólo podían admitirse, entonces, como institución consuetudinaria foral vigente al amparo del artículo 12 C. c.

Como ha dicho Fosar (262) la imposición de cualquier aplazamiento en el pago de la legítima no necesita vedarlo el artículo 1.056, § 2, "basta para ello el artículo 813, 2 del Código civil. El derecho del legitimario a que se le abone en el acto la legítima liquidada no puede quedar enervado" (263).

Excepción a esta regla la constituye el artículo 16 de la Ley de Patrimonios familiares, el cual en su § 1.^º dispone que, "en el caso de que no existan bienes independientes del patrimonio familiar o no sean éstos suficientes para el pago de las legítimas, el patrimonio quedará afecto a su pago, total o parcial, hasta el límite máximo equivalente al tercio de su valor, entendiéndose reducidas las porciones legitimarias en la cantidad precisa", y, en el § 5, señala para el pago "el plazo máximo de seis años contados a partir de la apertura de la sucesión, devengando las cantidades aplazadas al interés legal"...

A juicio de Fosar (264), cuando el adjudicatario de la explotación y los legitimarios convengan en aplazar el pago de la legítima, ésta constituye una de las que Hernández Gil (265) denomina deudas de valor y no de dinero y, por lo tanto, aunque no se haya pactado cláusula alguna de estabilización, no podrá afectarla la desvalorización monetaria, a no ser que fuese el propio legitimario quien por desidia, simple tolerancia o cualquier otro motivo se abstuviere de reclamar la legítima.

23. c) *El supuesto del artículo 1.056, § 2.^º, C. c. y el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.*

El artículo 15 de la Ley Hipotecaria, fruto de la reforma de 1944-46, en su § 1.^º, se declaró aplicable a "los derechos del legitimario de parte alicuota que no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana".

La introducción de este artículo suscitó una ardorosa protesta por

(261) FUENMAYOR, *La mejora de labrar y poseer*, A. D. C. I-III, p. 902.

(262) FOSAR BENLOCH, loc. cit., p. 398.

(263) Como dice CÁMARA, loc. últ. cit., p. 1003 y nota 407, "El heredero llamado a recibir los bienes hereditarios tiene que pagar al contado la legítima de los demás herederos forzosos".

(264) FOSAR, *ibid.*, pp. 399 y ss.

(265) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, vol. I, Madrid, 1960, núms. 70 y s., pp. 201 y ss.

parte de José González Palomino (266) y Angel Sanz Fernández (267), que lo estimaron inaplicable al Derecho común por entender que en éste no existe supuesto alguno en que los legitimarios no puedan ejercitar el juicio de testamentaría. Más moderadamente se inclinaron por esta tesis Roán (268) y Cossío (269). Recientemente, García Bernardo (270) ha estimado acertada la que él mismo califica de "violenta reacción" de aquéllos. En cambio, Dávila García (271), Roca Sastre (272), de la Rica y Arenal (273), Casso (274), Gómez Morán (275), Lacruz Berdejo (276), Fosar Benlloch (277), Cámara Alvarez (278), Puig Brutau (279) y Menéndez-Valdés Golpe (280), han admitido la aplicación del artículo 15 L. H. al supuesto del artículo 1.056, § 2.º, C. c.

Lo cierto es que, como ha apuntado Cámara (281): "De no aplicarse el artículo 15 al caso previsto en el artículo 1.056-2 tendremos que llegar a soluciones inadmisibles. Serían éstas: Negar la inscripción de las explotaciones a nombre del adjudicatario hasta que el pago se efectúe. O admitir dicha inscripción sin constatar en ella el derecho de los legitimarios. La primera solución parece incompatible con la virtualidad propia del acto del padre, e innecesaria además puesto que existe un precepto (el artículo 15) que brinda un cauce para conseguir la inscripción. Permitir la inscripción sin constatar en el asiento los derechos de los legitimarios deja a éstos sin protección frente a terceros adquirentes amparados por la fe pública registral". Y observa que "resulta un tanto paradógico que los defensores a ultranza de la legítima castellana, que otorga, a su juicio, una más

(266) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, op. y nota últ. cit., pp. 544 y ss.

(267) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit., art. 13, 3, pp. 138 y ss.

(268) JOSÉ ROÁN GONZÁLEZ, *Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946*, en *R. D. P.* XXX, septiembre 1946, nota 61, p. 646.

(269) ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1956, núm. 68, pp. 305 y ss.

(270) GARCÍA BERNARDO, op. últ. cit., p. 191. No nos parecen consistentes las razones puramente conceptuales que da este autor, pues nunca hemos creído que las normas jurídicas puedan interpretarse por unas razones conceptuales en las cuales no entró el legislador que se refirió a una situación de hecho independiente del rigor conceptual de sus palabras.

(271) JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad*, R. C. D. I. XVII, 1945, p. 649.

(272) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tema XLVII, cfr. 6.ª edición, vol. III, pp. 892 y ss.

(273) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria*, Madrid, 1945.

(274) IGNACIO DE CASSO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1946, p. 409.

(275) LUIS GÓMEZ MORÁN, *Tratado teórico práctico de particiones*, cit., cap. V, p. 385.

(276) LACRUZ BERDEJO, Notas al *Binder*, § 34, I, p. 309.

(277) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 3, pp. 418 y ss.

(278) MANUEL DE LA CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 878 y ss.

(279) PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-III, cap. V, 3, III, 5.º, pp. 528 y sig.

(280) MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE, loc. cit., pp. 203 y sig.

(281) CÁMARA, op. últ. cit., p. 882.

segura protección a los hijos que la legítima catalana, reduzcan a los legitimarios castellanos del 1.056-2 a la simple condición de titulares de un derecho de crédito por empeñarse en rechazar una norma que, según ellos, "catalaniza" el Derecho común."

Sin embargo, el requisito de que el legitimario "no pueda promover el juicio de testamentaría" ha suscitado perplejidad y, en general, se ha estimado que debía prescindirse de ese requisito para salvar la antinomia de reducir una parte del artículo a la nada (282), o por estimar "defectuosa su redacción" (283).

Pero, es lo cierto —como ya ha observado Cáñara (284)—, que en los supuestos del artículo 1.056, C. c., el legitimario no puede instar el juicio de testamentaría, por lo menos en tanto no haya impugnado con éxito la disposición particional y ésta resulte invalidada. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 octubre 1960, en un supuesto en que se había interpuesto el juicio de testamentaría contra una partición en la que el testador hizo uso de la facultad conferida en el artículo 1.056, § 1, rechazó el recurso y afirmó, en su primer considerando, que "la doctrina reiterada de este Tribunal (sentencias de 10 abril y 3 diciembre 1931, 16 febrero de 1932 y 21 de noviembre de 1939, entre otras), establece que cuando la partición de bienes consta hecha válidamente con anterioridad, resulta dilatorio e inútil el juicio de testamentaría y el derecho de los herederos forzosos está subordinado al del testador de hacer por sí la partición de sus bienes sin otras limitaciones que las establecidas por la ley, pudiendo en su caso los perjudicados ejercitar sus derechos en el juicio correspondiente", que según el siguiente considerando es "el oportuno juicio declarativo".

Observa Fosar (285) que al adecuar el artículo 15 L. H. al supuesto del 1.056, § 2, C. c., resultan inaplicables los §§ 2.^º y 6.^º de aquél, respectivamente por referirse a la asignación de bienes concretos a la legítima y presuponer la existencia en la herencia de derechos que no pueden integrar la explotación de que se trate.

A su juicio, la adaptación práctica del artículo 15 al supuesto que examinamos, requiere que al tiempo de inscribirse los inmuebles que integran la explotación, se practique de oficio la mención de las legitimas, por lo menos en su expresión abstracta. Para que puede ser mencionado un señalamiento concreto de cuantía legitimaria éste deberá reunir los requisitos formales del artículo 3.^º L. H.

Por nuestra parte tampoco vemos inconveniente en que este precepto se aplique a los supuestos de los artículos 829 y 821, si el mejorado o legatario declarase que ejercitaba su opción.

(282) Cfr. ROCA SASTRE, loc. últ. cit.

(283) Cfr. LACRUZ, loc. últ. cit.

(284) CÁMARA, loc. cit., p. 873, nota 232 y pp. 879 y sig. En el mismo sentido MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, loc. cit., pp. 204 y ss.

(285) FOSAR, loc. últ. cit., pp. 419 y ss.

24. d) *Concepto en que se verifica la atribución de la explotación al legatario, mejorado o asignatario de la misma en cuanto al exceso de ésta que debe compensar en dinero.*

En los supuestos de los artículos 1.056, § 2, 829 y 821, el asignatario de la explotación, el mejorado y el legatario, reciben en bienes hereditarios más de lo que legalmente podrían recibir según el artículo 806. Pero dichos preceptos lo autorizan a cambio de que se compense en dinero a los otros legitimarios y, en su caso, a los demás interesados.

Así resuelto, la primera analogía que a un jurista se le ocurre, para buscar la naturaleza de la atribución en exceso nivelada con la compensación en dinero, es la de una compraventa (286), con sus variedades, ejercicio de un derecho de tanteo (287), expropiación (288), adjudicación para pago de las legítimas (289), o, genéricamente, "contraprestación otorgada por vía particional, a la imposición al heredero de las deudas a favor de los legitimarios" (290).

La opinión favorable a la figura de la adjudicación para pago de deudas fue defendida por prestigiosos autores. Angel Sanz (291) distinguió en la adjudicación hecha al asignatario de la explotación, un doble título, uno hereditario, y otro, en cuanto al exceso, "extraño a la herencia". De ese modo, según González Palomino (292), la cláusula que asigna la explotación, aunque no contenga, literalmente más que una sola disposición, "es de contenido y naturaleza particional", y contiene, "nada menos", "dos adjudicaciones: una al beneficiario de la explotación, en pago de sus haberes (legítima, mejora, parte libre); otra, para pago de los haberes de los demás legitimarios" (293).

(286) MANRESA (op. cit., vol. VI, art. 829, p. 439) dice, respecto al supuesto de este artículo, que, "en cuanto al exceso, se realiza una verdadera compra".

(287) SCAEVOLA (op. cit., vol. XIV, art. 929, III, b, pág. 583) opina que "puedese por lo relativo al exceso un derecho de tanteo, una compraventa, cuyo precio debe satisfacerse en dinero o signo que lo represente, por la índole jurídica de dicho contrato". MENÉNDEZ-VALDÉS (loc. cit., pp. 171 y ss.) aplica la calificación de compraventa a los supuestos de los arts. 821 y 829, pero no al del art. 1.056, § 2.

(288) ESPINAR LAFUENTE (op. cit., pp. 164, 361 y s.) cree que con el ejercicio de la *facultas solutionis* concedida en los arts. 840, § 2.º, y 1.056, § 2, se realiza una "verdadera expropiación en interés de la familia".

(289) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios...* art. 15, II, 4.º y nota 12, cit., pp. 144 y s.; FLORENCIO PORPITA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, IX, loc. p. 203; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, nota últ. cit., p. 547.

(290) MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición....* R. D. P. XXXVIII, 1964, nota, 91, p. 517.

(291) SANZ FERNÁNDEZ, loc. últ. cit.

(292) J. GONZÁLEZ PALOMINO, loc. últ. cit.

(293) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (nota últ. cit.) observó que para aceptar esta solución: "es necesario admitir la construcción de la adjudicación para pago de deudas hecha por GONZÁLEZ PALOMINO (*La adjudicación para pago de deudas*, A. A. M. N., I, pp. 213 y ss.) ya que el caso en modo alguno encajaría en la más comúnmente aceptada; que considera dicha figura como un caso de titularidad fiduciaria; en efecto, el heredero no es en este caso un titular fiduciario,

Manuel de la Cámara (294) ha impugnado esta construcción: “Es absolutamente artificial —dice— imaginar —como hace González Palomino— dos adjudicaciones: una, en pago del haber del adjudicatario, y otra, para pago de la legítima de los demás hijos. Rara vez coincidirá ésta interpretación con la voluntad real del testador. Este hace la adjudicación no *para que* el hijo favorecido con la explotación pague la legítima, sino *a pesar de que* con esta adjudicación la legítima no quede pagada. En toda adjudicación para pago, la adjudicación se quiere como medio de liberarse de una obligación o para extinguirla (aunque esto no siempre se consiga). Esta es la causa típica del negocio. En el caso del 1.056-2, el testador hace la adjudicación para mantener (en interés de la familia) indivisa la explotación. Esta es la finalidad esencial del acto que destaca el propio precepto. La obligación, impuesta al adjudicatario no es, pues, la causa de la adjudicación. Es sólo una carga, que se impone al adjudicatario para que la adjudicación resulte viable.”

Para Cámara (295) parece que la asignación de la explotación, de la cosa objeto de la mejora o del bien legado, por valor que excede de la parte que es disponible a favor del asignatario, es fruto de que: “El testador goza de *omnímoda libertad distributiva* (296), por lo cual, si puede dejar al legitimario cualquier bien hereditario escogido a su arbitrio, siempre que su valor iguale el mínimo legal exigible, no parece razonable prohibirle que pueda ordenar el pago de ese valor en metálico, aunque no lo haya en la herencia, o que no lo haya en cantidad suficiente, al menos siempre que se trate de la legítima individual de un legitimario”, y de que el conjunto de la cuota *in natura* que constituye la legítima colectiva se atribuya a otros hijos o descendientes legítimos (297). A su juicio, “*la solución ortodoxa*, dentro del sistema del Código”, es que “*el metálico en dicho sistema lo recibe el legitimario en pago o sustitución de la cuota reservada en el activo, y no como satisfacción o realización de su derecho legitimario*” (298). Si se trata de que “el testador ha asignado sus bienes a los demás herederos por vía de partición, de legado o de institución *cx re certa* (por ejemplo, en los supuestos en que entran en juego el artículo 829 o el 1.056-2 del Código civil), la partición sólo puede considerarse consumada mediante el pago de la cantidad que corresponde al legitimario” (299).

Nosotros hemos afirmado, hace años, que no hay bisturí jurídico capaz de separar lo particional de lo dispositivo en la partición efec-

sino pleno, y la adjudicación no tiene por otra parte, una finalidad liquidatoria de la cosa adjudicada que sería incompatible con la finalidad del artículo 1.056, párrafo 2º.

(294) CÁMARA, loc. cit., pp. 874 y ss.

(295) CÁMARA, p. 948.

(296) *Subrayamos nosotros.*

(297) CÁMARA, p. 934.

(298) *Ibid.*, p. 897.

(299) *Ibid.*, p. 825. .

tuada por el testador (300). Inseparabilidad que se acentúa extraordinariamente, hasta alcanzar matices cualitativos, en la singular facultad del párrafo 2.^º del artículo 1.056. Su ejercicio penetra en la sustancia de la disposición (301). El mismo Cámara (302) confiesa que “la línea de separación entre lo particional y lo dispositivo (no demasiado fácil de establecer) se traspasa abiertamente cuando la división se realiza sin atenerse a un criterio de igualdad cualitativa en la formación de los lotes”.

Por eso, hallamos más conforme con la naturaleza de esa asignación la opinión de quienes la estiman, aun en su parte excesiva, como una disposición —propiamente dicha— del testador a favor del asignatario que queda gravado con el pago en dinero de la legítima (303). Así, López Jacoíste (304), con referencia al supuesto del artículo 829, dice que, según el propio precepto legal, “se da por supuesta la inmediata consumación de la mejora en beneficio del mejorado, imponiéndose como un *posteriorius* eventual, si bien conexo, el deber de abonar la diferencia en metálico a los demás interesados”.

Según esta opinión “la percepción de la cosa y la obligación de abonar la diferencia en metálico, se integran así en un *estatuto* unitario e imponible”.

Creemos que se trata de una disposición modal. Ya sea una institución —en el supuesto del artículo 1.056, § 2.^º— o un legado —normalmente en los casos de los artículos 821 y 829— con el modo o carga de abonar en dinero la legítima a los demás interesados. La vieja definición de Bartolo, encaja perfectamente: “*Modus est moderatio quaedam dispositione adiecta, eum qui honoratur, aggravans in tempus dispositione perfectae*”. Con la sola particularidad de que en ese caso la carga tiene carácter legal y especiales garantías (305).

(300) *Apuntes...*, II § 3.^º, C, p. 187, y *A. D. C.*, IV-IV, p. 1418.

(301) *Apuntes...*, II, § 3.^º, E, c, p. 218 y *A. D. C.*, IV-IV, p. 1449.

(302) CÁMARA, loc. cit., p. 734. En nota 58, explica: “Teóricamente cabe separar en una partición propiamente dicha lo dispositivo de lo particional. El testador dispone al señalar quién debe sucederle, y en qué concepto o título, así como al fijar la cuota de cada heredero. O al imponer condiciones, limitaciones o gravámenes a los herederos o legatarios. Y parte al ordenar la distribución y reparto de sus bienes. Pero las adjudicaciones de bienes, concretos, tienen valor dispositivo directo. La partición testamentaria propiamente dicha se hace no para escindir una previa situación de comunidad, sino para evitar que la comunidad surja. Cada adjudicatario resulta *ab initio* dueño exclusivo de los bienes que le han sido adjudicados.”

(303) Cfr. ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en R. D. P. XXVIII, 1944, p. 208; FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VI, p. 411, que cree que la atribución al asignatario de la explotación tiene el carácter de “título puro y simple de herencia”. Para este autor, por ello, el adjudicatario “no podrá aceptar la parte disponible y rechazar la indisponible, ni viceversa, pues ello lo veda el artículo 990”. También GARCÍA BERNARDO, op. cit., pp. 114 y ss. y MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, loc. cit., pp. 183 y ss., quien dice además que en el supuesto del art. 1.056, § 2.^º, “el testador adjudica la explotación agrícola, industrial o fabril con la carga de abonar las legítimas en metálico” (p. 214).

(304) LÓPEZ JACOÍSTE, op. cit., cap. VII, V, I, pág. 215.

(305) Cfr. respecto al *modus*, nuestro comentario a las SS. 4 junio y 18 diciembre 1965, en R. C. D. I. XLIII, 1967, pp. 166 y ss.

25. e) *Garantía de la efectividad del pago en dinero de la legítima a favor de los legitimarios a quienes compete.*

Varias fórmulas se han propuesto para encajar el derecho de los legitimarios a quienes debe satisfacérseles en dinero su legítima, en el marco de alguna garantía que asegure su pago contra las posibles eventualidades. Trataremos de analizar su contenido y viabilidad.

1.º) Mucius Scaevola (306), con referencia al supuesto del artículo 829 (307), estimó que la adjudicación de la cosa al mejorado cuando su valor resultare excesivo, era "condicional o pendiente del abono del suplemento de valor de la cosa, mientras no se cumpla la condición, no viene la efectividad del derecho". En apoyo de esta tesis adujo, "por cierta analogía, el artículo 1.062, según el cual, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca por su división, podrá adjudicarse a uno, a *calidad* de abonar a los otros el exceso en dinero. *A calidad* quiere decir a condición, o sea, mediante pago del exceso".

López Jacoíste (308) rechaza esta explicación, pues, conforme al texto del precepto, "la obligatoriedad de este abono es, si no en el tiempo, al menos lógicamente posterior y, no un requisito que suspenda la efectividad de la adquisición de la cosa. El Código no dice que el mejorado debe abonar antes de adquirir, sino que, por el contrario, dando por sentada la adquisición, advierte que si el valor de la cosa excede del límite que indica, deberá hacerse el abono de la diferencia".

Tampoco pueden hallarse trazas en el artículo 1.056, § 2.º de que la adjudicación de la explotación quede sometida a la condición suspensiva del pago en dinero de las demás legítimas. Y la aplicación, comprobada, del artículo 15 L. H. a este supuesto, corrobora que el asignatario la adquiere inmediatamente si bien con la afección correspondiente a aquella satisfacción en dinero.

2.º) La posición más débil para los legitimarios, es paradógicamente la resultante de la postura de quienes más alejada de la legítima catalana quisieran mantener el supuesto del artículo 1.056, § 2.º (309). Así, para Sanz (310) la situación del asignatario de la explotación respecto de los otros legitimarios sería idéntica a la que se produciría, en el caso de partición practicada voluntariamente por los herederos,

(306) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 829, III, h, pp. 583 y s.

(307) A SCAEVOLA no se le pudo plantear este problema en el supuesto del art. 1.056, § 2.º, puesto que, como vimos anteriormente, entendió que el metálico a abonar debía ser hereditario.

Para los supuestos de los arts. 821 y 1.062 entiende MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (loc. cit., pp. 213 y s.) que el legitimario "expropiado" podrá retener su "porción de bienes" en tanto no se le abone el precio (art. 1.466).

(308) LÓPEZ JACOÍSTE, op. y loc. últ. cit., p. 216.

(309) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, locs. cits. *supra* nota 370; y, en contra, cfr. la observación de CÁMARA, en el texto correspondiente a su nota 375.

(310) A. SANZ, loc. cit., p. 144, nota 12.

cuando alguno de ellos quedara obligado a indemnizar en metálico a los demás, por diferencias de valor en los bienes adjudicados, si bien se refuerza por la adjudicación para pago de deudas hecha a uno solo de ellos por el testador. Porpetta (311) añade que, siendo esta adjudicación del tipo "para pago de deudas", no podrá provocar por sí sola ninguna afección real de los bienes respectivos, lo cual estaría en pugna con la doctrina del artículo 45 de la Ley Hipotecaria".

Como ha hecho notar Fosar Benlloch (312), esa garantía del artículo 45, § 2, L. H., no sería suficiente para el legitimario, por ser semejante a la de la anotación preventiva de embargo que, según el artículo 44 L. H., circumscribe sus efectos a los del artículo 1.923 Código civil, pero además, en la mayor parte de los casos sería inaplicable, pues, "a menos que se haya liquidado la cuantía de las legítimas, sea por el testador, por el contador partidor o por acuerdo entre el heredero y los legitimarios, no constará en escritura pública el crédito garantizado con la adjudicación para pago". Así necesitaría sentencia firme para fijar el importe de su legítima, y luego acudir al procedimiento del artículo 172 R. H. Y, "durante la tramitación del proceso de determinación de la cuantía de la legítima, quedaría indefenso el legitimario frente a la posible enajenación que verificare el adjudicatario de la explotación".

Cierto es que nuestro llorado amigo y compañero González Enríquez (313) ha escrito que "no parece adecuado otorgar a los legitimarios una protección superior a la que se concede a los acreedores hereditarios, cuyo interés tiene prioridad legal sobre el de aquéllos (art. 818 C. c.)". Pero no debemos olvidar que, pese a ello, precisamente el artículo 818 Código civil expresa el cómputo de unas legítimas que son "pars honorum" y que se refieren a un derecho *erga omnes*, como es el de copropiedad, más fuerte que cualquier crédito. Las deudas hereditarias sólo afectan a la legítima en cuanto determinan por sustracción su importe; pero el contenido de ésta es más sólido al menos cuando es porción de bienes, aunque esté afectada por las deudas de la herencia. En este sentido, los acreedores de ésta tendrán prioridad sobre ella; pero, en caso de enajenación de bienes, verán escapar los objetos en qué hacer efectivos sus créditos, a no ser que hayan anotado sobre ellos su derecho. En cambio, a la legítima, por ser porción de bienes, ningún bien puede escapársele mientras no haya sido satisfecha, pues, hallándose el legitimario en cotitularidad con los herederos, sin su concurso no será posible la enajenación de ningún bien de la herencia. Si esto es también así en el supuesto del artículo 1.056, es lo que tratamos de aclarar, pero lo evidente es que el precepto del artículo 818 no puede ser aducido en contra de que los legitimarios que deben ser satisfechos en dinero tengan mayor protección que los acreedores de la herencia, puesto

(311) PORPETTA, loc. últ. cit., pp. 203 *in fine* y s.

(312) FOSAR BENLLOCH, loc. últ. cit., pp. 410 y s.

(313) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. y nota últ. cit.

que, como acabamos de ver, el artículo 818 señala una prioridad de cómputo, pero no una mayor fortaleza del derecho de los acreedores.

3.^º Una tercera posición, que hoy tiene su más firme apoyo positivo en la aplicación del artículo 15 L. H., pero que tal vez no concuerda con la verdadera naturaleza de la legítima de los hijos en el Código civil, ni siquiera en el supuesto del artículo 1.056, § 2.^º, fue la iniciada por Roca Sastre (314). Este autor enlazó su teoría con “la tendencia del Derecho intermedio a considerar la legítima como *obligatio rei u onus reale*, protegida por una *actio in rem scripta* o garantizada por una *tacitam hypothecam*”. A su juicio (315), en el supuesto del artículo 1.056, § 2.^º “la legítima tiene perfecta y permanente titularidad sobre una fracción del valor pecuniario del patrimonio relichto”, “es semejante a la legítima del régimen vigente en Cataluña”, respecto de la cual, él mismo ha explicado (316) que “funciona al modo de un derecho real de hipoteca, pero en el bien entendido que no debe confundirse con ésta, pues la hipoteca atribuye una titularidad sobre el valor en cambio de determinados bienes, o sea, un derecho de aseguración y realización del valor en *garantía* de la efectividad de un crédito, mientras que esta función de garantía no existe en la legítima, pues por constituir una *debita pars valoris bonorum*, asume dicho carácter de titularidad sobre el valor en cambio o derecho de realización de valor, pero de tipo independiente o autónomo, como si se tratara de una hipoteca con debito vencido”. Y, más recientemente (317), ha insistido en aclarar: “No existe ningún derecho real de garantía asimilable a la hipoteca. Aquella pretendida hipoteca, es la legítima misma, sin diferenciación entre lo garantizado y la garantía, o sea, formando un todo único; una titularidad sobre la correspondiente *pars valoris bonorum*”.

Fosar Benlloch (318) se adhirió a la opinión de Roca Sastre de considerar la garantía del legitimario del 1.056, § 2, “como una hipoteca solidaria”, e indicó que su ejercicio “llevará a enajenar en pública subasta la explotación agrícola, o incluso a adjudicarla al legitimario en pago de su crédito sin fragmentarla materialmente en el supuesto de división”.

En refuerzo de esta solución, adujo el artículo 16, número 4 de la Ley de Patrimonios familiares, que dispone: “Para garantizar el pago de la porción legitimaria que afecte al patrimonio familiar, se establece hipoteca legal, cuya constitución podrá ser exigida por el heredero o herederos forzosos a quienes no hubiera correspondido suceder a su causante en la titularidad del patrimonio.”

El propio Fosar analiza las consecuencias de estimar el gravamen

(314) ROCA SASTRE, *Naturaleza*, loc. cit., p. 203.

(315) *Ibid.*, p. 208 y nota 76.

(316) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 5.^a ed. vol. II, tema XXXIII, páginas 661 y ss.

(317) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.^a ed. vol. III, tema XLVII, página 898, nota.

(318) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 2, pp. 415 y ss.

legitimario como "afín a la hipoteca solidaria", y de la consiguiente aplicación del artículo 123 L. H., según el cual "no verificándose esta distribución [de la hipoteca entre las fincas resultantes de la división de la finca hipotecada], podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, o contra todas a la vez". Facultad que estima no limitada, sino de modo insuficiente en el artículo 15 sólo a partir de determinados períodos de tiempo y en beneficio de terceros adquirentes, lo que implica dejar al arbitrio del legitimario la posibilidad de dar lugar a la división de la explotación agrícola instando la ejecución de alguna de las fincas que la integran. Por eso, cree que hubiese sido preferible que la ley hubiese habilitado para este supuesto "una hipoteca que podríamos llamar conjunta —empleando la terminología de Roca Sastre— sobre la totalidad de las fincas que integran la explotación agrícola", con la cual entraría en aplicación el artículo 248 R. H. Este criterio es el seguido en el artículo 10 de la Ley de Patrimonios familiares.

Por otra parte, la ejecución, conforme al artículo 227 R. H., no producirá la cancelación de los demás gravámenes legitimarios, en cuya afección quedará subrogado el adjudicatario.

Finalmente, señala Fosar el defecto de que si no se hubiese liquidado la legítima en escritura pública, o documento privado reconocido judicialmente por el adjudicatario de la explotación, sólo podrá reclamarse su pago por el procedimiento ejecutivo ordinario de la ley de Enjuiciamiento civil.

Mayores dificultades halla aún para garantizar la afección legitimaria de los bienes muebles, que cree consiste en "un derecho de realización de valor de carácter mobiliario y de origen legal sin desplazamiento de la posesión", que se "encuadra en lo que la legislación de prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria califican de prenda sin desplazamiento, ya que por su naturaleza no halla acomodo en la hipoteca mobiliaria". Y, en definitiva, "como dicha legislación no prevé la existencia de tal gravamen legal, y por supuesto tampoco su inscribibilidad en el Registro especial de gravámenes, que crea prácticamente la afección real de los bienes muebles, pierde toda eficacia. Basta al efecto que el heredero enajene a un tercero de buena fe los muebles, para que entre en funciones el régimen legitimador del artículo 464 del Código civil".

El mayor defecto de esta construcción, como hemos insinuado al comenzar a exponerla y según había observado Cámara (319), radica en que "no existen términos hábiles para construir en el Código civil, ni siquiera en la hipótesis del artículo 1.056-2, u otros similares, el derecho de los legitimarios como derecho de realización del valor".

4.^º Esta razón nos llevó en diversas ocasiones a intentar armo-

(319) CÁMARA, loc. últ. cit., p. 876.

nizar el supuesto del artículo 1.056, § 2, con el sistema legitimario del Código civil, como vamos a repasar a continuación.

26. En una primera ocasión (320) defendimos la teoría que más tarde vinimos a llamar de la *superposición o sustitución relativa de llamamientos* (321) —el testamentario y el legal—, anteriormente expuesta por Porpetta (322), que extendimos más allá del pensamiento de éste para aplicarla al supuesto del 1.056, § 2. Partimos de que las facultades que confiere este precepto mezclan en forma inseparable lo particional y lo dispositivo. Y afirmamos que su ejercicio por el testador hace surgir “un derecho legitimario ordenado directamente en metálico, y una asignación testamentaria hecha directamente sobre toda la explotación”. Junto a ella, entendíamos que “la asignación hecha en el artículo 806 queda en la penumbra, y aunque no caduca totalmente, mientras el legitimario no sea pagado, su vida es meramente latente (por el peso de la facultad conferida por la ley al testador)”, pero, en caso de incumplir el pago de las legítimas el asignatario de la explotación, “renace con vida propia el normal derecho del legitimario, armado con la *actio familiae circoscundac*” (323).

En nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio” (324) prácticamente mantuvimos parecida solución, pero con otra explicación técnica, debido a haber desecharado la tesis de la *doble designación o superposición relativa del llamamiento testamentario a la vocación forzosa*, por comprender que el Código civil solamente *reserva*, en el sentido de señalar su destino, cierta porción de bienes a favor de determinadas personas, pero sin llamarlas directamente.

Sobre esta base, afirmamos que excepcionalmente el § 2 del artículo 1.056 autoriza al testador para disponer íntegramente de su explotación agrícola, industrial o fabril, que puede constituir toda su herencia, a favor de uno solo de sus descendientes. “A éste, por tanto —decíamos—, le puede atribuir la parte de bienes reservada por la ley a los demás herederos forzosos. Pero dicha autorización excepcional sólo es conferida por la ley supeditándola a que el asignatario satisfaga en metálico a los demás legitimarios el valor de aquella porción, que les estaba reservada y de la que se ha permitido disponer al ascendiente testador, en interés de la familia, para conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril. Por tanto, en buena lógica, cabe sostener que, mientras dicho pago no se haya consumado, la reserva seguirá latente repercutiendo así en la titularidad y disponibilidad del heredero. Así, la afección de los bienes al pago de

(320) *Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del art. 863 del Código civil*, § 1.º, en R. G. de D. III, diciembre 1946, pp. 673 y ss.

(321) *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, V. C. en R. D. P. XXXII, abril 1948, pp. 326 y ss.

(322) PORPETTA, loc. cit., pp. 159 y ss.

(323) A parecida solución pareció llegar ROCA SASTRE en sus *Notas* al Kipp, vol. cit., § 135, pp. 337 y ss.

(324) *Apuntes...* II, § 3, E, c, pp. 220 y ss. y A. D. C. IV-IV, pp. 1.451 y siguientes.

las legítimas se mantendrá, aunque aquéllas hubiesen pasado a manos de tercera personas, en tanto los legitimarios no hayan percibido el metálico correspondiente. Tanto más cuanto que el causante y menos aún el heredero por sí solo, no están facultados para fijar unilateralmente la cuantía de las legítimas a pagar.”

“La explotación —concluíamos— tiene su destino prefijado, pero la plena titularidad del designado, que le permita disponer sin arrastrar como lastre la afección legitimaria, sólo la consolidará, después de determinada la cuantía de aquellos derechos —bien de común acuerdo o por decisión judicial—, cuando los haya satisfecho, o verificado la consignación de su importe en su totalidad y en debida forma.”

Posteriormente, López Jacoíste (331) aplicó parecida solución al supuesto del artículo 829. Partió de que la legítima, “ya se conciba como *pars hereditatis* o como *pars bonorum*, entraña la afección real del patrimonio relichto a su satisfacción y mientras los legitimarios no la perciban en la forma que sea, su expectativa real sobre los bienes se mantiene”, y deduce que la diferencia a abonar por el exceso por mejorado, “es una obligación *propter rem*, de la que sólo se liberará el mejorado renunciando a la percepción de la cosa como entidad señalada exclusivamente a su favor”.

También otros autores han recogido nuestra construcción (326), que, en buena parte, ha tenido especialmente el refuerzo de la opinión de Manuel de la Cámara (327). A juicio de éste: La acción que corresponde al legitimario en el caso del 1.056-2 es la que en base del artículo 806 le corresponde para reclamar la cuota reservada, acción que tiene aquí una manifestación pura y autónoma y no una simple acción de rescisión”, constreñida “a la hipótesis de lesión en sentido estricto”, “que no presenta ninguna analogía con la que aquí se contempla, pues mientras en el caso de lesión la legítima aparentemente ha quedado pagada, en el supuesto del 1.056-2 (y demás asimilables al mismo) es manifiesto que la legítima no ha sido satisfecha en la propia partición, sino que tiene que serlo a través de un acto posterior (el pago por el adjudicatario)”.

“La acción del hijo impagado —dice— tendrá que ser ejercitada en juicio ordinario, ya que la existencia de la partición impide, según la jurisprudencia, el juicio de testamentaría.” Si bien cree que, “cuando el testador se ha limitado a prevenir el pago en metálico de las legítimas sin fijar ni concretar el importe de ésta, resulta cuestionable que el acto sea verdadera partición”. Por lo cual dice que no ve claro que los hijos no puedan exigir la satisfacción de su derecho por medio del juicio de testamentaría.

Unas páginas después (328) indica que la reclamación directa de

(325) LÓPEZ JACOÍSTE, op. cit., cap. VII, v, 2, 3, y 4, pp. 217 y ss.

(326) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, § 64, núm. 389. nota 27, p. 497, y PUIG BRUTAU, *Estudios...* V-III, cap. V, 4, III, 5, pp. 528 y ss.

(327) CÁMARA ALVAREZ, pp. 875 y ss.

(328) *Ibid*, nota 268, p. 901.

la cuota reservada “exige que el legitimario haya intentado sin éxito, aunque sea extrajudicialmente, el cobro de la cantidad señalada por el testador”; que “si el heredero, por vía de reconvención, ofrece pagar el valor actual de la cuota más el de los frutos correspondientes a la misma, parece justo admitir la reconvención” y que la sentencia, “aunque acoja la reconvención, debe condenar subsidiariamente a la entrega de bienes hereditarios bastantes para satisfacer la cuota mediante una nueva partición”.

En cambio, Fosar Benlloch (329) se inclinó por la garantía de la hipoteca solidaria, precisamente por encontrar inconvenientes prácticos a nuestra tesis. “Si entendemos que el gravamen legitimario tiene el juego de la *actio familiae erciscundae*, es indudable —dice— que atribuye a legitimario el derecho a percibir *in natura* lo que le corresponde, mediante la consiguiente desintegración de la explotación agrícola...” “En la práctica de la división material de la explotación no existirá más límite —añade— que la tímida recomendación del artículo 1.078 de la Ley de Enjuiciamiento civil (procurar evitar la excesiva división de las fincas) y la legislación de unidades mínimas de cultivo, en tanto la de explotaciones familiares no haya entrado en vigor”. Por lo cual cree que nuestra interpretación “frustraría la finalidad de la norma” y que, por eso, tal interpretación, que conduciría a la práctica inoperancia de la norma que comentamos, debe ser rechazada”.

Sin embargo, hemos visto cómo su solución de la hipoteca solidaria —bien que a él no le guste esa solidaridad que cree inevitable— puede llevar precisamente a ese resultado, que, en cambio, puede no producirse con nuestra solución rectamente aplicada. Pero de esto vamos a ocuparnos a continuación.

Hemos calificado antes las atribuciones resultantes de la aplicación de los artículos 1.056, § 2, 829 y 821 Código civil de institución, mejora o legado —según los casos—, con la carga o modo de compensar en dinero las legítimas afectadas. Hay un *modus* testamentario, expreso o implícitamente presupuestado por la ley, que grava al asignatario.

Conviene, pues, recordar el juego clásico del *modus* (330). El modo no suspende la disposición, sino que debe cumplirse después de recibida, e incumplido da lugar a acción para exigir su cumplimiento o la revocación de la disposición según los casos. Lo primero resulta hoy del artículo 797, § 1.º, y lo segundo del artículo 797, § 2.º.

(329) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 2, pp. 414 y s.

(330) Cfr. nuestro Comentario a las SS. de 4 junio y 18 diciembre 1965, en R. C. D. I., XLIII, 1967, pp. 170 y ss.

MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (loc. cit., p. 214) dice que “en el supuesto del artículo 1.056, párrafo 2.º, el adjudicatario debe prestar en todo caso, por vía del citado art. 15 de la L. H. o por otro cualquiera que estime suficiente, el afianzamiento de que habla el art. 797 del C. c., pues en realidad el testador adjudica la explotación agrícola, industrial o fabril, con la carga de abonar las legítimas en metálico”, y añade: “Fuera de los preceptos citados no encuentra ninguna protección legal para el legitimario que se halla en este caso.

Ahora bien, para los supuestos del artículo 821 y por aplicación analógica, según antes hemos sostenido, del artículo 829; el artículo 822 nos ofrece dos soluciones supletorias sucesivas, que significan un especial ejercicio de la acción *communi dividundo* de cosa indivisible o que presumiblemente desmerecería mucho con su división, que la preservan de ser materialmente dividida.

El supuesto del artículo 1.056, § 2.º, presenta otra especial perspectiva que antes hemos examinado. La asignación de la cosa se hace en interés de la familia para mantener indivisa la explotación. Por eso, hemos sostenido que el incumplimiento partinaz del asignatario de su obligación de pagar a los demás sus legítimas en dinero, debe dar lugar no sólo a la invalidación de la asignación en su aspecto cualitativo, sino también de la mejora cuantitativa que entraña. Obtenida la resolución de la disposición, pedido en juicio ordinario subsidiariamente el pago de la legítima en dinero, ha de quedar despejada la posibilidad del ejercicio de la *actio familiae circundae* en juicio de testamentaría, o en su caso de la *communi dividundo*, pero siempre con aplicación de lo previsto en los artículos 1.062 y 401 si la explotación “desmerece mucho con su división” o “cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”.

La afección real de la reserva del artículo 806 presupone, aún en los casos en que deban abonarse en metálico las demás legítimas, que la eficacia real del *modus*, que grava al asignatario de la explotación o de la cosa objeto de la mejora o el legado, puede mantenerse incluso respecto de terceros adquirentes registrales por el juego de la mención prevista en el artículo 15 L. H.

27. f) *Caracteres de las legítimas que, en los supuestos que examinamos, deben percibirse en metálico.*

Podemos intentar clasificar las diversas posiciones que en cuanto a este tema han sido mantenidas en el siguiente esquema:

— derecho de crédito concedido *c.r. lege* (331), derecho a percibir

(331) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones...*, vol. III, Lec. 90, p. 226) dice que “lo dispuesto acerca del suplemento de legítima (815)”, “aproxima ésta a un derecho de crédito” y en “la permisión de la indivisión de aquéllas cosas que desmerezcan mucho con su división (1.062): parece orientarse la legislación hacia la legítima *pars honorum* [sic] o simple derecho de crédito”.

Según CASTÁN TOREÑAS (*Derecho civil...* I-II, tema XL, p. 270) “no siempre el derecho a la legítima se traduce en derecho a bienes determinados”, pues: “Se autorizan los suplementos de legítima (art. 815) y se permite la indivisibilidad de aquellas cosas que desmerezcan mucho por su división (art. 1.062) y la transmisión de aquellas explotaciones indivisas a uno de los herederos, que satisfaga en metálico su legítima a los demás (art. 1.056, párrafo 2.º).”

Para DÁVILA GARCÍA (*Herederos y legitimarios*, R. C. D. I., XVI, 1943, página 666) la regla general de la legítima *pars honorum* tiene sus excepciones en los casos en que deba pagarse en dinero (arts. 821, 829, 1.056 y 654 en rel. 820 y 821).

BONET RAMÓN (*Compendio...* V, núm. 94, pp. 548 y s.) señala que la legítima en algunos supuestos, como en el 1.056, § 2, “es un crédito sobre una *pars valoris honorum*”.

dinero no hereditario (332), legado de dinero (333), o legado de valor puro, dotado de la garantía específica del artículo 15 L. H. (334);

— derecho de crédito resultante de la adjudicación para su pago impuesta por el testador al adjudicatario de la explotación (335);

— *pars valoris bonorum*, atribuida como legado en dinero y que constituye una carga real sobre los bienes hereditarios, especie de hipoteca independiente y solidaria (336);

— obligación *in rem scripta* resultante de la reserva de la *pars bonorum* que la cubre y cuyo incumplimiento ha de significar la pérdida del bien en la parte de su valor en que sea inoficiosa la atribución (337);

— contraprestación de carácter crediticio otorgada por vía particional a los legitimarios e impuesta al heredero (338);

— compensación dineraria de carácter particional, pero garantizada por la reserva de la *pars bonorum* (339);

— legado de parte alícuota a satisfacer en dinero, *pars valoris*, garantizado por la reserva de la *pars bonorum* (340).

Varias de las configuraciones expuestas han sido criticadas, desde los ángulos de percepción a partir de los cuales las hemos enfocado.

(332) LACRUZ BERDEJO (Notas al *Binder*, § 32, 111, p. 300) indica que el derecho de los legitimarios se reduce a percibir "dinero no hereditario en algunos casos excepcionales (arts. 821, 829, 1.056, 2.º, y sobre ellos S. 19 mayo 1951)".

Para MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE es un derecho a percibir en dinero el valor de su porción de bienes (p. 184), que el adjudicatario debe compensar, pues en otro caso obtendría un enriquecimiento sin causa; y que este derecho es garantizable por el art. 15 L. H. o en otra forma cualquiera, en virtud de lo previsto en el art. 797 C. c. (p. 214).

(333) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO (op. cit., p. 115), cree que la asignación en metálico de la legítima del art. 1.056, no constituye "un acto particional, sino dispositivo" y esos legitimarios: "Reciben su legítima a título de legado de cantidad, de dinero, concretamente y no como legatarios parciales, ya que que están excluidos de la cotitularidad de la herencia; y el hecho que la cantidad se fije con relación a una cuota de la herencia; que es lo que ha introducido la confusión, no altera la naturaleza de este legado en dinero, ni lo convierte en parcial".

(334) FOSAR BENLLOCH, loc. cit., VII, 1, p. 412.

(335) A. SANZ FERNÁNDEZ, F. L. PORPETA CLÉRIGO y J. GONZÁLEZ PALOMINO, locs. últ. cits.

(336) ROCA SASTRE, locs. últ. cits., *supra* notas 314, 315, 316 y 317.

(337) LÓPEZ JACOSTE, respecto al supuesto del art. 829, C. c., op. cit., cap. VII, V, núms. 2, 3 y 4, pp. 217 y ss.

(338) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, loc. últ. cit.

(339) CÁMARA ALVAREZ, loc. cit., pp. 876 y ss.: La adjudicación por vía particional de todos los bienes hereditarios a un heredero, si hay legitimarios, constituye, en principio, una disposición inoficiosa contra la cual se puede hablar en reducción. Lo que ocurre es que cuando sea posible el pago con metálico, la reducción "in natura" podrá evitarse mediante el pago en dinero. El hecho de que la cuota a través de la reducción esté reservada por la Ley, justifica la trascendencia real de la acción" que al legitimario "en base al artículo 806 le corresponde para reclamar la cuota reservada".

(340) Esta es la tesis que defendimos en nuestros *Apuntes*..., II, § 3, E, b, pp. 216 y ss., y A. D. C., IV-IV, pp. 1447 y ss. También la acepta PUIG BRU-
TAU, *Fundamentos*..., V-III, cap. V, 4, III, núms. 4.º y 5.º, pp. 527 y s.

antes. Haberlas rechazado, en aquel examen, nos excusa de que ahora volvamos a repetir los mismos argumentos, aunque vistos desde otro aspecto. Preferimos, por ello, analizar la última explicación, que hace años expusimos, y al hacerlo podremos comprobar los puntos que no aceptamos de otras formulaciones que presentan con la nuestra ciertas analogías, pero también acusadas diferencias.

Las legítimas o parte de legítimas a satisfacer en dinero, en los supuestos que examinamos, se caracterizan:

1.º) Por ser *pars valoris*. O bien un remanente de *pars valoris* que sumado a la *pars bonorum* asignada al mismo legitimario completa su porción reservada.

No es un mero crédito dinerario, que tendría su cuantía congelada desde la fecha del fallecimiento del causante, la improcedencia de cuya tesis hemos visto antes. En todo caso, podrá decirse que es un crédito de valor, pero con la particularidad que su valor se fija en relación al que tenga, en cada momento, el líquido hereditario.

Si el testador ha ordenado un legado de cantidad determinada para compensar a los legitimarios excluidos de la explotación, o de la cosa objeto del legado o de la mejora, este legado cubrirá su legítima en cuanto alcance el importe de la *pars valoris* correspondiente al legitimario.

2.º) Por derivar de un *acto dispositivo*, que excede de lo meramente particional (341).

Es cierto que el artículo 1.056 regula la partición hecha por el testador. Pero, aparte de que en ella —como antes hemos visto— es imposible deslindar la particional y lo dispositivo, es evidente que en el supuesto de su párrafo 2.º, el ejercicio de la facultad que éste concede penetra en la sustancia de la disposición y excede de lo meramente particional, pues atribuye una cosa a uno solo de los hijos y ordena el pago en metálico a los demás, eliminando el requisito de la pública licitación con admisión de extraños que es característico de la partición de cosas indivisibles, según resulta de los artículos 404 y 1.062, C. c.

Por lo demás, no ha llegado a haber comunidad entre el asignatario y los legitimarios a compensar en dinero, pues aquélla quedó excluida previamente por el testador. Si nada hay en común, nada hay que partir. La partición hecha por el testador es en el fondo un acto dispositivo de éste que excluye la verdadera partición en cuanto elimina la previa comunidad a disolver. La única diferencia entre una disposición pura y una disposición particional, hechas por el testador, estriba en que aquélla, al hacerse *extra partem*, excluye las compensaciones excepto las que sean dimanantes de la ley, mientras la segunda, al deberse encajar *intra partem*, puede llevar implícito el deber de compensar si resulta ser ésta la voluntad del testador, que

(341) Cfr. nuestros *Apuntes...*, loc. últ. cit., pp. 217 y s. y *A. D. C.*, IV-IV, pp. 1448 y s.

es precisamente lo que *a priori* excluye el artículo 1.075, "si no resultare que la voluntad del testador fue otra" (342).

Cámara (343) reconoce "que la partición testamentaria propiamente dicha excluye *ab initio* la existencia de comunidad hereditaria respecto de los bienes adjudicados. No se puede sostener, por tanto, que el heredero a quien por disposición del testador hay que adjudicar metálico no herencial es cotitular del activo hereditario hasta el pago". Hay, pues, un acto dispositivo que lo impide.

3.º) Por tener como título el de *legado*. Es decir, el legitimario al que se ordena se le satisfaga en metálico su legítima no es heredero sino legatario (344).

Ello tiene importantes repercusiones prácticas (345). Si al legitimario apartado de la explotación, cuyo derecho debe satisfacérsele en metálico, le consideramos como heredero (a quien por acto meramente particional, o si se quiere híbrido entre la partición y la enajenación, se le ha cambiado, por su valor en dinero, la parte de bienes que le correspondía) no dejará de tener responsabilidad solidaria ante los acreedores de la herencia, conforme al artículo 1.084 C. c. Y, aunque se pretenda que ha habido un acto de enajenación, la aplicación del artículo 1.205 al aspecto pasivo de la transmisión no le libraría de aquella responsabilidad solidaria. No podemos creer que ésta haya sido la *mens legis* del precepto.

Por otra parte, si el contenido objetivo de la legítima no es *pars hereditatis*, menos lo será cuando se supla con dinero. El testador que dispone se satisfaga en metálico a un legitimario no le asigna el contenido objetivo de una parte de herencia, por más que emplee la palabra heredero al designarle. Por lo cual, conforme a los artículos 668 y 768, no puede presumirse que, pese a la denominación empleada, ésta corresponda a su voluntad, sino que al contrario deberá entenderse que lo ha llamado a título de legatario (346).

(342) Cfr. *Apuntes...*, II, § 3, C, pp. 187 y ss. y *A. D. C.*, IV-IV, pp. 1418 y siguientes.

(343) CÁMARA, op. últ. cit., p. 731.

(344) Notemos que nuestra anterior afirmación de que el pago de las legítimas en dinero es un *modus* que grava al asignatario de la explotación, mejora o cosa legada, no es incompatible con que respecto al legitimario constituya un legado, ya que legado y modo pueden coincidir y entrecruzarse tangencialmente en algunos supuestos (cfr. nuestro cit. *Comentario a las SS.* 4 junio y 18 diciembre 1965, I, en *R. C. D. I.*, XLIII, 1967, pp. 166 y ss.).

(345) Cfr. *Apuntes*, II, § 3.º, E, b, pp. 216 y s. y *A. D. C.*, IV-IV, página 1447.

(346) CÁMARA (loc. últ. cit., nota 22, p. 731) afirma que, si bien el hecho de "que se deje la legítima en dinero es un dato en muchos casos suficiente para presumir que el testador (...) no ha querido instituir heredero al legitimario", no obstante "no son incompatibles el pago en metálico de la legítima y la condición de heredero", y que tampoco considera injusto "que el legitimario a quien sólo se le deje la legítima en dinero tenga que responder de las deudas".

Creemos que la primera salvedad queda excluida con la negación tanto del carácter puramente particional como de atribución indirecta a través de una doble disposición —hereditaria y de compraventa— de la asignación dineraria, ya

4.") Por ser, en ese supuesto, el legitimario un *legatario de parte* alícuota caracterizado porque, en parte por lo menos, *debe ser satisfecho en dinero*.

Es sabido que en Derecho romano, el heredero podía optar entre satisfacer al legatario parciario en bienes hereditarios o en su estimación en dinero (347), pero que esta *facultatis solutionis* no puede estimarse vigente en el Código civil (348), ni posiblemente lo estuvo en el Derecho real de Castilla a partir de la ley 20 de Toro (349). Ahora bien, en los supuestos que nos ocupamos, el legado parciario, que constituye la atribución pura y simple del contenido cuantitativo de la legítima liquidada (350) debe satisfacerse, en todo o en parte, en metálico, porque así resulta de los respectivos preceptos en los artículos 821, 829 y 1.056, § 2.º.

El legatario parciario es un acreedor de cuota de activo líquido (351), aunque goce como los acreedores hereditarios de la facultad de instar el juicio de testamentaría. Sólo por ser legitimario con reserva de *pars bonorum* se refuerza su posición y es comunero del activo líquido (352), pero como esa *reserva* queda en segundo plano por la disposición que ordena la compensación en dinero de la legítima, esta comunidad sólo queda latente. Como hemos visto, la reserva permanece en funciones de asegurar que el legitimario sea satisfecho (353), en caso de resolverse la disposición modal por incumplimiento del modo.

5.") Por estar *garantizado* el pago *por la reserva de la pars bonorum* que, en principio, le estaba destinada en los términos que hemos explicado en el epígrafe anterior.

En resumen, en los supuestos de los artículos 821, 829 y 1.056, § 2, la legítima es *pars valoris*, en cuanto al contenido a que los le-

que la inescindibilidad de la voluntad del testador elimina aquellas diversificaciones conceptuales.

La segunda salvedad tal vez olvida que el legitimario satisfecho en dinero-extrahereditario, en cuanto no participa de los bienes de la herencia, de los que es excluido por la atribución en dinero, ordenada previamente, tampoco parece justo que participe de su pasivo. Y si se le abona un importe líquido tampoco parece justo que le afecte un pasivo que corresponde a un activo bruto del que no participa.

Las Sentencias de 4 de julio de 1906, 24 de junio de 1927 y 14 de marzo de 1916, confirman nuestro criterio, como hace notar PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, V-III, cap. I, 3, VI, pp. 24 y ss.) en el comentario que les dedica.

(347) Cfr. *Apuntes...*, II, § 4.º, A, pp. 228 y ss y *A. D. C.*, V-III, páginas 836 y ss.

(348) Cfr. *ibid.* II, § 4, E, 3.º, p. 272 y *A. D. C.*, V-III, p. 880.

(349) Cfr. *ibid.* II, § 4, B, b, pp. 243 y ss. y *A. D. C.*, V-III, p. 851.

(350) Cfr. *ibid.* I, § 10, pp. 90 y ss. y *A. D. C.*, IV-II, p. 506 y ss.

(351) Dudamos y nos inclinamos por la solución contraria en nuestros *Apuntes...*, II, § 4, F, a, p. 279 y *A. D. C.*, V-III, p. 887.

(352) Cfr. *Apuntes*, II, § 4, F, b, pp. 279 y s., *A. D. C.*, V-III, pp. 887 y s.

(353) En no distinguir lo que aquí exponemos, creemos que radica la confusión de FOSAR (*loc. cit.*, VII, 1, p. 412) y de GARCÍA BERNARDO (*op. cit.*, p. 115), en cuanto niegan que los legitimarios, en el supuesto del art. 1.056 C. c., sean legatarios parciarios por no ser cotitulares de la comunidad hereditaria.

gitimarios tienen derecho, pero su satisfacción está garantizada por la "reserva" de la *pars bonorum* que primigeniamente les estaba asignada y de la cual aquélla es traducción dineraria. Tal vez a ese encaje se le pueda llamar *pars valoris bonorum*, pero —como antes hemos visto— la expresión se presta a confusión en cuanto a su significado.

LEGÍTIMA DE LOS HIJOS NATURALES EN CONCURRENCIA
CON DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

28. El núm. 3.^o del artículo 807 parece indicar que la legítima del viudo o viuda, de los hijos naturales legalmente reconocidos y del padre o madre de éstos, tiene ciertas particularidades, con respecto a las legítimas de los descendientes y los ascendientes legítimos, que las hace más limitadas que éstas, en cuanto ese número termina con la salvedad, que no tienen los dos números anteriores: "en la forma y medida que establecen los artículos 834 a 842 y 846".

Sin embargo, por lo que se refiere a la legítima de los hijos naturales reconocidos, aparte de su menor medida y de la aplicación a la misma del tercio de libre disposición, no se halla en el Código ninguna disposición, que de un modo general limite cualitativamente el contenido definido en el artículo 806, ni señale una forma genérica diferente para satisfacerla.

La particularidad en la forma de satisfacerla, y vamos a ver si consecuentemente también en su naturaleza, surge en el caso de concurrir los hijos naturales con descendientes legítimos. Supuesto en el que, análogamente, habrá que incluir la legítima de los adoptados plenamente, en virtud del § 1.^o, artículo 179 C. c., cuando éstos concurran, en la sucesión del adoptante, con descendientes legítimos de éste.

Según el artículo 840, § 2.^o: "Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación".

Esta disposición ha dado lugar a gran variedad de opiniones en la doctrina acerca de cuál es la naturaleza de la legítima de los hijos naturales en concurrencia con descendientes legítimos, y con respecto a la diferencia que existe entre la de éstos y aquéllos.

Entre los autores que, al principio de este trabajo (354) vimos que calificaban la legítima de *pars hereditatis*, unos (355) no hallan excepción en el supuesto del artículo 840, mientras que otros (356) deducen

(354) Cfr. *supra* nota 15.

(355) PEDRO SOLS GARCÍA, loc. cit., p. 571; JOSÉ FERRÁNDIZ VILELLA, op. cit., cap. III, 4, pp. 96 y ss.; FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, op. cit., 182, p. 437 y, dubitativamente BONET RAMÓN, *Compendio...*, 96, p. 551.

(356) CALIXTO VALVERDE, op. y vol. cits., cap. XI, § II, p. 259, según el cual la cuota legitimaria del hijo natural "es una parte alícuota de la herencia, pero puede ser sustituida por la entrega en dinero", DE BUEN, *Notas* y vol. cits., cap. II, sec. XI, 1, p. 321, donde hace la observación que antes hemos recogido respecto al inciso final del núm. 3 del art. 807 y añade que "los hijos naturales

que en este supuesto la legítima de los hijos naturales tiene un carácter crediticio y un contenido que puede ser dinerario. Igualmente, entre quienes califican en general al legitimario de comunero o cotitular de los bienes hereditarios, es decir, de titular de una *paris bonorum*, entienden unos que en este supuesto los hijos naturales nunca participan de esa cualidad (357), que, sin embargo, en opinión de algún otro, la mantienen en tanto no sean pagados (358). Para quien la legítima es una *paris valoris bonorum* que, por regla general, debe ser satisfecha en sustancia hereditaria, el artículo 840, § 2.º, determina una de las excepciones en virtud de las cuales se puede también abonar, a opción de los hijos legítimos, en dinero (359).

La doctrina antes de nuestra guerra se había ocupado poco de precisar la naturaleza jurídica que la legítima de los hijos naturales tiene en este supuesto. No obstante, podemos hallar en ella intere-

cuando concurren con legítimos, tampoco tienen derecho a bienes determinados, pues éstos podrán satisfacerle su cuota en dinero o en otros bienes de la herencia". FUENMAYOR (*Intangibilidad de la legítima*, A. D. C., I-I, pp. 64 y s.) sitúa entre los casos que contienen excepciones al principio de que la legítima debe satisfacerse en cuerpos hereditarios el del art. 840, § 2.º, que dice "es consecuencia del carácter especial de su legítima". Y ROYO MARTÍNEZ (op. cit., cap. XVII, § 5, pp. 186 y ss.) quien destacó que en el Código civil la denominación "heredero forzoso" comprende una "élite" formada por los tradicionales herederos forzados", "frente a los *parvenus* de la legítima que son los hijos naturales y el cónyuge viudo"; y señaló las normas de los 1.056, § 2 y 840, § 2, C. c., como "caso rigurosamente excepcional" de la regla de que, "como herederos, cotitulares del activo hereditario", "tienen derecho a transformar su abstracta cotitularidad en adjudicación de bienes hereditarios".

(357) GONZÁLEZ PALOMINO (loc. y nota últ. cit., pp. 547 *in fine* y s.) señala como caso de legítima a la que se puede encontrar analogía con la del Derecho catalán, el del art. 840, § 2.º, conforme al cual puede operarse el desplazamiento de los hijos naturales de la comunidad hereditaria.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (loc. y nota últ. cit.) cree que en el supuesto del 840, § 2, "parece tratarse más bien de una pura legítima de valor", y que, en él, el legislador atribuye directamente la facultad de pago a los herederos, sin mediación del testador.

Para GARCÍA BERNARDO (op. cit., p. 62), el hijo natural en el supuesto del art. 840, "sólo tiene derecho a una cuota del haber líquido en bienes de la herencia o en dinero que, a elección de los hijos legítimos, debe recibir. Esto nos recuerda el legado parcial en la configuración que le dio Justiniano".

Según PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, V-II, cap. I, 7, A, p. 78), "la ley se limita a reservar a favor del hijo natural una cuota de valor que los hijos legítimos podrán pagar en dinero o en otros bienes de la herencia".

Este último criterio lo sostuvimos en nuestros *Apuntes...*, I parte, § 3.º, a, p. 34 y A. D. C., IV-II, p. 450.

(358) Así, MANUEL DE LA CÁMARA (op. últ. cit., p. 991) dice que el artículo 840, § 2, no significa "que los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos, sólo tengan derecho como legitimarios, a una fracción del valor de los bienes hereditarios. La definición de la legítima que formula el artículo 806, sin hacer distinciones, ampara también a los hijos naturales". A su juicio, ocurre "que, llegado el momento de repartir y adjudicar la herencia, los hijos legítimos pueden excluirles de los bienes hereditarios mediante el pago en dinero del valor de la legítima".

(359) ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, R. D. P., XXXVIII, p. 208.

santes aportaciones. Así: Falcón (360) había entendido que es “carga y deuda legal de la parte de libre disposición” y “que la ley permite a los hijos legítimos satisfacer dicha deuda en dinero o en otros bienes de la herencia”. Felipe Clemente de Diego (361) señala el supuesto del 840, § 2.^o, entre los que indican que la legítima parece orientarse hacia el “simple derecho de crédito”. Castán Tobeñas, después de señalar entre las excepciones a la que parece regla general de la naturaleza de la legítima las “formas alternativas de pago en metálico”, entre las que enumera la establecida en el artículo 840, § 2.^o (362), observa que este precepto “una vez más demuestra el criterio restringido con que está organizada la legítima de los hijos naturales, pues mientras respecto a la del viudo la forma de pago se subordina en definitiva al mutuo acuerdo de los interesados (art. 838), tratándose de esta otra se da a los hijos legítimos libertad completa para elegir la forma de pago, claro es que con la condición de estimar o valorar los bienes justamente (363). Manresa (364). Mucius Scaevola (365) y Sánchez Román (366), aunque no se ocupan de exponer la naturaleza de ese supuesto legitimario, hacen una interpretación del mismo, con la cual, como veremos, queda fuera de toda duda, que los hijos naturales no tienen derecho a que se les deje su legítima en comunidad con los descendientes legítimos del causante. Ciento es que el segundo dice que los hijos legítimos “pueden atraer a su dominio la totalidad de los bienes quedados al fallecimiento de su padre, abonando en metálico al hijo natural su cuota legitimaria”, pero creemos que esta frase no desvirtúa lo que se deduce del conjunto de su comentario.

Las razones que dan algunos de los autores que entienden que el precepto del artículo 840, § 2, no excepciona el carácter general de la legítima —*pars hereditatis*, para unos, o *pars bonorum*, según otros—, las apoyan en la tesis de Ortega Pardo que consideró lo dispuesto del artículo 1.056, § 2, como una consecuencia de las facultades particionales que se concedan al testador (367). Así lo explican Bonet Ramón (368) y Ferrández Vilella (369). Este afirma que, “esta entrega implica un acto de partición como única forma de llevar a cabo la “justa regulación” que impone el artículo 840, párrafo segundo”, pues de lo contrario “nos encontraríamos con que el carác-

(360) MODESTO FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, lib. III, cap. III, sec. II, párr. VIII, 2, cfr. 5 ed. Barcelona 1897, vol. III, p. 274.

(361) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. III, lec. 90, p. 226.

(362) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, ed. cit., vol. I, II, tema LX, p. 270.

(363) CASTÁN TOBEÑAS, op. y vol. últ. cit., tema LXVII, pp. 364 y s.

(364) MANRESA, *Comentarios...*, vol. VI, arts. 840 a 844, II, p. 536.

(365) SCAEVOLA, *Código civil...*, vol. XIV, arts. 840 a 842, III, B, a, p. 887.

(366) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, vol. VI-II, cap. XV, 81, p. 912.

(367) Cfr. *supra*, nota 244.

(368) BONET RAMÓN, loc. últ. cit.

(369) FERRÁNDIZ VILELLA, op. y cap. cit., pp. 96 *in fine* y ss.

ter de heredero del hijo natural estaría pendiente de la partición". Aunque reconoce que "la solución queda enteramente al arbitrio de los hijos legítimos", insiste en que, aun cuando las facultades del hijo natural "como coheredero quedan mermadas por virtud de la forma alternativa de pago de su porción que la ley concede exclusivamente al arbitrio de los hijos legítimos", "ya hemos advertido que esta limitación opera sólo en el momento de la partición".

Otros en cambio, lo fundamentan en un derecho de adquisición de los hijos legítimos. Así cree Espinar Lafuente (370) que se trata de una facultad *expropriatoria* (pago en dinero) o *subrogatoria* (en otros bienes), que "se confiere por la ley de modo unilateral a favor de los herederos, hijos legítimos", que no les priva "de su titularidad de heredero", ni de su *cuota*. Y Manuel de la Cámara (371) entiende que el artículo 840 concede "una facultad a los hijos legítimos cuyo contenido consiste en la posibilidad de adquirir la cuota de los naturales mediante el pago de su valor en dinero".

Para poder fundamentar la calificación que examinamos parece imprescindible analizar las características específicas que el precepto atribuye al derecho de unos y otros hijos. Por eso trataremos de esclarecer las cuestiones que pueden ayudarnos a conocerlas.

1.) Ante todo surge un problema de interpretación literal. El artículo habla de satisfacer "*en dinero o en otros bienes de la herencia*". ¿El genitivo "de la herencia" va referido sólo a los "otros bienes" o también al "dinero"? El texto gramatical, como la finalidad del precepto, abona que la primera solución es la correcta.

Gramaticalmente, la conjunción copulativa "o" no acumula los dos hablativos, pues están independizados cada uno con su respectiva preposición "en". Por eso creemos que el genitivo "de la herencia" se refiere sólo al inmediato hablativo "otros bienes", quedando aislado del otro hablativo, "en dinero", por la repetición ante aquél de la preposición "en".

2.) La finalidad del precepto, sólo puede hallarse, según Cámara (372), en que el Código "quiere que los hijos legítimos, si lo desean puedan impedir que ningún bien hereditario pase a sus hermanos naturales, o simplemente se propone facilitar la liquidación de la herencia y dotar a los hijos legítimos de un instrumento que corte de raíz toda discusión sobre la forma de repartir "in natura" los bienes hereditarios". La mayor parte de los comentaristas del precepto se inclinan por la segunda explicación de "evitar desavenencias y cuestiones entre los hijos legítimos y los hijos naturales con motivo de la partición de la herencia o de la proindivisión de los bienes" (373). Scae-

(370) ESPINAR LAFUENTE, loc. y pág. últ. cit.

(371) CÁMARA, loc. últ. cit., p. 992.

(372) *Ibid.*, pp. 992 y ss.

(373) MANRESA, loc. y pág., últ. cit. En igual sentido: SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., quien la señala en la mayor probabilidad de las desarmonías dada la desigual condición filial; CASTÁN, vol. últ. cit., tema LXVII, p. 304; PUIG PEÑA, *Tratado...*, vol. V-II, cap. XII, 2, E, p. 337, y GARCÍA BERNARDO, nota 181, p. 629 y BONET RAMÓN, *Código civil...*, art. 840, p. 66.

vola (374) se inclina a creer que esta disposición favorece "la tendencia de los legítimos a no comunicar con los naturales, ni siquiera por razón de un dominio *pro indiviso*, en algún bien hereditario". Cámara, como nosotros hace años (375), se inclina por la primera explicación como más razonable, pues dice que la otra haría a los hijos naturales de peor condición que a los extraños, "aunque sea una muestra —como dice Scaevara— del predominio que en lo moral y en lo económico tiene necesariamente que concederse a la filiación legítima sobre la natural", puesto que la opción precisamente se concede a los hijos legítimos.

De esa finalidad dedujimos que el precepto para ser eficaz debía aplicarse tanto si en la herencia hubiese dinero suficiente para pagar las legítimas de los hijos naturales como si no lo hubiese. Por eso, sin duda, a ningún autor, que sepamos, se le ha ocurrido propugnar la contraria solución, hasta el punto de que a Manresa le parece "clara" la interpretación de la norma; para Scaevara "el precepto es sencillísimo"; tanto que, según Sánchez Román, "basta leer para ser comprendido".

3.º) El padre, sin duda, puede otorgar a los hijos naturales una situación más ventajosa, puesto que la legítima de éstos recae en el tercio de libre disposición. Por tanto, si puede legárselo íntegro *in natura*, no vemos inconveniente en que ordene que les sea abonada la legítima en metálico, o incluso que señale los bienes concretos en que debe serle satisfecha (376). En este caso no se trata, en definitiva, de que cambie de naturaleza la legítima, sino de una atribución mayor que la subsume.

Del mismo modo, parece razonable que el padre pueda ordenar a los hijos legítimos que efectúen el pago en metálico, o que simplemente pueda legar a los hijos naturales directamente una suma de dinero (377).

4.º) La opción por hacer el pago en metálico, a falta de disposición del testador, en alguno de los sentidos que acabamos de expresar, sólo corresponde a los hijos legítimos, sin perjuicio de su "justa regulación", es decir, *estimación* (378). Esto es, que el derecho de los hijos na-

(374) SCAEVOLA, loc. y pág. últ. cit.

(375) *Apuntes...*, loc. últ. cit., nota 102, p. 32 y *A. D. C.*, IV-II, p. 448.

(376) CÁMARA ha opinado así, (pp. 993 y s.) en lo que se refiere a esto último, pero en desacuerdo en cuanto la posibilidad, que rechaza, de prohibir la satisfacción en metálico, por creer que esto frustraría la finalidad del precepto consistente en facilitar la liquidación. GARCÍA BERNARDO (op. cit., nota 181, p. 62) critica esta afirmación de CÁMARA y observa que el hijo natural "no puede tener frente al testador, peor posición que un extraño". Por lo demás, la finalidad de la norma se basa en un temor del legislador, acerca del cual el padre sin duda se halla, en cada caso, en mejor situación para juzgar.

(377) Cfr. *Apuntes...*, loc. últ. cit., p. 33 y *A. D. C.*, IV-II, p. 449. De acuerdo PUIG BRUTAU, op. y loc. últ. cit., p. 77.

(378) Cfr. MANRESA, SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN TOBEÑAS (loc. y págs. últ. cit.), GONZÁLEZ PALOMINO (loc. y nota cit., p. 548), ESPINAR (loc. últ. cit.), CÁMARA (pp. 91 y s.), PUIG BRUTAU (p. 78), PUIG PEÑA (p. 337).

turales en este punto se limita a exigir la justa valoración, y, en caso de discrepancia, a los Tribunales les corresponderá resolverla.

5.º) De optar los hijos legítimos por satisfacer en bienes hereditarios la legítima de los hijos naturales, la elección de los bienes con que pagarla corresponde también a aquéllos (379), sin que a éstos corresponda tampoco otro derecho que el de exigir se haga "a justa regulación". Los demás hijos naturales no tienen, por consiguiente, derecho alguno a intervenir en el pago que los hijos legítimos hagan en bienes hereditarios a otro hijo natural. Su intervención, en la partición, si aún no han sido satisfechos, ha de limitarse sólo a vigilar la justa regulación (380).

6.º) No parece que el hijo natural, a quien el testador no instituya heredero, imponiendo su entrada en la comunidad hereditaria y excluyendo la opción de los hijos legítimos, deba responder de las deudas hereditarias. Su posición no es congruente con esa responsabilidad. Ello elimina la calificación de compraventa forzosa para los hijos naturales de su cuota hereditaria por el ejercicio por los hijos legítimos de su opción a pagarles en dinero su legítima. La aplicación, en el aspecto activo, del artículo 1.532 y, en el pasivo, del 1.205, sería obligada consecuencia de esta calificación, y daría como resultado, de acuerdo con el artículo 1.084 C. c., a que el hijo natural expropiado de su cuota hereditaria respondería solidariamente con los demás herederos de las deudas del caudal relicto. Por eso afirmamos en otra ocasión (381) que no es posible que la *mens legis* del artículo 840, § 2, sea ésta.

7.º) De tratarse de una cuota de valor del activo líquido pagable en bienes o en dinero, la determinación cuantitativa de éstos habrá de seguir las oscilaciones de aquél debidas a causas extrínsecas o a las variaciones en el valor de la moneda, en que se calculen, desde el fallecimiento del padre a la liquidación de la legítima. CÁMARA (382) cree llegar a igual resultado, por entender que mientras los herederos no ejerçiten la opción que les compete y paguen totalmente lo que les corresponda a los hijos naturales éstos son titulares de su cuota legítimaria, y observa que ese resultado corresponde al del traspaso de riesgos en la compraventa. Nuestra conformidad en cuanto al resultado es independiente de la disparidad de las razones.

8.º) La garantía de los hijos naturales como legitimarios, según los autores que consideran que su legítima es *pars bonorum* aún en el supuesto del artículo 840, § 2, estriba en su condición de cotitulares (383). Para nosotros, en cambio, dimana de la consideración de

(379) MANRESA, CASTÁN TOBEÑAS (págs. últ. cits.), CÁMARA (nota 393, página 991).

(380) SÁNCHEZ ROMÁN, GONZÁLEZ PALOMINO (locs. y págs. últ. cits.) CÁMARA (nota 393, pp. 991 y s.).

(381) *Apuntes*, loc. últ. cit., p. 34 y *A. D. C.*, IV-II, p. 450; y, en igual sentido PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., pp. 77 *in fine* y s.

(382) CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 894 y s.

(383) CÁMARA, loc. últ. cit., nota 993, p. 991.

carga legal, *in rem scripta*, que tiene la legítima en este caso, como *pars valoris* insita en la herencia y protegida por la reserva —sin delación, por eso no están en comunidad actual— que el artículo 806 establece y queda latente en la penumbra, pero sin desvanecerse hasta que la legítima queda satisfecha (384). La aplicación a este caso del artículo 15 L. H. nos parece evidente.

En resumen, creemos que la situación del hijo natural —que no puede exigir más que la entrega y la “justa regulación” del dinero o de los bienes hereditarios que los hijos legítimos elijan darle, y sin derecho a intervenir en la determinación de los bienes que éstos satisfagan a los otros hijos naturales— no puede considerarse que sea ni un solo instante la de quien se halla en comunidad hereditaria. Por ello, ni son herederos, ni titulares de *pars bonorum*, sino acreedores de valor hereditario, sin responsabilidad personal por su pasivo. Valor que ha de serles satisfecho por los hijos legítimos en la forma prevista por la opción que a éstos concede el artículo 840, § 2.º, considerándose como gravamen de la herencia, insito en ella, la obligación legal *in rem scripta* de pagarla (385).

(384) Cfr. nuestros *Apuntes...*, loc. últ. cit., p. 34 y *A. D. C.*, IV-II, p. 450 y PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., pp. 77 y s.

(385) Como demuestra PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., pp. 78 y ss., las sentencias del Tribunal Supremo que algunos autores invocan para apoyar la afirmación de que el hijo natural es heredero forzoso, si se examinan con algún detalle, claramente sirven para mostrar lo contrario (SS. 16 enero 1895, 16 abril 1932).

«Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil»

VICENTE TORRALBA SORIANO
Profesor adjunto de Derecho civil

SUMARIO: I. *Precedentes.*—II. *Interpretación doctrinal:* 1. Fundamento de la responsabilidad del arquitecto por vicios del suelo. 2. Vicios de la construcción, del suelo y de la dirección. 3. Distribución de la responsabilidad en razón de las funciones desempeñadas: a) “El arquitecto que la dirigiere” del artículo 1.591. b) Arquitecto director y arquitecto proyectista. c) Vicios del suelo de carácter general y vicios específicos que se ponen de manifiesto durante la ejecución de la obra.—III. *La responsabilidad del arquitecto y el artículo 1.596 del Código civil.*

I. PRECEDENTES

El precedente inmediato del artículo 1.591 del Código civil es el artículo 47 de aquellos que se refieren al contrato de arrendamiento en el Libro IV del Anteproyecto del Código civil (1). A su vez el referido artículo 47 está redactado en los mismos términos que el artículo 1.532 del Proyecto de 1851. De este último precepto GARCÍA GOYENA señala, entre otras, las concordancias con el artículo 1.792 del Código francés (2) y, dadas las coincidencias que entre ambos preceptos existen, fue sin duda el artículo referido de tal Código el que sirvió de inspiración al legislador patrio (3). En el Código francés

(1) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El anteproyecto del Código civil español* (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado. Sección cuarta, vol. I. Madrid, 1965, pág. 612.

(2) Indica además GARCÍA GOYENA las concordancias del referido precepto con el artículo 1.277 de Vaud, el 1.645 del Código holandés, 1.815 del sardo, 1.638 del napolitano, 2.733 del de Luisiana y el 966 del prusiano. (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III. Madrid, 1852, pág. 484).

(3) El artículo 1.792 del Código francés dice lo siguiente: “Si l’édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans.” En el artículo 1.532 del Proyecto de 1851 se disponía que “el arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruinare por vicio de la construcción o del suelo. Esta responsabilidad tiene lugar, respecto del arquitecto, aun cuando no haya contratado la obra por un ajuste alzado”.

se establece la responsabilidad indiscriminada durante diez años del arquitecto y empresario por los vicios de la construcción y del suelo y casi lo mismo puede decirse del artículo 1.532 del Proyecto de 1851, salvo la diferencia de que donde el Código francés dice arquitecto y empresario ("architecte et entrepreneur"), aquél dice "el arquitecto o empresario", con lo cual parece que se apunta a una división de responsabilidad entre ambos en razón de las causas productoras de la ruina. No obstante, lo cierto es que el sentido literal del precepto sugiere la idea de que si responde el arquitecto ya no deberá hacerlo el constructor y viceversa, sin que permita llegar a la conclusión de que cada uno de ellos deba responder de determinados vicios. Sin embargo, es muy posible que fuera el mismo proyecto de 1851 y, en especial, los comentarios de GARCÍA GOYENA los que inspiraran al autor del Código civil la separación de responsabilidad que aparece en el artículo 1.591: el contratista responde de los vicios de construcción y el arquitecto de los del suelo y dirección. Conviene tener en cuenta que, aunque GARCÍA GOYENA no hace responsable categóricamente de unos vicios al arquitecto y de otros al constructor, lo cierto es que refiriéndose al D. 19,2,62, que cita como precedente del artículo 1.532 del Proyecto de 1851, comenta que, según tal texto, si se trataba de vicios del suelo el peligro era de aquel para quien se hizo la obra, y a continuación añade: "pero el arquitecto está obligado por su profesión a saber no sólo construir un edificio bueno o sólido, sino a conocer si el suelo podía resistir el edificio" (4). Parece entonces que la responsabilidad por los vicios del suelo debe pesar sólo sobre el arquitecto.

No obstante, a pesar de todo lo anterior, lo cierto es que, aunque el Proyecto de 1851 sirviera de inspiración, la separación de responsabilidades que aparece en el artículo 1.591 del Código civil es obra del legislador de 1888. Además, dicho legislador no se limitó a establecer tal separación de responsabilidad entre el constructor y el arquitecto, sino que respecto del último introdujo otra novedad, diciendo que no es sólo responsable de los vicios del suelo, sino también de los de la dirección, concepto éste —vicios de la dirección— que aparece por primera vez en el Código civil.

II. INTERPRETACION DOCTRINAL

¿Qué es lo que entiende la doctrina por la expresión *vicio del suelo*? Este concepto puede delimitarse siguiendo dos vías distintas, vías que no son excluyentes, sino complementarias. La primera se basa en la razón, en el fundamento en virtud del cual se hace precisa-

(4) GARCÍA GOYENA, ob. cit., t. III, pág. 484. En el D. 19,2,62 se dice: "Si rivum, quem faciendum conducteras, et feceras, antaguam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum."

mente al arquitecto responsable de los vicios del suelo. La segunda trata, por el contrario, de delimitar el concepto en cuestión distinguiéndolo de los vicios de construcción y de los de dirección.

1. *Fundamento de la responsabilidad del arquitecto por vicios del suelo.*

En general se suele estimar que el arquitecto es responsable de los vicios del suelo en cuanto que, dada su formación técnica, debe saber si el suelo tiene la resistencia apropiada para el edificio que se va a construir. En nuestro Derecho son muchos los autores que se han manifestado en este sentido, así MANRESA, citando a MARTÍNEZ ANGEL y OYUELOS, en cuyo "Tratado de Arquitectura legal" se afirma que "el arquitecto responde del vicio del suelo porque debe conocerlo antes de comenzar a construir, y responde desde entonces de los vicios que tenga" (5). En el mismo sentido, señala MUCIUS SCAEVOLA que el arquitecto está obligado a conocer la naturaleza del terreno y sus condiciones de resistencia con respecto a la carga que haya de soportar. Siguiendo a CHIRONI, advierte que los vicios del suelo forman parte de los vicios del plano y cita la siguiente afirmación del referido jurista: "La fijación del plano no puede hacerse de un modo razonable, sin que ante todo se estudie la naturaleza del suelo sobre el cual se va a construir" (6).

En la doctrina belga se ha matizado más el fundamento de esta responsabilidad, señalando que los vicios del suelo se reconducen siempre a vicios de la concepción y se originan en el hecho de que no se hayan adaptado suficientemente los planos a la naturaleza del suelo, siendo, por tanto, el arquitecto responsable de la concepción el que, por lo menos, si está encargado de la dirección de los trabajos debe responder de tales vicios. Se justifica tal responsabilidad en los estudios teóricos del arquitecto (7).

Resulta de lo anterior que la responsabilidad del arquitecto tiene su fundamento no sólo en los conocimientos que como técnico debe poseer, sino también en las funciones que haya desempeñado en el caso concreto. En este sentido, dice SÁNCHEZ FONTANS que "el arquitecto proyectista, del mismo modo que el arquitecto director, responde, en principio de los daños causados por vicios del suelo". Señalando además que, antes de proyectar el edificio, el arquitecto tiene la obli-

(5) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. X, 2.^a ed. Madrid, 1908, pág. 755.

(6) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado*, t. XXIV, parte 2.^a, Madrid, 1915, pág. 100. El mismo fundamento atribuye a la responsabilidad del arquitecto por los vicios del suelo, TRAVIESAS (*Contrato de arrendamiento*, "Revista de Derecho privado", 1919, pág. 45) y SALOM (*La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas, según el Código civil español*, Valencia, 1940, pág. 67).

(7) FLAMME, M. A. y LEPAFFE, J., *Le contrat d'entreprise*, Bruselles, 1966, pág. 406.

gación de examinar el suelo sobre el cual se levantará la construcción (8).

Parece en consecuencia que la responsabilidad del arquitecto por vicios del suelo tiene su fundamento esencial en su condición de técnico que debió conocer tales vicios. Por tanto, el arquitecto de lo que responde es de sus propios vicios, de la falta de conocimientos, de la realización de su trabajo con negligencia, etc. Pero además para que el arquitecto responda de los vicios del suelo es necesario que las obligaciones que había asumido en el caso concreto justifiquen tal responsabilidad. Para comprobar si estas dos afirmaciones son ciertas, hay que seguir la investigación por un doble camino. En primer lugar, habrá que determinar que vicios del suelo pueden poner de manifiesto una deficiencia en la formación técnica del arquitecto de manera que la responsabilidad del mismo sea procedente. Posteriormente, habrá que analizar las condiciones a través de las cuales se había ligado y especialmente las funciones que se había comprometido a desarrollar. La primera cuestión implica el análisis del concepto de vicios del suelo y su diferenciación respecto de los otros tipos de vicios, en especial los de construcción. La segunda supone el análisis de las diversas funciones que el arquitecto puede asumir y concretamente de aquellas que es necesario que asuma para que se le pueda considerar responsable por razón de vicios del suelo.

2. *Vicios de la construcción, del suelo y de la dirección.*

Es necesario delimitar con claridad todos estos conceptos, ya que el artículo 1.591 hace responsable de los vicios de construcción al constructor y de los del suelo y dirección al arquitecto.

Previamente conviene señalar que algún autor ha criticado el sistema de división de responsabilidades establecido en el artículo 1.591. Se ha dicho al respecto que tal división es ilógica, estimándose que el único responsable de los daños que cause la ruina de un edificio por vicio o defecto de construcción, intervenga o no contratista, debe ser el arquitecto, ya que éste es el técnico y supremo director de la obra y bajo su autoridad y vigilancia deben estar todos, desde el contratista hasta el último peón. Además se señala que la misma división es peligrosa para los propietarios y los terceros perjudicados por la ruina, puesto que casi siempre tendrán que mantener costosos litigios para averiguar la clase de vicio o defecto que la causó, ya que tanto el arquitecto como el contratista tratarán de quedar libres de toda responsabilidad, inculpándose mutuamente al amparo de la falta de precisión en el significado de las frases *vicios de la construcción, defectos de construcción, vicios del suelo o de la dirección* (9).

Las observaciones anteriores son ciertamente un tanto exageradas,

(8) SÁNCHEZ FONTANS. *El contrato de construcción*, t. II, Montevideo, 1953, pág. 337.

(9) SALOM, ob. cit., págs. 67 y 68.

además la idea de estimar como único responsable al arquitecto no parece admisible, lo cual no es obstáculo para reconocer que en ocasiones la determinación de cuál ha sido el defecto o vicio que ha causado la ruina puede presentar dificultades. La jurisprudencia es, en este sentido, de interés. En la sentencia de 16 de febrero de 1957 se afirma que "el artículo 1.591 del Código civil hace responsable al contratista de los vicios de construcción, pero no de la ruina debida a vicios del suelo o de la dirección, que imputa al arquitecto, como en el caso de autos sucede, según los hechos declarados probados por el tribunal "a quo", por lo que no es de apreciar la violación del citado artículo, ni, por consiguiente, de los demás invocados, al no existir responsabilidad concreta del demandante, por haber quedado excluida como causa del derrumbamiento de ambos muros de contención la de los vicios de construcción de los mismos" (10). El criterio que aparece en esta sentencia es diáfano: no hay vicio de construcción, por tanto, el constructor no puede ser responsable de la ruina.

En la sentencia de 5 de mayo de 1961 se estima que la ruina se debió a vicios del suelo, de la dirección y de construcción y, como no podía determinarse la proporción en que dichos diversos elementos habían influido en la realidad de la ruina ocasionada, se llega a la conclusión de que "debe apreciarse que, dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que contiene el precepto, con la identidad del origen legal de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de obligación hace nacer la solidaridad que se deduce del 1.591..." (11).

En la sentencia de 17 de mayo de 1967 se plantea el problema de si los defectos del proyecto como causantes de la ruina pueden verse cortados en su acción por los vicios de construcción, de manera que

(10) *Calopa c. Capella* (16 febrero 1957), en *Jurispr. civ.* (edic. of), t. 56, págs. 518 y sigs. El actor, constructor, convino con la demandada la construcción de una casa en terreno propiedad de la última. Terminadas las obras el actor pidió una cantidad que se le adeudaba y como no se le pagó presentó la demanda. La demandada contestó diciendo que todo estaba pagado y presentó reconvención alegando que parte de la obra era un muro lindante sobre el ferrocarril, el cual debido a deficiencias se derrumbó. Como el actor se negó a reconstruirlo hubo que encargar de ello a otro contratista. La primera instancia condenó a la demandada a pagar una cantidad como liquidación de jornales y desestimó la reconvención, la Audiencia confirmó y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

(11) *Dubar, S. A. c. Zuazo, Guridi y Construcciones Salanueva, S. A.* (5 mayo 1961), en *Jurispr. Civ.* (edic. of.), t. 98, pág. 205 y sigs. Los demandados habían empezado la construcción de una casa que los propietarios habían posteriormente aportado a la sociedad demandante. Se realizó la estructura y se paralizó la obra. La entidad propietaria pagó a la constructora lo que se le debía según lo realizado y al arquitecto (Zuazo) y al aparejador (Guridi) lo correspondiente a la totalidad de su trabajo. Se quiso continuar la obra con otro arquitecto y constructor, reparándose entonces en que lo construido amenazaba ruina. La demandante pedía indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se condenó a los demandados por partes iguales, y solidariamente, a pagar los daños. La Audiencia confirmó y el Tribunal Supremo no estimó el recurso.

sólo a éstos se deba imputar la ruina. El Tribunal Supremo no lo estimó así y afirmó, recordando argumentaciones de la sentencia recurrida, que la ruina fue originada “conjuntamente por el escaso grosor de los muros levantados conforme al proyecto y por la deficiencia de los materiales usados en su construcción, suma de causas eficientes, directas o inmediatas que necesariamente determinaron en la fecha de autos, 26 de febrero de 1959, la ruina del edificio” (12).

Resulta del examen de estas sentencias que, cuando se dan concurrencia de vicios en la causa de la ruina, puede ser difícil determinar en qué proporción ha intervenido cada uno de ellos, en cuyo caso la jurisprudencia se inclina por el reparto igualitario de responsabilidades entre arquitecto y constructor. En ocasiones, como en la sentencia de 16 de febrero de 1957, se descarta con claridad que la causa de la ruina se debiera a vicios de construcción. Lo que no aparece es la línea que permita en cada caso determinar si la causa de la ruina fue un vicio del suelo o dirección imputable al arquitecto o, por el contrario, un vicio de construcción del que deba responder el constructor. En la sentencia de 17 de mayo de 1967 se hace referencia al proyecto y a los defectos del proyecto, conceptos que no están comprendidos en el artículo 1.591, pero que son de gran interés, por lo cual habrá que dedicarles más adelante alguna atención.

El deslinde de los conceptos de vicios del suelo, dirección y construcción no es fácil. Por otra parte, la doctrina tiende en ocasiones a considerarlos como un presupuesto de manera que algunos autores se limitan a señalar la división de responsabilidad que aparece en el artículo 1.591 y sólo incidentalmente hacen alguna observación sobre los conceptos mencionados. En este sentido, los hay que señalan que no presenta ninguna duda que el arquitecto debe responder de los vicios del suelo y de la dirección, sin embargo, respecto de los vicios de construcción, estiman que la solución del 1.591, de atribuir la responsabilidad al constructor, es problemática. El problema deriva —según MARTÍNEZ ANGEL y OYUELOS— de que estos vicios pueden proceder de una mala dirección facultativa, ya que, aunque no es posible fijar una regla general, por vicios de construcción hay que entender los referentes a los materiales empleados y a la ejecución de los trabajos y en la jurisdicción del arquitecto hay que colocar la facultad de inspeccionar tales trabajos, de manera que si éstos no se practican

(12) “*Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de Villamayor de los Escuderos*” c. Luis G. G., Maximiano P. M., Mariano S. de la H. y Adolfo H. L. (17 mayo 1967). “*Aranzadi*”, t. XXXIV, vol. I, núm. 2.423, pág. 1731. La entidad actora adjudicó la construcción de un almacén granero a don Luis G. G. por la cantidad de 202.000 pesetas. El contratista efectuó obras por un valor de 50.000 pesetas, se resolvió el contrato y se adjudicó la terminación del almacén granero a don Maximiano P. M. Terminadas las obras la actora ofreció el almacén gratuitamente al Servicio Nacional del Trigo, quien aceptó y empezó a utilizarlo, encargándose de ello el jefe de almacén, don Adolfo H. L. El 26 de febrero de 1959, el almacén se derrumbó cuando había ya trigo almacenado.

con arreglo a lo que disponga la ciencia, el arte o la ley debe corregirlo y enmedarlo el facultativo (13).

El problema de la responsabilidad por razón de vicios de construcción y su posible imputación al arquitecto se plantea en la sentencia de 20 de abril de 1915, en la cual el demandado que había construido y dado en arrendamiento a una sociedad un local destinado a la instalación y funcionamiento de una fábrica de tejidos, pretendía que la misión del arquitecto debía alcanzar al examen e inspección de la calidad de los materiales, de manera que sólo al arquitecto le alcanzaba la responsabilidad por el hundimiento. El Tribunal Supremo no se mostró de acuerdo con tales argumentaciones basándose en que el artículo 1.591 hace responsable de los vicios de la construcción al constructor y que tal solución no podía alterarse por el hecho de que hubiera sido el mismo propietario del edificio el que hubiera actuado como tal. Se dice un tanto alambicadamente que el artículo 1.591 "fija la responsabilidad del contratista de una obra, o sea, de la persona que construye un edificio mediante contrato, fuese o no dueño del mismo, siempre que deba atenerse a condiciones estipuladas, y resulta indudable que a estos preceptos legales se ajusta el caso del pleito, ya que don Alejandro P. H. construyó por contrato con la sociedad actora el edificio origen de la litis para el efecto y bajo las condiciones que los contratantes estipularon, y la misma se ocasionó por defectos en la construcción, según todo ello da como probado la sala sentenciadora" (14).

En cuanto a la consideración de lo que deba entenderse por vicios del suelo, predomina la orientación objetiva que toma en consideración el suelo mismo sobre el que se edifica. Así se manifiesta MUCIUS SCAEVOLA, que afirma que, según sea la condición, calidad del terreno y estructura del edificio proyectado, así podrán ser o no precisas obras de desecación o solidificación para que las bases o cimientos comuniquen al edificio la seguridad y permanencia necesarias. Añadiendo que "el hecho de no haber apreciado estas distintas aptitudes de los solares, o haber ejecutado obras insuficientes, implicará la responsabilidad por vicio del suelo (15). El autor últimamente citado refiere la opinión de PACIFICI MAZZONTI, que indica que es también vicio del

(13) Cita de MANRESA, op. y loc. citados, págs. 755 y 756.

(14) INFANZÓN Y FERNÁNDEZ c. PÉREZ (20 abril 1915), en *Jurispr. Civ.*, t. 133, págs. 156 y sigs. Resulta curiosa la definición que se da del contratista como "persona que construye un edificio mediante contrato", fórmula que en realidad lo que trata de resolver es el problema de que cuando el propietario se limita a contratar a un arquitecto, sin que al mismo tiempo tal técnico asuma las funciones de constructor, funciones que se reserva el propietario, debe ser este último el que asuma las responsabilidades propias del constructor. En la sentencia no se plantea el problema de si el arquitecto, a causa de una deficiente dirección facultativa, puede en alguna medida, a pesar del sentido literal del artículo 1.591, ser también responsable de los vicios de construcción.

(15) MUCIUS SCAEVOLA, op. y loc. citados, pág. 100. SÁNCHEZ FONTANS estima también que vicio del suelo es "todo defecto del terreno que pueda afectar la estabilidad o solidez del edificio" (op. y loc. citados, pág. 335).

suelo la falta de observación y cálculo de la resistencia de un muro antiguo sobre el que deba apoyarse la nueva edificación (16).

SALOM considera vicios de la construcción a todos aquellos que provengan de la mala calidad de los materiales o de la mano de obra empleada para construir el edificio, así haber empleado materiales, como el yeso o la cal, muertos, no haber mezclado el cemento y la arena en las proporciones ordenadas por el arquitecto, proceder apresuradamente no dando tiempo a que los materiales fraguen debidamente, emplear obreros poco prácticos, etc. Vicios de la dirección son todos aquellos que provengan de una defectuosa aplicación de las reglas de la construcción y que indiquen la ignorancia en que se halla el arquitecto de la técnica de su ciencia, así: no haber calculado bien la resistencia de los materiales empleados, o el coeficiente de dilatación del hierro, o no haber dado bastante profundidad o espesor a los cimientos. Dice finalmente que hay vicio del suelo cuando se ha edificado sobre un suelo movedizo o poco firme (17). De lo que se dijo al tratar del fundamento de la responsabilidad por razón de vicios del suelo se desprende que también éstos ponen de manifiesto la ignorancia del arquitecto de la técnica profesional, con lo cual parece que, tanto si se trata de vicios del suelo como de la dirección, la responsabilidad tiene un mismo fundamento: ignorancia o negligencia profesional. Cabría pensar que la diferencia se encuentra en que los vicios del suelo se ligan a la concepción de la obra, a los planos, mientras que los de dirección parece que se refieren a la ejecución, a la realización de lo proyectado. Sin embargo, la cuestión requiere un análisis más detenido.

3. *Distribución de la responsabilidad en razón de las funciones desempeñadas.*

Si el fundamento por el cual el arquitecto responde de los vicios de la dirección y del suelo, se encuentra en su condición de profesional que se ha obligado a prestar determinadas funciones, no cabe duda de que para que en un caso concreto un arquitecto sea responsable de los vicios del suelo, se requerirá que tales vicios, además de poner de manifiesto la aplicación deficiente de su técnica profesional, se puedan reconducir a las funciones específicas que había asumido. Cuando en la realización de la obra no ha intervenido más que un arquitecto asumiendo todas las funciones que en relación con su técnica se pueden asumir, ese arquitecto debe responder sin lugar a duda de los vicios del suelo. Si han intervenido varios arquitectos sin realizar separación de funciones, de manera que todos ellos hayan tra-

(16) MUCIUS SCAEVOLA observa que tal supuesto puede calificarse de *vicio de asiento*, de efectos análogos a los del terreno (op. y loc. citados, págs. 100 y 101). En sentido parecido, Mo, FERNANDO F. *El contrato de construcción privada*. Buenos Aires, 1959, pág. 202.

(17) SALOM, op. y loc. citados, págs. 66 y 67. En términos semejantes se manifiesta Mo respecto del concepto de vicios del suelo. Op. cit., pág. 202.

jado conjuntamente en el estudio y realización de cada una de las facetas en que se desdobra la actividad que normalmente se encomienda a los arquitectos, la responsabilidad derivada de cualquier vicio —por tanto, también la que nace de las deficiencias del suelo— que sea imputable a la labor de tales arquitectos deberá distribuirse entre todos ellos.

El problema se presenta cuando, interviniendo más de un arquitecto, cada uno de ellos se ha encargado exclusivamente de determinadas funciones. ¿Cuál de ellos responderá de los vicios del suelo?, ¿qué funciones debe haber asumido para hacerle responsable de los mismos?

a) *“El arquitecto que la dirigiése” del artículo 1.591.*—El artículo 1.591 del Código civil parece dar una respuesta a los interrogantes anteriores haciendo responsable de los vicios del suelo al arquitecto director, pues dice al final de su primer apartado que “igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el *arquitecto que la dirigiiese*, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección”. Este fragmento puede inducir a la idea de que en el artículo 1.591 sólo se distinguen dos tipos de vicios: los de construcción que se conectan al empresario y los de dirección que se imputan al arquitecto. Así parece estimarlo NART que, respecto de los vicios de dirección, dice que el arquitecto responderá de la ruina del edificio por fallar los cimientos o la dirección de la obra (18). Según esta orientación habría que hablar de un concepto amplio, de vicios de la dirección, dentro de los cuales se incluirían los vicios del suelo y los de dirección en sentido estricto.

Es posible, sin embargo, una interpretación distinta del párrafo en cuestión del artículo 1.591. Cabe pensar que en el mismo no se incluyen los vicios del suelo dentro del concepto amplio de vicios de la dirección, sino que, por el contrario, se distingue entre vicios del suelo y de la dirección; lo único que sucede es que, según el sentido literal del precepto, de ambos tipos de vicios se hace responsable el arquitecto director de la obra. Por ello, han afirmado LÓPEZ MORA y DE LA CÁMARA MINGO que, aunque en la edificación haya intervenido un arquitecto como proyectista y otro como director técnico, sin embargo, “la responsabilidad no será dividida entre ambos como podría pensarse, sino que recaerá sobre el arquitecto-director de acuerdo con la expresión legal empleada en el artículo 1.591 del Código civil —“arquitecto que la dirigiere”— como en base a la obligación que pesa sobre el arquitecto-director de revisar e, incluso, rectificar el proyecto formulado por otro técnico siempre que a su juicio fueran necesarias las oportunas modificaciones” (19).

(18) NART. *Contrato de obra y empresa*. Revista de Derecho privado. Tomo XXXV. 1951, pág. 823.

(19) LÓPEZ MORA y DE LA CÁMARA MINGO. *Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*. (Forma parte del “Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura” dirigido por GARCÍA-GALLO y LÓPEZ ORTIZ). Madrid, 1964, pág. 550.

b) *Aquitecto director y arquitecto proyectista*.—Es evidente que el sentido literal del precepto es el de hacer responsable de los vicios del suelo al arquitecto director. Sin embargo, tal solución parece que requiere un examen detenido para determinar si es o no la que al problema debe darse en nuestro Derecho. Al respecto hay que tener en cuenta que se ha dicho que los preceptos que se refieren en nuestro Código civil a la responsabilidad de arquitectos y contratistas resultan insuficientes a causa de la complejidad de intereses y de actuaciones que en la construcción intervienen (20). Una de las insuficiencias que hay que denunciar en el artículo 1.591 es la de no hacer referencia a los vicios del proyecto. El problema es de interés desde el momento que se atribuye la responsabilidad por vicios del suelo y dirección al arquitecto director. ¿Debe entenderse que también responde de los vicios del proyecto? Si el arquitecto proyectista actuó como subordinado del arquitecto director parece que no hay ningún inconveniente en que se puedan exigir responsabilidades a este último, sin que ello implique la liberación del primero, ya que en todo caso debe garantizarse el cumplimiento digno de la propia función profesional. Lo único que sucede es que el arquitecto director no podría evitar los efectos de la acción de indemnización que un tercero dirigiere contra él, pudiendo en todo caso dirigirse posteriormente contra su subordinado, el arquitecto proyectista. Tal es en definitiva el sentido del artículo 1.904 del Código civil.

En el caso de que ambos arquitectos hubieran actuado con independencia la cuestión es problemática. Una breve referencia al Derecho francés puede ser de utilidad. El artículo 1.792 del Código de aquel país —como se ha visto— dice que si el edificio se arruina por vicios de la construcción o del suelo, los arquitectos y empresarios son responsables durante diez años. Interesa destacar que el precepto se limita a hacer responsables a los arquitectos, sin señalar si lo son en razón del proyecto o por su condición de director. Sin embargo, se ha sentido la necesidad de decidir tal cuestión. FLAMME y LEPAFFE señalan que la doctrina afirma en general que es por su cualidad de director de los trabajos y no de autor de los planos por lo que el arquitecto es responsable de los vicios del suelo. Ello implica la consecuencia de no ser responsable de tales vicios el arquitecto encargado únicamente de elaborar los planos, sin intervención en la dirección de los trabajos. Sin embargo, los referidos autores consideran dicha opinión demasiado absoluta, pues estiman que el arquitecto encargado de los planos faltaría a un deber elemental desinteresándose del suelo si conocía la implantación proyectada de la obra. Citan al respecto una sentencia de 25 de junio de 1962 de la “Cour d'appel” de París en la que se afirma que el establecimiento de los planos implica un estudio serio del suelo sobre el que se va a edificar cuando el emplazamiento se le ha especificado al arquitecto (21).

(20) SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*. Madrid, 1963, pág. 376.

(21) FLAMME y LEPAFFE, op. cit., págs. 408 y 409.

De todo lo dicho resulta que, al parecer, la idea de que el arquitecto-director es responsable de los vicios del suelo es discutible, especialmente en el supuesto de que haya sido otro el autor del proyecto y lo haya realizado conociendo el lugar donde se iba a amplazar el edificio. Para encontrar una solución al problema propuesto es necesario analizar qué funciones se encomiendan al arquitecto proyectista, cuáles son las propias del arquitecto director y determinar luego si los vicios del suelo se re conducen al campo de actuación del proyectista o del director. Las funciones del arquitecto proyectista se especifican en la elaboración del proyecto que se ha definido como "un estudio profundo del objeto que se propone crear", en el cual, y concretamente en la Memoria, se hará constar, entre otros extremos, el sistema de cimentación. El arquitecto director deberá encargarse de la dirección de los trabajos (22).

Teniendo en cuenta el referido reparto de funciones, parece que el estudio del suelo debe realizarlo el arquitecto proyectista, así lo suele afirmar la doctrina señalando que "en estrecha relación con el estudio del proyecto se halla el del suelo o terreno en que debe asentarse la futura edificación" (23), de lo cual se deriva la idea de que los vicios del suelo hay que reconducirlos a la concepción de la obra, ya que su causa se encuentra en el hecho de que los planos no se han adaptado debidamente a la naturaleza del suelo (24). Siendo esto así no parece

(22) LÓPEZ MORA y DE LA CÁMARA MINGO, *op. cit.*, págs. 500 y sigs. En la exposición que estos autores hacen de tales problemas se tiene en cuenta la legislación vigente y el Reglamento del Colegio de Arquitectos de Madrid. En el Real Decreto de 1 de diciembre de 1922 se dice que proyecto es "el completo de los planos y documentos precisos en cada caso y estudiados con el detalle necesario para que otro facultativo, distinto del autor, pueda dirigir con arreglo a ellos las obras correspondientes".

(23) LÓPEZ MORA y DE LA CÁMARA MINGO, *op. cit.*, pág. 546.

(24) En este sentido, FLAMME y LEPAFFE, *op. cit.*, pág. 406. De esta doctrina resulta que los vicios del suelo aparecen como una especie de defectos del proyecto; pero ello no significa que los únicos vicios o defectos que pueda tener el proyecto sean relativos al suelo. Ciertos errores, como que se proyecten muros que no tengan la fuerza y resistencia adecuada para el edificio, inadecuada disposición de los mismos muros, etc., no se pueden calificar de vicios del suelo. La jurisprudencia se refiere en ocasiones a los vicios del proyecto. Puede citarse como ejemplo, además de la sentencia ya examinada de 17 de mayo de 1967, la de 17 de junio de 1930, en cuyo supuesto de hecho aparece un informe de peritos en relación con una cubierta metálica colocada en un edificio que se hundió a causa de que los muros no eran apropiados y no se habían colocado determinadas placas de dilatación. Se dice en el informe que no podía atribuirse el hundimiento a deficiencia de los materiales, ni de mano de obra, debiendo buscarse las causas sólo en el proyecto. El Tribunal Supremo no entró en la interpretación del artículo 1.591 en relación con los vicios del proyecto, pero estimó que tal precepto no había sido infringido y mantuvo la sentencia de la Audiencia, condenatoria del arquitecto, recordando en el tercer considerando que la Sala sentenciadora estimaba, de acuerdo con la apreciación de la prueba, que el hundimiento no se debió a vicios de construcción, sino a deficiencias del proyecto y falta de cálculos del arquitecto. (*"Sociedad Anónima General de Espectáculos" c. "Sociedad Comercial de Hierros, C. A." y Zuazo* [17 junio 1930], en *Jurispr. Civ.* Tomo 195, págs. 234 y sigs.).

lógico que el responsable de los vicios del suelo sea el arquitecto-director. Por ello, es necesario analizar los argumentos en que se basa dicha tesis.

El primer argumento es el que proporciona el sentido literal del artículo 1.591. El segundo —como ya se indicó— se encuentra en la idea de que el arquitecto director está obligado a revisar e incluso rectificar el proyecto formulado por otro técnico, siempre que a su juicio fueran necesarias las oportunas modificaciones. Semejante argumentación es en cierta medida válida, pero nada más en cierta medida. Es cierto que el artículo 1.591 hace responsable al arquitecto que dirigiere la obra de los vicios del suelo o dirección; pero en cuanto a los primeros tal afirmación es problemática si tales vicios se ligan fundamentalmente al proyecto y el arquitecto autor del mismo ha actuado con independencia respecto del director. El argumento basado en el sentido literal del artículo 1.591 no es definitivo, ya que como se ha dicho en tal precepto parece existir una laguna en cuanto que no se refiere a los vicios del proyecto, en relación con los cuales hay que considerar los del suelo. Es necesario entonces centrar toda la atención en el segundo, el que se refiere a la obligación del arquitecto director de revisar e incluso de rectificar el proyecto formulado por el proyectista. Por lo demás, esta última cuestión es la decisiva, pues si tal obligación se admite sin limitación alguna es evidente que el arquitecto director, además de asumir las responsabilidades propias de la dirección de modo directo, reasumiría las derivadas del proyecto en virtud de tal obligación de revisión y rectificación y, siendo así, no habría inconveniente en admitir que en el artículo 1.591 no existe ninguna laguna.

d) *Vicios del suelo de carácter general y vicios específicos que se ponen de manifiesto durante la ejecución de la obra.*—La solución del problema planteado es difícil, pues de una parte es evidente que el autor del proyecto ha de tener en cuenta las condiciones del suelo sobre el que se va a edificar, especialmente si su estudio se le ha pedido para un emplazamiento determinado como sucede normalmente. En consecuencia, parece que lo más lógico deba ser que el arquitecto director se limite a ejecutar la obra conforme al proyecto y que los vicios del suelo se imputen al autor del referido proyecto. Sin embargo, esta solución debe rectificarse en atención al hecho de que al empezar las obras y especialmente los trabajos de cimentación pueden conocerse condiciones del suelo que anteriormente se desconocían, en tal caso el arquitecto director debe modificar el proyecto y adaptarlo a esas nuevas condiciones del suelo, de manera que si no lo hace, él será el responsable de los daños que se deriven por la inadecuación de la obra a las condiciones del suelo, condiciones que el proyectista no pudo conocer por haberse puesto de manifiesto al realizarse los trabajos de cimentación, los cuales son posteriores a su labor, previa a cualquiera otra. No cabe duda de que de estos vicios del suelo, cuyo conocimiento se liga a la ejecución de la obra, debe responder el arquitecto director,

pues el proyectista no ha de responder (si es que de algunos ha de ser responsable, más que de aquellos que pudo conocer a través de un examen minucioso y cuidado del suelo, sin que tal examen pueda ser tan completo como el que se puede realizar en el momento de ejecutarse las obras de cimentación).

El problema queda limitado pues a la determinación de quien ha de responder de los vicios del suelo que se puedan conocer a través de un examen detenido, pero superficial, indicando con ello que se limita al análisis de la superficie del suelo sobre el que se va a edificar. Tales vicios los pudo, los debió conocer el proyectista. Pero ¿es ello suficiente para considerarle responsable? Antes de entrar en la cuestión hay que poner de relieve que estos vicios que debió conocer el proyectista son los que cualquier arquitecto que ejerce en la zona geográfica donde se ha localizado el edificio conoce a causa de su profesión, ya que en definitiva no se trata más que de las condiciones generales que caracterizan el suelo de dicha zona. Es evidente que si el proyecto no se ha realizado teniendo en cuenta tales condiciones se debe a negligencia del arquitecto proyectista, pero, al mismo tiempo, lo cierto es que siendo tales condiciones generalmente conocidas por los arquitectos que ejercen su profesión en aquella zona, hay que denunciar también una cierta negligencia en el arquitecto director que dirige la realización de una obra conforme a un proyecto en el que no se han tomado las precauciones debidas para que el edificio resulte adecuado a las condiciones del suelo donde va aemplazarse. En este sentido, no cabe duda que a la obligación del arquitecto director de revisar y rectificar el proyecto se le ha de dar toda efectividad. Por ello, en este caso lo más lógico es entender que ambos arquitectos deben responder solidariamente de los vicios del suelo o, si se quiere, de la inadecuación del edificio construido a las condiciones que el suelo tiene en la zona de emplazamiento, siendo tales condiciones conocidas por los arquitectos que en dicha región practican su profesión.

De todo lo dicho resulta que de la inadecuación del edificio a las condiciones generales del suelo deben responder solidariamente el proyectista y el director; por el contrario, de los vicios o defectos concretos del suelo donde se emplaza el edificio debe responder sólo el arquitecto director, en tanto en cuanto que tales defectos normalmente se pondrán de manifiesto y, por tanto, se conocerán a lo largo de la ejecución de la obra, por consiguiente, cuando ya ha terminado la labor del proyectista.

Hay que apuntar todavía un último problema que consiste en la determinación de hasta donde se extiende la responsabilidad del arquitecto director por razón de estos vicios o defectos del suelo donde se ha emplazado el edificio. Un primer límite a tal responsabilidad ha de encontrarse en los mismos contornos de la técnica arquitectónica, es decir, el arquitecto director sólo será responsable cuando conforme a los conocimientos que le proporciona su profesión debió darse cuenta del defecto del suelo y negarse a construir en el caso de que tal vicio fue-

ra insubsanable y de consecuencias graves o bien construir tomando las medidas adecuadas, conforme al estado de la técnica, para contrarrestar tales defectos y construir un edificio sólido. Si el arquitecto prueba que ha actuado diligentemente conforme a las técnicas conocidas parece que debe excluirse su responsabilidad y, en el caso de que tampoco hubiera lugar a exigir responsabilidades al constructor, las consecuencias de la ruina tendrá que soportarlas el propietario. Estas conclusiones aparecen como ineludibles si se considera que el sistema de atribución de responsabilidad al constructor y arquitecto se funda, tal como lo regula el artículo 1.591, en la existencia de culpa. En este sentido se manifiesta la generalidad de la doctrina, y lo ha destacado recientemente el profesor GARCÍA CANTERO diciendo que se responde por una actuación culposa o negligente desarrollada a propósito de la edificación de un inmueble, pero cuyos resultados no se manifiestan de momento, sino en un tiempo posterior que la ley fija en un máximo de diez años (25). Lo que sucede es que la exigencia de prueba de la culpa está paliada por el hecho de que el artículo 1.591-1.⁴ establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad del contratista y arquitecto. El autor antes citado señala al respecto que "arruinado un edificio y demostrado por una sumaria investigación que la ruina ha obedecido a vicio de la construcción, la ley presume la culpabilidad del contratista, o bien la del arquitecto si se debe a vicio del suelo o de la dirección; esta presunción... se fundamenta en el interés público que inspira esta norma y en la dificultad de la prueba si, conforme a las normas generales de la responsabilidad extracontractual, corresponde al actor la carga de la prueba de la culpa del autor del daño" (26).

Por supuesto, que al arquitecto le es exigible el máximo esmero y cuidado en la aplicación de su técnica profesional, de manera que cualquier negligencia en este sentido debe implicar su responsabilidad, éste parece ser el sentido de la vieja sentencia de 20 de marzo de 1893: cuando en su primer considerando afirma, en términos poco afortunados, que el arquitecto encargado de la dirección "sólo responde del cumplimiento de las reglas generales de su profesión...". Dichas reglas se estimaron cumplidas en el supuesto planteado, diciéndose al respecto en el segundo considerando "que las casas en su forma, dimensiones y estructura general, corresponden a los planos que han servido de base, están construidas sólidamente... de todo lo cual se deduce lógica y necesariamente que el arquitecto La G. ha cumplido bien y fiel-

(25) GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código civil*. Anuario de Derecho civil, 1963. Tomo XVI, fascículo IV, pág. 1104.

(26) GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 1105. Se refiere también a los antecedentes históricos de tal presunción y a las opiniones doctrinales al respecto. Señala BONET RAMÓN, en la misma línea de pensamiento, que la prueba del defecto de construcción "no exige la ulterior de la culpa, puesto que la construcción defectuosa es culposa de por sí" (*Código civil comentado*. Madrid, 1962, pág. 1266).

mente los *deberes de su profesión...*" (27). De mayor interés al respecto es la sentencia de 29 de marzo de 1966 cuando afirma que "la normal previsión exigible al técnico arquitecto director de la obra, no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquélla obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida, incluyendo, claro está, en sus deberes el conocimiento y estudio de las peculiares condiciones del terreno sobre el que se edifica y el cálculo de la carga no excesiva que el suelo debe soportar para evitar desplazamientos". Se dice además que si bien los razonamientos de la sentencia recurrida servían para excluir la responsabilidad de la empresa constructora demandada, en modo alguno podían ser aptos para exonerar de ella al arquitecto director de la obra, "puesto que, en suma, no se atina a comprender cuál sea en concreto la causa que rebase su normal previsión en calidad de técnico especialista y director de la obra, y al fundarse en este punto la sentencia impugnada, o sea, en lo normalmente imprevisible, viene a encuadrar la excusación, implícitamente, en el artículo 1.105 del Código civil, en cuanto que este precepto expresa que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse; más, en el caso de autos, el acaecimiento entra, cual ya queda dicho, dentro de la profesional y especial previsión que debió tener el Arquitecto demandado..." (28).

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO Y EL ARTICULO 1.596 DEL CODIGO CIVIL

La responsabilidad que el artículo 1.591 atribuye al arquitecto puede sufrir modificación por el juego del artículo 1.596, el cual dispone que "el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra". Se deriva de tal precepto que si el arquitecto ha sido contratado por el contratista, éste será el responsable directo de las posibles deficiencias que aparezcan en el trabajo de aquél. Así lo entendían MARTÍNEZ ANGEL y OYUELOS, los cuales en relación con el artículo 1.591 distinguían dos hipótesis, estimando que en el su-

(27) García c. *De la Guardia* (20 marzo 1893), en *Jurispr. Civ.* Tomo 73, páginas 419 y sigs. El demandante había contratado con un tal Acebal la construcción de unas casas, el arquitecto De la Guardia debía fiscalizar el trabajo del contratista. Cuando se iban a entregar las casas, el actor se negó a recibirlas a causa de ciertos defectos de las mismas y estimó que el arquitecto no había cumplido debidamente el encargo.

(28) "Bilbaina de Edificación, S. A." c. "Demetrio Salgado, S. A." y don José María, S. A. (29 marzo 1966). Aranzadi. Todo XXXIII, vol. I, número 1.670, págs. 1045 y ss. La demandante pedía la reparación de los daños que los demandados le habían causado en una finca de su propiedad edificada dieciocho años antes. Tales daños los habían causado los demandados cuando edificaron dos inmuebles en terreno colindante.

puesto de que el dueño celebrara contrato de obra con una persona y además designara arquitecto o maestro de obras surgiría una relación jurídica con cada uno de ellos y, en consecuencia, una acción directa contra los mismos en la forma que marca el repetido artículo 1.591, es decir, bifurcada, o sea contra el contratista por los vicios de construcción, y contra el facultativo por los vicios del suelo o de la dirección. Por el contrario, si el dueño celebra el contrato de obra con una persona y ésta designa al facultativo, "como el propietario no ha realizado convenio alguno con el arquitecto o maestro de obras director, no tiene con él vínculo jurídico ninguno, y consiguientemente carece de todo derecho y acción contra él; podrá y deberá dirigirse contra el contratista, cualquiera que sea la causa de la ruina del edificio, el cual repetirá en su caso contra el facultativo si la ruina se debiere a culpa de éste" (29).

MUCIUS SCAEVOLA sostiene una opinión diferente, pues estima que el arquitecto viene obligado a prestar el plazo de garantía, cualquiera que sea la persona que le haya designado o que con él haya contratado. Fundamenta su tesis alegando diversas razones y entre ellas el hecho de que el plazo de garantía del 1.591 es una obligación legal y la circunstancia de que, el arquitecto, aunque no sea parte directa en el contrato, pone su pericia al servicio del dueño en una obra que ha de entrar en su patrimonio y con sujeción a una norma o pauta; por donde claramente se percibe que el contrato de obra se impone a la voluntad del arquitecto, como si lo hubiera suscrito (30).

GARCÍA CANTERO señala que el arquitecto responde tanto si contrata sus servicios directamente con el dueño de la obra como si lo hizo con el contratista, en cuyo supuesto el artículo 1.591 implica una excepción al artículo 1.596, ya que entonces responde personalmente de su labor directiva y no el contratista por él (31).

La cuestión habría que plantearla en el sentido de determinar cuándo la acción de reclamación se puede dirigir contra el constructor con éxito, es decir, sin que él pueda alegar que, dadas las circunstancias, el único responsable es el arquitecto. El sentido del artículo 1.596 es el de que el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare y, por tanto, también lo será del trabajo del arquitecto si es él quien le ha ocupado, lo cual no significa que por que el arquitecto haya sido contratado por el constructor ya no debe responder de una realización negligente de su trabajo. Lo único que sucede es que en el último supuesto el contratista no podrá evitar, como podría hacerlo si el arquitecto hubiera sido contratado por el propietario, la acción de indemnización dirigida contra él por razón de las deficiencias observadas en el trabajo del arquitecto. Teniendo en cuenta estos principios hayan que analizar cada uno de los supuestos posibles.

(29) MANRESA, op. y loc. citados, pág. 756.

(30) MUCIUS SCAEVOLA, op. y loc. citados, págs. 91 y 92.

(31) GARCÍA CANTERO, loc. cit., pág. 1100.

En primer lugar habrá que tener en cuenta el caso de que el arquitecto sea un empleado del constructor. En tal supuesto, la empresa constructora está obligada a responder tanto frente al propietario como frente a los terceros que hayan sufrido daños. Solución ésta que se impone lo mismo si la responsabilidad en cuestión se califica de contractual, como si se la considera extracontractual; pues, para la primera hipótesis, no cabe duda de que el artículo 1.596 dentro del concepto de personas que el contratista "ocupare en la obra" comprende tanto a los peones como a los técnicos que, como empleados suyos, le hayan prestado servicios. Para la hipótesis de responsabilidad extracontractual, hay que tener en cuenta el artículo 1.903-4.^o, que declara responsables a "los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones". Naturalmente que en la relación entre la empresa constructora y el arquitecto hay que tener en cuenta el artículo 1.904 del Código civil, en cuya virtud la primera podría repetir del segundo lo que a causa del daño ocasionado por su negligencia hubiera satisfecho.

El segundo supuesto es el del arquitecto que ejerce su profesión liberal, que no es empleado de la empresa constructora, sino que presta sus servicios a quien le contrata. Naturalmente, si le contrata el propietario no hay ningún problema: se aplica la división de responsabilidad que aparece en el artículo 1.591 y la cuestión no tiene más trascendencia. El problema aparece cuando le ha contratado la empresa constructora. El supuesto no debe ser muy frecuente, ya que normalmente el propietario contratará primero al arquitecto y, una vez tenga los planos, al constructor. También cabe pensarse en la posibilidad de que el propietario haya contratado a un arquitecto para la realización de los planos y que luego contrate a una empresa constructora y le encargue que sea ella la que busque a un arquitecto para la dirección. En ambos casos, tanto si el arquitecto contratado sólo ha dirigido como si además ha hecho los planos se deberán aplicar los mismos criterios, además ya se ha visto como el mayor responsable por vicios del suelo es el arquitecto director.

Anteriormente se señaló que MUCIUS SCAEVOLA y GARCÍA CANTERO sustentan la tesis de que, a pesar de haber sido contratado por el contratista, el arquitecto responde de los vicios del suelo y dirección durante el plazo de diez años. Evidentemente tal afirmación es cierta, pues el arquitecto no puede dejar de responder de su actividad por el sólo hecho de que no le haya contratado el propietario. Tal afirmación adquiere más fuerza si se considera que dicha responsabilidad viene impuesta por la propia ley y, por ello, debe entrar en juego —recordamos de nuevo las afirmaciones antes mencionadas de MUCIUS SCAEVOLA—, aunque el arquitecto no haya contratado directamente con el propietario. Lo único que sucede es que cuando el arquitecto ha sido contratado por el propietario directamente, la acción de indemnización por vicios del suelo y de dirección sólo se podrá di-

rigir contra el arquitecto, mientras que si éste ha sido contratado, ocupado, por el constructor, el propietario y los terceros perjudicados se podrán dirigir bien contra el constructor, bien contra el arquitecto, pues ya se ha dicho que el artículo 1.596 no excluye la responsabilidad de las personas que hubieran sido ocupadas en la obra.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

El reconocimiento de la filiación natural en la ley colombiana de 1968 y su reglamento de 1969

JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ

De la Carrera Fiscal

Letrado del Ministerio de Justicia

A Fernando Murillo, maestro
en temas colombianos.

SUMARIO: I. Antecedentes: 1. La filiación natural en el Código civil colombiano. 2. Génesis de las reformas de 1968 y 1969.—II. La “Ley sobre Paternidad Responsable” de 1968: 1. Denominación y fines. 2. Estructura y alcance. 3. El reconocimiento voluntario: A) Formas. B) Tiempo. C) Sujetos. D) Efectos. E) Impugnación. 4. La declaración judicial de paternidad: A) Casos en que procede. B) Competencia. C) Legitimación activa. D) Legitimación pasiva. E) Pruebas. F) Efectos.—III. El Reglamento de 1969.—IV. Conclusión.

I. ANTECEDENTES

1. *La filiación natural en el Código civil colombiano.*

El Código civil de Colombia reguló la filiación en su libro I, referente a las personas (1), acogiendo la diferenciación entre hijos legítimos, hijos legitimados e hijos naturales. La atribución de la filiación natural se centró en el reconocimiento; al hijo no reconocido voluntariamente se le otorgó la facultad de pedir (directamente o asistido por curador o por la persona que hubiera cuidado de su crianza) el reconocimiento de sus progenitores; el concubinato haría suponer que el varón es padre de los hijos alumbrados por la concubina durante esa situación, salvo la prueba de imposibilidad de acceso en el tiempo en que pudo verificarse la concepción (2).

(1) Para el estudio de la filiación en Derecho colombiano, vid. E. LÓPEZ DE LA PAVA: *Derecho de familia*. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968, págs. 171 y ss.

(2) F. HINESTROSA: *El reconocimiento de hijos naturales en el Derecho colombiano*. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1967, págs. 6-7.

Al reformarse parcialmente el Código civil colombiano por las leyes 57 y 153 de 1887, inspiradas en criterios conservadores, se modificó el régimen relativo a la investigación de la paternidad: a tenor de la ley 57, el hijo ilegítimo que no hubiere sido reconocido voluntariamente no podría pedir reconocimiento sino para exigir alimentos: la declaración judicial se produciría por aceptación del juramento decisorio o por contumacia del citado; y el rapto de la madre, en época en que pudo tener lugar la concepción, autorizaría la demanda, pero sólo a efectos de la deuda alimenticia (3).

Dentro ya de nuestro siglo y ante la presión de ideas distintas, el Código de Colombia fue nuevamente modificado en este punto por la ley 45 de 1936, que dio otra regulación a la materia de la filiación natural. Volviendo a la clasificación de los hijos aceptada en el texto primitivo del Código civil, dicha ley de 1936 suprimió las categorías de hijos "adulterinos" y de "dañado ayuntamiento", manteniendo las de legítimos, legitimados y naturales. Asegurada a estos últimos la condición de tal, respecto de la madre, por el hecho del nacimiento, los problemas del reconocimiento voluntario o forzoso quedaron centrados en el padre.

El reconocimiento forzoso, a tenor de la ley 45, procedería a instancia del propio hijo (o, en su caso, del ejerciente de la guarda legal, o del que hubiere provisto a la crianza o educación, o del Ministerio Público) y se fundaría en la fehaciente demostración de alguna de las cinco *causales* o presunciones taxativamente enunciadas en la ley (4). La ley 45 de 1936 fue bien recibida en la doctrina colombiana, ya que, según subraya el profesor Uribe Misas, "mejoró notablemente la condición jurídica de los hijos naturales, víctimas, hasta entonces, de una injusta *capitis diminutio* que la ley les imponía a los hijos del amor libre" (5).

2. *Génesis de las reformas de 1968 y 1969.*

El régimen de la filiación establecido por la ley de 1936, aun habiendo sido reputado como más progresivo que el de la legislación anterior, no resolvía satisfactoriamente, al parecer, los problemas que en esa materia —y especialmente en tema de reconocimiento forzoso—

(3) F. HINESTROSA, *op. cit.*, págs. 9-10.

(4) Dichas *causales* eran: rapto o violación al tiempo de la concepción; estupro en el mismo tiempo; escrito del presunto padre con confesión de paternidad; existencia notoria de relaciones sexuales, y posesión de estado del hijo (arts. 6.^o y 7.^o de la ley 45 y arts. 398 y 399 del C. c.). Sobre la aplicación de estas normas por la jurisprudencia colombiana, vid. HINESTROSA, *op. cit.*, página 14, notas 9 y 10 y págs. 16-26.

(5) A. URIBE MISAS: *Estudio preliminar* del vol. *Código civil de Colombia*. Instituto de Cultura Hispánica. Madrid, 1963, pág. 21.

se presentaban en la práctica (6). De ahí el movimiento para revisar sus normas, al que dio fundamentalmente impulso el ministro de Justicia, doctor Fernando Hinestrosa, profesor de Derecho civil, quien, habiendo estudiado personalmente el tema del reconocimiento, promovió en unión del ministro de Salud Pública, doctor Ordóñez Playa, y con el apoyo del presidente Lleras Restrepo, la redacción de una nueva ley, cuyo texto estaba maduro a fines de 1968.

A la elaboración de dicho texto prestaron su colaboración —según expone doña Cecilia de la Fuente de Lleras Restrepo— “ministros del Despacho, jefes políticos, juristas de la más alta competencia y expertos en ciencias sociales”, discutiéndose el Anteproyecto “largamente” y siendo algunas de sus disposiciones “objeto de controversia” (7). La delicadeza de la materia, en efecto, y la extensa aplicación que su régimen tiene en el país, hizo que los juristas y aun la opinión pública se interesaran vivamente en el tema, aduciendo buen número de argumentos en pro y en contra del proyecto legal (8). La reforma, en definitiva, se impuso y se ha concretado en la importante ley 75 de 1968, de 30 de diciembre, y en el Decreto 398 de 1969, de 20 de marzo, que la reglamenta. Una y otro son el objeto de las páginas que siguen.

II. LA “LEY SOBRE PATERNIDAD RESPONSABLE”

1. *Denominación y fines.*

La nueva ley colombiana ha sido promulgada en 30 de diciembre por el presidente don Carlos Lleras Restrepo (9). Su denominación oficial es la de “Ley 75 de 1968 por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. El título con que generalmente se la conoce es, empero, el de “Ley sobre Paternidad Responsable”, que se basa en la responsabilidad que

(6) A propósito de la abundancia de tales problemas en el país, el prof. Hinestrosa escribía en 1967 que “si se practicara un análisis estadístico de las materias que ocupan la atención de los Tribunales en materia civil, el resultado mostraría que no menos de tres de cada diez procesos de los que llegan a casación se refieren a asuntos de familia, y que dentro de éstos el tema más abundante es el de la filiación natural” (*op. cit.*, pág. 2).

(7) Vid. L. F. SERRANO: *La paternidad responsable (Exposición de la Señora Cecilia de la Fuente de Lleras Restrepo, al ser sancionada la Ley 75 de 1968)*. Editorial de la Revista “Derecho Colombiano”, Bogotá, 1969, pág. 2.

(8) Así tuve ocasión de advertirlo al participar, en noviembre de 1969, en el Curso de Jueces de Menores desarrollado en Bogotá por el Instituto Interamericano del Niño, donde algún conferenciente colombiano hizo dura crítica del Proyecto.

(9) Refrendan la ley los ministros de Justicia, Fernando Hinestrosa; de Hacienda, Abdón Espinosa Valderrama; de Defensa, general Gerardo Ayerbe Chaux; de Salud pública, Antonio Ordóñez Plaja, y de Educación, Octavio Arizmendi. La ley había pasado previamente por el Senado y la Cámara de Representantes.

adquieran los padres, por el hecho de serlo, frente a los hijos y frente a la sociedad (10); el inconveniente de esa denominación es acaso el de poder inducir a confusión con lo que en los últimos años se ha llamado, aunque indebidamente, "paternidad responsable" en tema de control de natalidad.

Fines de la ley han sido —según uno de sus más calificados autores, el doctor Hinestrosa, señalaba en la etapa inicial de la reforma— los de "facilitar la búsqueda de la paternidad natural, hacer más efectiva la responsabilidad del progenitor y mermar las diferencias sociales entre hijos legítimos y naturales, y tecnificar, nacionalizar y unificar el registro del estado civil" (11).

De la importancia que se atribuye a la nueva normativa da idea el hecho de que por persona significada y en solemne mensaje dirigido al país haya podido afirmarse que esta ley "será el mejor instrumento de la transformación colombiana" (12).

2. *Estructura y alcance.*

La ley 75 de 1968 contiene 67 artículos, distribuidos en tres capítulos: el I, que se refiere a "la filiación, la investigación de la paternidad y los efectos del estado civil"; el II, que trata "de las sanciones penales y de la competencia", y el III, que crea y regula el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y establece las bases de la "Campaña Nacional de Nutrición". Es el primero de dichos capítulos, integrado por 39 artículos, el que interesa a los fines de estas notas. Es de advertir que el mismo no abarca toda la problemática de la filiación, sino el concreto tema del reconocimiento de la natural.

Las normas de la legislación de 1936, antes aludidas, quedan sustituidas por las del capítulo I de la ley de 1968. Veamos seguidamente el contenido y el sentido del nuevo sistema, tanto en materia de reconocimiento voluntario como en materia de declaración judicial de paternidad.

3. *El reconocimiento voluntario.*

A) *Formas*: El reconocimiento puede hacerse: 1) En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce. 2) Por escritura pública. 3) Por testamento. 4) Por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene (art. 1.º).

En relación con el acto de nacimiento, la ley preceptúa que "el funcionario del Estado Civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el

(10) Vid. C. DE LA FUENTE DE LLERAS RESTREPO: *Exposición*, cit., pág. 4.

(11) F. HINESTROSA, *op. cit.*, pág. 6.

(12) C. DE LA FUENTE DE LLERAS RESTREPO, *op. cit.*, pág. 8.

declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad" (art. 1.º, núm. 1.º). La inscripción del nombre del padre se hará "en Libro especialmente destinado a tal efecto" y de ella sólo se expedirán copias al hijo, a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, a la persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, al Defensor de Menores, al Ministerio Público y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren" (núm. 1.º en relación con el núm. 4.º).

"Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si éste no hubiere firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a comunicar el hecho al Defensor de Menores para que éste inicie la investigación de la paternidad. Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o de que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre. Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado, o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse" (art. 1.º, núm. 1.º).

B) *Tiempo*: El reconocimiento se practicará generalmente, sin duda, después de ya nacido el hijo natural (13). Pero, a tenor del artículo 2.º, el reconocimiento por escritura pública, por testamento o por manifestación ante el Juez puede hacerse antes del nacimiento.

C) *Sujetos*: Sujeto activo serán los padres que reconozcan y sujeto pasivo el hijo natural (14). La ley no determina el concepto de este último, pero afronta el problema de la posibilidad de reconocimiento como tal del hijo habido por mujer casada con hombre distinto del marido (15). El precepto que se plantea tal hipótesis es el artículo 3.º, que dice así: "El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo: 1.º Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges. 2.º Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el Título 10 del Libro 1.º del Código civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el Juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo,

(13) Cf. M. ALBALADEJO: *El reconocimiento de la filiación natural*. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 154.

(14) Cf. M. ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 127 y ss.

(15) Sobre el tema de recognoscibilidad de hijos adulterinos, vid. M. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 141.

si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del Defensor de Menores, si fuere menor. 3.º Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.” A tenor del último párrafo del mismo precepto, “prohibese pedir la declaración judicial de maternidad, cuando se atribuya a una mujer casada, salvo en los tres casos señalados en el presente artículo”.

D) *Efectos*: “El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable” (art. 1.º, declaración inicial). Si se hubiere hecho en testamento, “la revocación de éste no implica la del reconocimiento” (art. 1.º, número 3.º). “El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace, sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el Título XI del Libro 1.º del Código civil, para la legitimación” (art. 4.º).

El aludido Título del Código civil regula la filiación legitimada y comprende los artículos 236 a 249. Los que en este punto interesan preceptúan: “Cuando la legitimación no se produce *ipso jure*, el instrumento público de legitimación deberá notificarse a la persona que se trate de legitimar...” (art. 240). “La persona que no necesite de tutor o curador para la administración de sus bienes o que no vive bajo potestad marital, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente” (art. 241). “El que necesite de tutor o curador para la administración de sus bienes no podrá aceptar ni repudiar la legitimación, sino por el ministerio o con el consentimiento de su tutor o curador general o de un curador especial, y previo decreto judicial con conocimiento de causa. La mujer que vive bajo potestad marital necesita del consentimiento de su marido, o de la justicia en subsidio, para aceptar o repudiar la legitimación” (art. 242). “La persona que acepte o repudie deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil” (art. 243).

E) *Impugnación*: “El reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código civil” (art. 5.º de la ley). Los preceptos aludidos del Código, que se refieren a la legitimación, disponen que ésta podrá ser impugnada solamente por “los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; éstos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquéllos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho” (art. 248, párrafo último). Causa de impugnación es que el legitimado no haya podido tener por padre o por madre al legitimante o a la legitimante (art. 248, párrafo 1.º); tratándose de la maternidad, ésta “podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero” (art. 335).

4. *La declaración judicial de paternidad.*

A) *Casos en que procede:* Son establecidos en el artículo 6º de la ley, del modo siguiente: “Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

1.º En el caso de rapto o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

2.º En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.

3.º Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

4.º En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código civil pudo tener lugar la concepción. Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad. En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo.

5.º Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.

6.º Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.”

En relación con la posesión de estado, la ley reforma en su artículo 9.º el texto del artículo 398 del Código civil colombiano, que en lo sucesivo dirá: “Para que la posesión notoria del estado se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado cinco años continuos por lo menos” (16).

(16) El texto anterior del art. 398 preceptuaba: “Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos”. La ley 45 de 1938 dispuso que “la posesión notoria del estado de hijo natural puede acreditarse también con relación a la madre” y que “la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento” (art. 6.º). En relación con el cómputo del tiempo de cinco años señalado en el art. 9.º de la ley de 1969, un parágrafo adosado al propio artículo contiene la norma de Derecho transitorio de que “para integrar este lapso podrá computarse el tiempo anterior a la vigencia de la presente ley, sin afectar la relación jurídico-procesal en los juicios en curso”.

B) *Competencia*: “Del juicio sobre filiación natural de un menor conoce el Juez de Menores. Empero, muertos el presunto padre o el hijo, la acción sólo podrá intentarse ante el Juez Civil competente y por la vía ordinaria” (art. 11). “La sentencia dictada por el Juez de Menores, en cuanto se refiera al estado civil, es revisable por la vía ordinaria ante el Juez Civil competente” (art. 18, párrafo 1.º) (17).

C) *Legitimación activa*: La ley de 1968, en el párrafo 1.º de su artículo 10, declara expresamente aplicables al caso de la filiación natural las reglas establecidas para los pleitos sobre filiación legítima en el Código civil. Parece que el primer legitimado es el propio hijo natural. Una vez “fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos y a sus ascendientes” (artículo 10, párrafo 3.º).

“En los juicios de filiación ante el Juez de Menores tienen derecho a promover la respectiva acción y podrán intervenir la persona que ejerza sobre el menor patria potestad o guarda, la persona natural o jurídica que haya tenido o tenga el cuidado de su crianza o educación, el Defensor de Menores y el Ministerio Público. En todo caso, el Defensor de Menores será citado al juicio” (art. 13).

Según el Código civil, “el fallo judicial que declare verdadera o falsa la legitimidad del hijo no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea. La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna” (art. 401).

D) *Legitimación pasiva*: La acción se dirigirá en principio contra el presunto padre; una vez muerto éste, “la acción de investigación de la paternidad podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge” (art. 10, párrafo 2.º).

E) *Pruebas*: Frente al delicado problema de los medios probatorios admisibles en el juicio para la investigación de la paternidad, el legislador colombiano se ha decidido por una amplia aceptación de las modernas pruebas biológicas. El artículo 7.º de la ley, en efecto, dispone que “en todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el Juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas pararelas entre el hijo y su presunto padre o madre, y ordenará peritación antropo-heredo-biológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia. La renuncia de los in-

(17) Sobre la jurisdicción de menores en Colombia, vid. L. GALVIS MADERO: *Juzgados de Menores y delincuencia juvenil*. Editorial Kelly, Bogotá, 1968, págs. 23-26.

teresados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el Juez como indicio, según las circunstancias".

En esa misma línea de buscar por todos los medios la comprobación de la filiación real, el artículo 8.º preceptúa: "Los jefes de hospitales, clínicas o casas de salud que reciban a una mujer embarazada y los médicos tratantes, tomarán los informes y practicarán los exámenes necesarios para establecer la fecha probable de iniciación del embarazo y las características heredo-biológicas de la paciente, a quien indagará sobre el padre; igualmente, ocurrido el alumbramiento, anotarán los caracteres de la criatura y la duración de su gestación. Todos estos informes serán suministrados al Juez de Menores, quien los tendrá en cuenta en el proceso de investigación de la ascendencia a que hubiere lugar".

F) *Efectos*: La sentencia que declara la paternidad natural producirá, sin duda, los efectos personales y patrimoniales que del estado de filiación natural se derivan en favor del hijo. Sin embargo, a tenor del párrafo 3.º del artículo 10, si la investigación de paternidad se hubiera tramitado después de fallecido el padre o el hijo, la sentencia "no producirá efectos patrimoniales sino en favor o en contra de quienes hayan sido partes en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción".

En relación con el estado civil, el artículo 17 dispone que "la determinación del estado civil que se haga en la sentencia dictada por el Juez de Menores surte todos los efectos legales mientras no sea informada en el juicio de revisión" (juicio atribuido, como vimos, a la jurisdicción ordinaria). "Sin embargo —añade el precepto—, no se corregirá el acta de nacimiento mientras no haya vencido el término que el mismo artículo señala para incoar tal acción sin que ésta se haya ejercido, o hasta que se produzca el fallo que ponga fin al juicio, si éste fuera intentado".

III. EL REGLAMENTO DE 1969

La ley 75 de 1968, cuyo sistema sobre el reconocimiento que acabo de exponer brevemente, ha sido reglamentada por el Decreto de 20 de marzo de 1969, también sancionado por el presidente don Carlos Lleras Restrepo y refrendado por los ministros Hinestrosa, Ordóñez Plaja y López Ramírez. El Reglamento consta de 25 artículos, distribuidos en tres capítulos, correlativos a los tres de la ley.

De sus heterogéneos preceptos interesan aquí solamente los relacionados con el reconocimiento de la filiación natural, integrados en el capítulo I. Entre ellos parecen revestir especial importancia los artículos 5, 6 y 7, que contienen normas reglamentarias relacionadas con el acta de nacimiento del hijo natural. También es de interés el artículo 10, cuyo texto preceptúa que "definida legalmente la paternidad o la maternidad natural, o ambas, por reconocimiento o por de-

cisión judicial en firme y no sometida a revisión, el funcionario del estado civil a cuyo cargo esté la partida de nacimiento del hijo, procederá a corregirla y a extender una nueva acta con reproducción fiel de los hechos consignados en la primitiva, debidamente modificados como corresponda a la nueva situación. Las dos actas llevarán anotaciones de recíproca referencia”.

IV. CONCLUSIÓN

Las reformas llevadas a cabo en 1968 y 1969 en Colombia en orden al reconocimiento voluntario y a la declaración judicial de la paternidad natural, aquí brevemente examinadas, tienen, sin duda, considerable importancia en el plano del Derecho civil colombiano y cierto interés en el plano del Derecho comparado.

Sin intentar formular un juicio crítico de las nuevas normas colombianas (que inciden en materia muy opinable y que según la posición de quien las contemple pueden parecer más o menos acertadas) parece justo admitir, en términos generales, que la reforma responde a problemas vivos y representa un esfuerzo ciertamente valeroso para resolverlos en la línea de las legislaciones más progresivas, afrontando el riesgo de ir en algunas cuestiones concretas demasiado lejos.

Por su atención hacia las legislaciones extranjeras (imprescindible, desde luego, para todo legislador de nuestro tiempo, pero peligrosa), la reciente reforma colombiana no es enteramente original. Al establecer, por ejemplo, los casos en que habrá lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, el legislador ha aceptado esencialmente el sistema moderno del Derecho francés: los cinco primeros números del importante artículo 6.º de la ley colombiana de 1968, recogidos más arriba, se limitan a calcar los cinco casos establecidos en el artículo 340 del Código civil francés en su redacción de las leyes de 16 de noviembre de 1912 y 15 de julio de 1955. Esta atención hacia el Derecho francés no es en sí misma un error. Lo que será interesante comprobar en un futuro próximo es el resultado práctico que dan las nuevas normas colombianas, tan discutidas durante la elaboración de la ley, y la aplicación que de ellas hacen los Tribunales de Colombia.

Para los juristas españoles la reforma reseñada no deja, seguramente, de ofrecer interés. El tema del reconocimiento está en la actualidad jurídica española desde hace ya algunos años. El reconocimiento voluntario, así, ha suscitado hace tiempo atención y estudios: baste recordar la monografía del profesor Albaladejo citada en estas notas, que afrontó en su conjunto la problemática de esa institución. Pero es sobre todo el reconocimiento forzoso el que hoy en nuestra patria atrae la atención y despierta preocupación. Los viejos problemas de la llamada *investigación de la paternidad*, tan debatidos ya en la época de la codificación napoleónica, resurgen ahora en España,

como en otros países, a impulsos de las ideas que prevalecen en materia de filiación. El hecho de que hoy se posean medios biológicos para la determinación de la paternidad, que no se podía sospechar en el siglo pasado, contribuye al nuevo planteamiento de la cuestión; es, sin duda, un aspecto más de la creciente repercusión de los progresos técnicos sobre el Derecho civil.

La doctrina española se ha ocupado así en los últimos años de la posibilidad de aplicación de las pruebas biológicas (18) y de la posibilidad de una apertura hacia la investigación de la paternidad a la luz de la jurisprudencia (19). Recientes reuniones de juristas y de otros profesionales celebradas en España, a nivel nacional e incluso a nivel internacional, han debatido también el tema del reconocimiento forzoso; la tendencia predominante en ellas ha sido ciertamente favorable a una revisión del sistema de nuestro Código civil (20). En la misma línea, el consejero nacional del Movimiento y destacado jurista don Alberto Ballarín ha elevado un ruego a la Comisión General de Codificación encaminado a que se modifiquen los artículos 135, 136 y 137 del Código civil en sentido favorable a la admisión de la investigación de la paternidad. No es imposible, pues, que en fecha más o menos próxima se considere por aquel alto organismo codificador español la posibilidad de reformar nuestro sistema, ya sea solamente en el concreto punto del reconocimiento forzoso, ya sea incluso en la totalidad del tema del estatuto jurídico de los hijos extramatrimoniales. Cuando ese momento llegue, habrá desde luego que tener en cuenta, aunque no meramente para copiarlas, las legislaciones extranjeras más recientes sobre la materia y, entre ellas, las normas colombianas que a través de estas notas he tratado de resumir.

(18) Vid. el libro de B. F. CASTRO PÉREZ: *La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad*. I. E. Reus, Madrid, 1950.

(19) Vid. el estudio de J. M. POU DE AVILÉS: *El reconocimiento forzoso del hijo natural en el Derecho español*, en la "Revista Jurídica de Cataluña", mayo-junio 1951, y en ed. sep.; y, más recientemente los interesantes comentarios que a varias sentencias sobre declaración judicial de paternidad natural se contiene en el libro de L. DÍEZ PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Editorial Tecnos, Madrid, págs. 414 y ss.

(20) Así, las Jornadas de estudio organizadas en Madrid, en octubre de 1969, por la Comisión Jurídica Internacional del *Bureau International Catolique de l'Enfance* en torno al tema "El estatuto jurídico de la madre soltera y de los hijos ilegítimos" examinaron aquél a la luz del Derecho comparado y actuando de ponente general don Fernando Fernández Blanco; algunas comunicaciones presentadas tocaron concretamente el tema en el plano del Derecho español: entre ellas, una muy sugestiva del prof. García Cantero contenía una relación de preceptos del Código civil relacionados con la filiación ilegítima que deberían ser modificados. De forma parecida se tocaron estas cuestiones en las Jornadas organizadas por la Comisión Católica Española de la Infancia, en noviembre de 1969 en Madrid, para conmemorar el X aniversario de la Declaración de Derechos del Niño; en ellas el prof. Arce Flórez de Valdés se refirió en sentido muy favorable a la investigación de la paternidad al exponer su ponencia sobre "La regulación española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño"; una postura más conservadora fue mantenida por don Santiago Manglano Gadea.

Aspectos actuales de la reglamentación del divorcio en Rumanía*

Prof. Dr. Tudor R. POPESCU

El divorcio es la disolución del matrimonio, *a petición* de cualquiera de los cónyuges, *por decisión de la instancia judicial* que tiene que apreciar con sumo cuidado los motivos invocados para demostrar la imposibilidad de continuar el matrimonio.

La reglamentación legal del divorcio es determinada por los principios en que descansa el matrimonio y la familia, o sea: por un lado, *la libertad del matrimonio*, de donde resulta el derecho de los cónyuges de pedir la disolución del matrimonio y por otro lado la *estabilidad de la familia* que implica la estabilidad del matrimonio de la que resulta el derecho y el deber del Estado de impedir el aprecio arbitrario, según criterios subjetivos, por los cónyuges, de la imposibilidad de continuar el matrimonio, mientras ello debe apreciarse por una autoridad de Estado, que verifique si realmente el matrimonio esté en tal punto que su continuación fuera imposible, por lo menos para el que pide su disolución.

Es decir, en el problema del divorcio se juntan un interés personal, el de los cónyuges, con un interés social. Según prevalece uno u otro de éstos, el divorcio será admitido con más facilidad o dificultad. De este modo pueden explicarse también las recientes modificaciones legislativas a este respecto surgidas del cuidado por la estabilidad de la familia.

El Código rumano de la familia (1) establece que un matrimonio es disuelto por divorcio, sólo en casos excepcionales. Este carácter excepcional del divorcio, como modo de disolución del matrimonio, fue precisado por una bastante recién disposición que modifica el Código de la familia y comprueba que la reglamentación del divorcio tuvo en atención antes que todo el interés social, lo que tiene un importantísimo papel educativo. En efecto, si la ley hubiera permitido, con facilidad, la disolución del matrimonio por divorcio, éste hubiera tenido una influencia negativa; el saber que es fácil desprenderse de los vínculos matrimoniales determinaría contraer matrimonio sin mucha reflexión. Por el contrario, la reglamentación legal del divorcio de tal

(*) Traducción enviada por el Autor.

(1) El Código de la familia entró en vigor el 1 de febrero de 1954.

modo que éste no sea permitido más que en casos puramente excepcionales, cuando el matrimonio esté ya deshecho y la reanudación de la vida conyugal haya llegado imposible, constituye una seria advertencia para los que no consideraran el matrimonio con la debida gravedad.

Al principio el Código de la familia disponía que "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, por la declaración judicial de la muerte de uno de los cónyuges, o por el divorcio".

El decreto número 779 del 8 de octubre de 1966, para la modificación de unas disposiciones legales concernientes al divorcio, establece:

"El matrimonio cesa por la muerte de uno de los cónyuges o por la declaración judicial de la muerte de uno de ellos".

"El matrimonio puede disolverse, en casos excepcionales, por divorcio".

De la reglamentación legal del divorcio podemos desprender unas cuantas características más importantes.

Así, aunque la iniciativa de la demanda de divorcio pertenece a los cónyuges, pues tanto el contraer del matrimonio, como el continuar o la disolución de éste constituyen problemas que tocan en primer lugar a los cónyuges, sin embargo, *el divorcio por consentimiento mutuo no está permitido*.

El Código de la familia no prohíbe expresamente el divorcio por consentimiento mutuo, pero esto resulta sin duda alguna del hecho que el divorcio no está permitido más que en casos excepcionales y sólo por motivos bien fundados, apreciados como tales por la instancia judicial.

En efecto, el artículo 38 del Código de la familia dispone:

"La instancia judicial puede disolver el matrimonio por divorcio solamente cuando, en base de motivos bien fundados, las relaciones entre los cónyuges son tan graves e irremediablemente rotas, que continuar el matrimonio es evidentemente imposible para el que pide su disolución".

"La instancia apreciará con particular cuidado los motivos de la demanda de divorcio y la imposibilidad de continuar el matrimonio, teniendo en cuenta la duración de éste, así como los intereses de los hijos menores de edad" (2).

Además, por una decisión orientadora del pleno del Tribunal Supremo, Nr. 3, del 22 de junio de 1955, concerniente a los juicios de divorcio (punto 2, párrafo 3) se indica claramente, que "el divorcio por consentimiento mutuo está prohibido" y se llama la atención a las

(2) Para subrayar aún mejor el sentido de las disposiciones legales recordamos que, antes de las modificaciones que por el Decreto núm. 779/1966 se le hicieron, el texto del artículo 38 del Código de la familia establecía lo siguiente:

"A petición de divorcio de cualquiera de los cónyuges, *el matrimonio puede ser disuelto por decisión judicial, si por motivos bien fundados, continuar el matrimonio es ya imposible para el que pide su disolución*".

"La seriedad de los motivos será apreciada, teniéndose también en cuenta los intereses de los hijos, si éstos son menores de edad".

instancias judiciales de que deben "escudriñar las verdaderas relaciones entre las partes y todas las circunstancias de la causa para ver si en dicho litigio no se esconde, en realidad un divorcio por consentimiento mutuo".

Por eso, además, en materia de divorcio, no se admite la confesión como medio de prueba. Es verdad que en la práctica se intenta usarse la confesión, de modo indirecto, utilizándose las cartas, por las cuales un cónyuge se reconoce culpable de uno de los hechos que podrían constituir motivo de divorcio. Por eso mismo la decisión ya citada consta en que "se practica todavía el sistema de los divorcios por consentimiento mutuo camuflado por cartas" y llama la atención de las instancias a que hagan uso de su papel activo con ocasión de administra las pruebas para evitar tales prácticas, lo cual es facilitado también por el hecho de que en el derecho rumano la confesión no es ya una prueba contra el que haya confesado y así no obliga más a la instancia, que está libre a considerarla como cualquier otro medio de prueba (art. 1.206, Código civil).

Otra característica de la reglamentación del divorcio consiste en lo de apreciarse la seriedad de los motivos de divorcio, así como la imposibilidad de continuar el matrimonio, tomándose en cuenta tanto la duración del matrimonio cuya disolución se pide, como los intereses de los hijos menores de edad. Tales circunstancias, esto es el hecho de que un matrimonio durase algún tiempo, como también la existencia de hijos menores de edad de los respectivos cónyuges (3), hicieron que en práctica las instancias judiciales se nieguen a pronunciar el divorcio mientras existe aún la posibilidad de reanudar la vida normal entre los cónyuges.

Mas por otra parte, es posible que precisamente los intereses de los hijos menores de edad impongan la disolución del matrimonio cuya continuación perjudicará su criar y educación. Pero eso ocurre raras veces.

Para defender cuanto mejor los intereses de los hijos menores de edad, la ley establece que en el pleito debe participar la autoridad tutelar también, autoridad cuya opinión será tomada en cuenta tanto con respecto al entrega de los hijos menores de edad, como a la necesidad de divorcio (4). Asimismo, la protección de los intereses de

(3) En virtud del principio de orden constitucional concerniente a la protección de los hijos menores de edad, que no hace distinción alguna entre éstos, la instancia toma en cuenta, no sólo a los hijos nacidos dentro del matrimonio (legítimos), sino también a los nacidos del matrimonio, o adoptivos, como también a los nacidos dentro del matrimonio anterior de cualquiera de los cónyuges, en la medida en que la disolución del matrimonio tuviera, consecuencias desfavorables sobre su cría y educación. Por lo demás, el divorcio no significa solamente la disolución del matrimonio, sino también el desmembrarse de la familia fundada por él, familia de la que forman parte también los hijos con los cuales viniese uno de los cónyuges. Por eso, una medida tan grave como el divorcio no puede tomarse ignorando sus intereses de ellos.

(4) El Tribunal Supremo, Colegio Civil, decisión núm. 1061 de 1 de junio de 1956, (La Legalidad Popular", 1956, 3, p. 354).

los hijos menores de edad impone la presencia, en el juicio, del fiscal (art. 45 del Código de procedimiento, art. 47 del Decreto núm. 32 del 1 de febrero de 1954 para la entrada en vigor del Código de la familia).

Además, con el mismo objeto de la protección de los intereses de los hijos menores de edad, éstos deben ser escuchados si han cumplido la edad de diez años (art. 42, párrafo 1 del Código de la familia).

Por fin, la existencia de los hijos menores de edad impone un término de pensamiento mayor para los cónyuges (art. 613 del Código de procedimiento civil).

La importancia de la culpa en el divorcio constituyó un problema que suscitó discusiones. Por lo general los autores, como la práctica judicial también, consideran que el divorcio estriba en la culpa de uno de los cónyuges o de los dos, y por consiguiente la culpa exclusiva del cónyuge reclamante no constituye motivo serio para la admisión de su demanda de divorcio.

En realidad, incluso en la luz del antiguo texto del artículo 38, en la pronunciación del divorcio era determinante solamente el hecho de que a lo menos para uno de los cónyuges, sino para los dos, continuar el matrimonio fuese ya imposible. Por lo demás la ley establecía también ciertas circunstancias que excluían toda culpa de los cónyuges, pero que sin embargo podía justificar la disolución del matrimonio por divorcio (5).

Esta solución se impone tanto más en la luz de la nueva forma del texto del artículo 38 del Código de la familia, que pide a la instancia pronunciar el divorcio solamente "cuando, en base de motivos bien fundados, las relaciones entre los cónyuges son tan graves e irremediablemente rotas que continuar el matrimonio resulta evidentemente imposible para el que pide su disolución".

Por lo tanto, para pronunciar el divorcio es determinante sólo la imposibilidad de continuar el matrimonio y no la culpa del reclamado. Claro que la culpa de uno de los cónyuges —o de los dos— puede tomarse en consideración como elemento que contribuye al aprecio de la justicia de los motivos invocados.

(5) Art. 615 párrafo 3 del Código de procedimiento civil, que establecía: "La demanda de divorcio se juzga sin intentar la reconciliación de los cónyuges en el caso en que se funda en la alineación mental crónica, o debilidad mental crónica, o en una grave enfermedad crónica y contagiosa del cónyuge contra el cual se pide el divorcio, o si éste se encuentra condenado a una pena privativa de libertad de por lo menos tres años, o si está declarado como desaparecido por sentencia judicial." A raíz de la modificación del Código de procedimiento civil por el Decreto núm. 779/1966 este párrafo desapareció. Esta modificación no puede entenderse de otro modo sino que también en tales circunstancias el juez debe intentar la reconciliación de los cónyuges, puesto que todo el artículo se refería a la obligación del juez de reconciliar a los cónyuges. Las circunstancias citadas siguen constituyendo pues causas de divorcio, si hacen imposible continuar el matrimonio.

Por otra parte, determinar la culpa de uno de los cónyuges en la provocación de los hechos que hayan llevado al desmembrarse el matrimonio es importante para los efectos que la disolución del matrimonio produce. Así, cuando el divorcio se pronuncie por la sola culpa de uno de los cónyuges, éste no beneficiará de alimentos más que un año desde la disolución del matrimonio, aunque cumpliese las demás condiciones pedidas por la ley para tener derecho a alimentos (art. 41, párrafo 4 Código de la familia). Determinar la culpa de uno de los cónyuges influye también en la concesión del beneficio del contrato de alquiler de la vivienda común (en el sentido de que si los cónyuges no se ponen de acuerdo a este respecto y no tienen hijos, el beneficio del contrato corresponde al cónyuge inocente) y en el cuidado de los hijos menores de edad, cuando la culpa de uno de los cónyuges, sin ser determinante, podría tomarse en cuenta para no dejar los hijos al cuidado del cónyuge culpable (art. 42 del Código de la familia).

Causa de divorcio.—Como ya hemos visto, la ley no determina las causas de divorcio, abandonando así el antiguo sistema formalista que conocía causas perentorias y causas facultativas de divorcio (6), y sólo contiene una indicación general o un principio, según el cual la disolución del matrimonio no se pronuncia sino cuando continuar el matrimonio resulta evidentemente imposible para el que pide su disolución.

En práctica, entre los motivos se encuentran con más frecuencia invocados el abandono del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, la infidelidad, las injurias graves, todos ellos supuestos al aprecio de las instancias, que deben desarrollar un papel cada vez más activo en el establecer de la situación real de las relaciones entre los cónyuges.

El procedimiento.—La concepción de nuestra ley en cuanto al divorcio, que debe producirse de modo sumamente excepcional, cuando continuar el matrimonio resulta evidentemente imposible, tiene influencia, incluso en el procedimiento, que además fue con este fin recientemente modificado.

Así, la demanda de divorcio debe presentarse *personalmente* por el reclamante al presidente del tribunal, que da al reclamante consejos de reconciliación. Si éste sigue insistiendo en su demanda, el presidente fija el término para la comparación de ambos cónyuges, cuando el presidente debe insistir una vez más por la reconciliación de los cónyuges. Si estos dos no se reconcilian, o si el cónyuge reclamado, aunque haya sido legalmente citado, no comparece, el presidente les concederá un plazo de pensamiento de seis meses, y si hay hijos, dicho plazo es de un año. (Si el reclamante no haya comparecido, el pleito se suspende.)

Al vencimiento del plazo, el presidente cita las partes y si ellas no

(6) Tudor R. POPESCU, *Derecho Civil Rumanio*, tomo, I, 1945, pág. 262.

se han reconciliado, el presidente fijará el término para el juicio, o si, tomando en cuenta las circunstancias, lo considera útil, podrá conceder otro plazo, de lo más seis meses, al cuyo vencimiento, a petición del reclamante, fijará plazo para la vista del pleito (art. 613 del Código de procedimiento civil).

La ley ha establecido los plazos mencionados, considerando que cada uno de ellos permite a los cónyuges un alto de pensamiento útil y necesario en un problema tan grave como el de la disolución del matrimonio y del desmembramiento de la familia constituida por él.

Por el mismo particular cuidado de mantener el matrimonio, cuando ello es posible, la ley dispone que delante de la instancia las partes deben *presentarse personalmente*, si no se les impide algo de fuerza mayor (cuando pueden presentarse por mandatarios), precisamente para dar al presidente la posibilidad de intentar convencer al reclamante que renuncie a su demanda, y, por lo general, reconciliar a los cónyuges.

Si el reclamante no comparece al plazo de juicio y sólo se presenta el reclamado, se rechaza la demanda de divorcio como no sostenida. Lo mismo ocurre en cuanto al recurso: el recurso del reclamante en contra de la sentencia por la cual se rechazase la demanda, será rechazado como no sostenido si el reclamante no se presenta al juicio, sino solamente el reclamado, en cambio, el recurso del reclamado será juzgado incluso si en instancia se presenta el solo reclamante (7). Por tanto, la participación obligatoria del reclamante es necesaria durante todo el procedimiento de divorcio, desde la presentación de la demanda al presidente de la instancia, hasta el recurso y aún más, hasta efectuarse la mención de la sentencia de divorcio al margen del acta matrimonial, mención que se hace solamente a la insistencia del cónyuge que haya obtenido el divorcio (art. 39, párrafo 2 del Código de la familia).

Si las partes se presentan al primer plazo, la instancia debe volver a insistir para la reconciliación de los cónyuges. Si el intento de reconciliación no logra, la instancia fija otro plazo para pronunciarse en cuanto a las pruebas propuestas por el reclamante por la demanda de divorcio, asimismo para comprobar los hechos ocurridos ulteriormente y que él invoca en apoyo de la demanda. Al mismo tiempo, la instancia debe pronunciarse también sobre las pruebas propuestas por el reclamado.

En todos casos, las pruebas no pueden administrarse en el mismo plazo de su admisión (art. 616 del Código de procedimiento civil).

A fin de impedir que el divorcio sea pronunciado, cuando no existen por ello motivos bien serios, la ley permite al reclamante renunciar al juicio delante de la instancia de fondo, aunque el reclamado se

(7) En la reglamentación anterior la obligatividad de presentarse las partes personalmente se imponía sólo delante de las instancias de fondo (art. 614 del Código de procedimiento civil).

oponga (art. 618 del Código de procedimiento civil); solución diferente de la del derecho común (art. 246 del Código de procedimiento civil), donde, después de entrarse en el debate del fondo, no se puede renunciar al juicio sin el consentimiento del reclamado.

La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio en toda fase del pleito, aún en el recurso e incluso si la petición de recurso no es sellada conformemente a la ley (art. 618, párrafo 2, del Código de procedimiento civil).

Las vías de ataque tienen también reglamentación especial, en materia de divorcio. Así, el recurso, además de lo ya dicho, tiene otros rasgos más, o sea, a diferencia del derecho común donde el plazo de recurso es de quince días, en materia de divorcio el plazo es de treinta días y las partes no pueden renunciar al plazo de recurso (8) (artículo 619, párrafo 1, del Código de procedimiento civil).

Con respecto al divorcio, no se admite la *revisión* (art. 619, párrafo 4 del Código de procedimiento civil).

Hay también vías extraordinarias de ataque como la *contestación de anulación* (si el procedimiento de la citación fue irregularmente cumplido o la sentencia se dictó violándose disposiciones de orden público) y el *recurso bajo control*, que puede entablarse en término de un año desde la fecha en que fue dictada definitivamente la sentencia.

La fecha en que es disuelto el matrimonio por divorcio. El matrimonio se considera disuelto por divorcio solamente desde el día en que se hiciera al margen del acta matrimonial la mención de la sentencia definitiva de divorcio. Puede pedirse esta mención sólo durante dos meses desde la fecha en que la sentencia de divorcio quedase definitiva, por el solo cónyuge que obtuviese el divorcio y que presentará con este fin, al servicio de estado civil del lugar donde se haya contratado el matrimonio, una copia legalizada de la sentencia de divorcio declarada definitiva (art. 39 del Código de la familia) (9).

Resulta pues que incluso después de pronunciarse el divorcio se les otorga a los cónyuges la posibilidad de reconciliarse y de reanudar la vida en común. Si el cónyuge que obtuvo el divorcio no actúa para efectuarse esta mención al margen del acto matrimonial, la sentencia de divorcio queda sin efecto (10).

(8) Además, debe añadirse que, por lo general, el recurso suspende la ejecución.

(9) Hasta las modificaciones hechas al Código de la familia por el Decreto número 779/1966 se consideraba disuelto el matrimonio en la fecha en que la sentencia que había pronunciado el divorcio hubiera quedado definitiva. Aplicábanse las reglas de derecho común en materia de sentencias judiciales. (Art. 377 del Código de procedimiento civil.)

(10) Antes de entrar en vigor el Código de la familia, es decir, bajo el imperio del Código civil, cuando admitíase el divorcio por consentimiento mutuo, pero supuesto a condiciones especiales y con un procedimiento difícil —como por ejemplo, el deber de presentarse juntos los cónyuges delante de la instancia cuatro veces, a trechos de tres meses, la sentencia de divorcio declarada definitiva debía ser transcrita en término de dos meses y con este fin los cónyuges debían.

Otra acción de divorcio ya no podrá fundarse solamente en los hechos comprobados por aquella sentencia. Si una nueva acción de divorcio se funda en nuevos hechos, ocurridos ulteriormente, entonces pueden invocarse en apoyo de esta demanda también los hechos constatados por la sentencia de divorcio.

Cuando el divorcio había sido pronunciado contra los dos cónyuges, cada uno de éstos puede pedir hacerse mención de la sentencia definitiva de divorcio (11).

Efectuándose la mención de la sentencia definitiva de divorcio al margen del acta matrimonial, el procedimiento del divorcio es completo y el matrimonio es, en aquella fecha, disuelto tanto en las relaciones entre los esposos cuanto en sus relaciones de ellos con los tercios.

Todos los efectos que la ley relaciona con la disolución del matrimonio se producen en la fecha en que se hiciera la mención de la sentencia definitiva de divorcio al margen de la acta matrimonial.

Tasas de sello y gastos de juicio. La nueva reglamentación del divorcio estipula una tasa de divorcio bastante grande, una medida más contra la facilidad con que se pide el divorcio. Pero al mismo tiempo la ley establece que en el caso en que se renuncia al proceso de divorcio (por la reconciliación de los cónyuges, por retirada de la demanda, o por haberse efectuado la mención, al margen del acta matrimonial, de la sentencia definitiva de divorcio) restitúyese una mitad de la tasa al que la había pagado. La petición de restitución prescríbese en término de un año, desde la fecha en que haya nacido este derecho.

Por otra parte, el cónyuge culpable de la disolución del matrimonio será obligado por la instancia que, además de la tasa de sello, restituya al otro cónyuge todos los gastos que éste hubiese soportado a causa del proceso de divorcio.

Los efectos del divorcio. Las consecuencias de la disolución del matrimonio por divorcio conciernen tanto las relaciones entre los cónyuges cuanto las entre éstos y los tercios, así como las relaciones entre padres e hijos.

Los cónyuges divorciados son libres a contraer otro matrimonio, inmediatamente (nuestra ley no conoce el plazo de viudez para la mujer), incluso entre sí.

El cónyuge, que con ocasión de contraer matrimonio había llevado el apellido del otro cónyuge, vuelve a adquirir su viejo apellido que

presentarse también juntos. Véase Tudor R. Ropescu —Derecho civil—, 1945, página 287. Resulta pues que las actuales disposiciones legales han cumplido el procedimiento del divorcio por consentimiento mutuo con la severidad de las condiciones pedidas para pronunciarse el divorcio como medida excepcional, dándose, de este modo, cuerpo a la idea central, la de salvar en cuanto sea posible el matrimonio y la familia fundada por él.

(11) Si el cónyuge que tenía el derecho de pedir la mención de la sentencia definitiva de divorcio no pudo hacerlo en término de dos meses a causa de fuerza mayor, tiene otro término de quince días desde la fecha cuando haya cesado el caso de fuerza mayor, apreciado como tal por la instancia judicial (art. 103 del Código de procedimiento civil).

había llevado antes del matrimonio disuelto por divorcio, incluso si éste fuera el apellido adquirido por matrimonio anterior (12). Los cónyuges pueden, sin embargo, convenir que aquello de ellos que durante el matrimonio había llevado el apellido del otro cónyuge continúe llevándolo después de la disolución del matrimonio también. Si los cónyuges no se ponen de acuerdo, la instancia puede, a petición, admitir que el respetuoso cónyuge continúe llevando el apellido del matrimonio, si tiene motivos bien fundados en este sentido (art. 41 del Código de la familia).

En cuanto a la *ciudadanía*, el divorcio no tiene ninguna influencia en ella, así como además el matrimonio tampoco influye la ciudadanía de cualquiera de los cónyuges (art. 4 del decreto núm. 33 del 24 de enero de 1952).

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se refieren principalmente a la división de los bienes comunes y la obligación de alimentos.

En la fecha en que, al margen del acta del matrimonio se hizo mención de la sentencia definitiva de divorcio, cuando cesó pues el matrimonio, cesó también la comunidad de bienes de los cónyuges, aunque estos bienes no hayan sido divididos y su división quedaría por hacerse más tarde. En aquella fecha la propiedad común de los bienes comunes se transforma en indivisión (copropiedad) de derecho común, por cuotas partes, que, a partir de aquel momento, son determinables (13).

La división de los bienes comunes se hace, generalmente, por el acuerdo de los cónyuges, acuerdo que puede ocurrir solamente después de interponer la demanda de divorcio. El acuerdo de los cónyuges debe ser aprobado por la instancia (14).

Si los cónyuges no se ponen de acuerdo, la división de los bienes comunes se hace por sentencia judicial, sea al mismo tiempo con la resolución dictada a la demanda de divorcio, sea ulteriormente, por disyunción de la petición concerniente a la división de los bienes comunes, que será solucionada por pleito aparte.

El criterio que seguirá la instancia para declararse en cuanto a la división de los bienes es el de la contribución de los cónyuges a su adquisición en totalidad y no a la adquisición de cada cosa aparte. Con

(12) El Tribunal Supremo, Colegio civil, Decreto núm. 1389 del 5 de octubre de 1963, "La Nueva Justicia", 1964, 7.163.

(13) En base de esto se admite que los ex-cónyuges pidan, por demanda de contestación, que se les determine las cuotas partes de los bienes comunes sin ser obligados a pedir ellos mismos la división de estos bienes. Decisión orientadora del Pleno del Tribunal Supremo, Decreto núm. 1 del 25 de enero de 1964, en "La Nueva Justicia", 1964, 3, pág. 114.

(14) La instancia debe verificar si el acuerdo de las partes no persigue algo ilícito, o no es el resultado de, un vicio de consentimiento. Véase la Decisión Orientadora del Pleno del Tribunal Supremo, Decreto núm. 12 del 18 de diciembre de 1958, con respecto al control de las instancias judiciales sobre las actas de disposición de las partes en el curso del pleito civil. La colección de Decisiones, 1958, pág. 32.

esta ocasión la instancia aprecia el trabajo de la mujer en la hacienda y en el criar de los hijos como contribución al cumplimiento de los deberes del matrimonio y por consiguiente en la comunidad de bienes, lo que tiene la misma importancia como el resultado del trabajo remunerado del marido y, por tanto, con ocasión de establecerse los derechos de los cónyuges sobre los bienes comunes, todo esto se tomará en cuenta.

En virtud de la presunción de que todos los bienes gananciales se convierten en la fecha de su adquisición, en bienes comunes, se llega a la consecuencia de que, aunque en el momento de la adquisición de los bienes, los cónyuges estuviesen separados en hecho o los respectivos bienes fuesen pagados solamente del salario de uno de los cónyuges, sin embargo, aquellos bienes resultan comunes, pero estas circunstancias van a ser tomadas en cuenta en el establecer de las cuotas partes de cada uno de los cónyuges. Puédese llegar también a la situación de que si uno de los cónyuges no ha contribuido bajo ninguna forma en la adquisición de los bienes comunes, éste no tendrá ningún derecho sobre estos bienes (15).

La obligación del alimento. Hasta la fecha en que se haya hecho mención en el acta de matrimonio de la sentencia definitiva que haya pronunciado el divorcio, el matrimonio es vigente, y los cónyuges tienen todos los derechos y deberes que del matrimonio derivan. Sin embargo, durante el procedimiento de divorcio, cuando las relaciones entre los cónyuges ya no son regulares, la instancia podría verse obligada a tomar ciertas medidas provisionales a este respecto. Aunque no exista un texto especial concerniente a las medidas provisionales que la instancia puede dictar para el trámite de procedimiento del divorcio, la solución es necesaria en virtud de las disposiciones del Código de procedimiento civil que prevé que la instancia pueda dictar medidas paliativas en casos urgentes, "para prevenir ciertos daños inminentes y que no podrían ser recuperados". Claro que tales medidas son absolutamente necesarias en aquellos casos urgentes dictados por la evidente necesidad de asegurar los medios de subsistencia del cónyuge necesitado por incapacidad de trabajar. Esta solución es tanto más necesaria cuanto, en las actuales condiciones, el pleito de divorcio dura un período de tiempo mucho más largo, durante el cual los cónyuges siguen estando obligados a prestarse apoyo material recíproco en su calidad de cónyuges.

Después de la disolución del matrimonio, la obligación de mantenimiento persiste, pero en nuevas condiciones, o sea:

- Tiene derecho de alimentos solamente aquello de los ex-cónyuges que está necesitado.
- La necesidad debe resultar de la incapacidad de trabajar.
- La incapacidad de trabajar haya intervenido antes del matri-

(15) El Tribunal de la Capital, Colegio III civil, decisión núm. 615 del 2 de abril de 1960, en "La Legalidad Popular", 1960, 10, pág. 101.

monio o durante el matrimonio o en término de un año desde la disolución del matrimonio, pero en este último caso es necesario que la incapacidad se haya debido a una circunstancia relacionada con el matrimonio.

— El otro cónyuge no se encuentre en imposibilidad de prestar alimentos.

En lo que concierne la cuantía de los alimentos, ésta puede llegar hasta un tercio del rédito en neto del cónyuge obligado a su pago, según la necesidad del que los pide y los medios del que los ha de pagar. Pero estos alimentos, junto con los debidos a los hijos, no podrá superar la mitad del rédito en neto del cónyuge obligado a prestar los alimentos.

El derecho de alimentos cesa en el momento en que el cónyuge que tenía el derecho de recibirlas contraiga nuevo matrimonio.

Cuando el divorcio se pronuncia por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, no puede éste recibir alimentos del otro cónyuge más que durante un año desde la disolución del matrimonio. Si los dos cónyuges hayan sido considerados culpables del divorcio, el derecho de alimentos no se limita a un año, sino dura tanto que se cumplen las condiciones legales, y a lo más, hasta el nuevo matrimonio del que tenía derecho de alimentos (art. 41 del Código de la familia).

Otro aspecto de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, también afectado por el divorcio, es aquel concerniente al beneficio del contrato de alquiler de la vivienda común.

Los efectos del divorcio en cuanto a las relaciones entre padres e hijos.

El vínculo de filiación, basándose en el vínculo de sangre, sobrevive a la disolución del matrimonio, y los derechos y deberes de los padres no son modificados en su contenido.

Sin embargo, la situación de los hijos padece cierta modificación como consecuencia del divorcio de los padres. Por consiguiente, la ley estipula ciertas medidas destinadas a reducir, en cuanto posible, los efectos desfavorables del divorcio sobre los hijos.

La ley pide que por la misma sentencia de divorcio se solucione el problema del cuidado de los hijos menores de edad por uno de los padres, tomándose por esto en cuenta los intereses de los hijos, reflejados en las más diversas circunstancias, tales como: la culpa de uno de los padres en provocar el divorcio, la edad de los hijos, la particular afección por uno de los padres más que por el otro, las condiciones de vida que pudiera ofrecer al hijo cada uno de los padres, etc.

Claro que los padres pueden ponerse de acuerdo en cuanto al cuidado de sus hijos menores de edad, y su acuerdo, que puede ocurrir en toda fase del pleito, incluso en el recurso, produce efectos solamente si es aprobado por la instancia (art. 42, último párrafo del Código de la familia). Si los padres no se ponen de acuerdo, va a decidir la instancia judicial.

Para decidir cuál de los padres va a tener la obligación del cuidado

de los hijos menores de edad, la instancia debe oír a los padres, a la autoridad tutelar e incluso a los hijos que hayan cumplido los diez años de edad.

El interés de los hijos hace a veces necesario que el cuidado de los hijos no quede en carga de uno de los padres, sino a unos parientes o a otras personas o a instituciones de protección.

La situación creada por divorcio pide una reglamentación especial del ejercicio de los derechos y deberes patrios. Así, el padre que tiene la obligación del cuidado del hijo, ejerce en cuanto a éste los derechos patrios. Por ejemplo, la prerrogativa de los derechos patrios que permite al padre *mantener al hijo a su lado*, pertenece solamente al padre que tiene la obligación de su cuidado. El otro padre conserva el derecho de tener relaciones personales con el respectivo hijo y de velar su crianza, educación, enseñanza, preparación profesional; a virtud de estas prerrogativas, el padre que no tiene la obligación del cuidado del hijo puede pedir el decaer de sus derechos del otro padre o el otorgar del cuidado del hijo a otra persona o a una institución de protección.

Con ocasión de pronunciarse el divorcio, plantease el problema de fijarse la contribución de cada uno de los padres a los gastos para la crianza, la educación, la enseñanza y la preparación profesional de los hijos, sin distinción del padre que tenga la obligación del cuidado del hijo. Los padres pueden convenir en cuanto a eso, y su acuerdo debe ser aprobado por la instancia. En el caso en que los padres no se pongan de acuerdo, va a decidir la instancia, tomando en cuenta los intereses del hijo menor de edad.

El padre que tiene la obligación del cuidado del hijo menor de edad tiene el derecho de administrar los bienes de éste (art. 43, párrafo 1 y art. 105, párrafo 1 del Código de la familia). Si otra persona o una institución de protección es la que tiene la obligación del cuidado del hijo, el derecho de administrar sus bienes permanece también a los padres y la instancia va a decidir cuál de los dos va a administrarlos y a representarle en las actas civiles (si el hijo no haya cumplido los catorce años de edad) o a aprobarle las actas que hubiese contraído (si haya cumplido los catorce años de edad).

Todas las medidas concernientes a las relaciones entre hijos y padres divorciados pueden modificarse por la instancia en tanto que cambien las circunstancias que las haya provocado; puede informar la instancia a este respecto cualquiera de los padres, el hijo que haya cumplido los catorce años de edad, la autoridad tutelar o una institución de protección.

Todas las modificaciones descansan siempre en los intereses del hijo menor de edad.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALEALADEJO, Manuel: «**Compendio de Derecho civil**». Librería Bosch, Barcelona, 1970; 623 páginas.

Ha aparecido recientemente la tercera edición del texto de Derecho civil que, en su día, el Profesor Albaladejo redactó para las Facultades de Ciencias Políticas Económicas y Comerciales. La nueva edición constituye una auténtica re-elaboración de la obra y no una simple reimpresión con algunos retoques. En efecto, el autor prosigue el empeño comenzado ya en su segunda edición, de sintetizar lo más posible el contenido de este Compendio. Se suprime apartados y se refunde el contenido de los mismos a lo largo del texto. Así se consigue abreviar éste en 155 págs. Y, sin embargo, se mantienen las cualidades de las anteriores ediciones: la claridad unida al tratamiento de lo esencial. En esta edición se suprime del título la referencia a las Facultades de Ciencias Políticas Económicas y Comerciales indicándose así lo que ya resultaba evidente: que el ámbito de este Compendio supera su destino originario. Se trata de una obra útil para cualquier universitario, incluidos los de las Facultades de Derecho, así como para cualquier persona profana en la materia. Atendiendo a esta nueva perspectiva, las partes del Derecho de Familia y del de Sucesiones han sido las menos afectadas por la reducción llevada a cabo, ya que estos eran los capítulos inicialmente más abreviados (en la 2.^a edición), como menos esenciales para un estudiante de las Facultades de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales.

RODRIGO BERCOVITZ

BERCOVITZ, Alberto: “**Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho alemán**” (con una referencia final al Derecho español). Madrid, 1969, XXIX + 645 págs.

I

La mayoría de los sectores del Derecho Mercantil tienden a expandirse en amplios horizontes que exceden, con mucho, el estrecho marco de las fronteras nacionales. Esta vocación universal del Derecho Mercantil en conjunto, se manifiesta con particular fuerza en el sector de la Propiedad Industrial, y específicamente dentro de la rama del Derecho de Patentes. Esto explica que exista un Convenio Internacional que regula estas materias, que haya países que han unificado en buena medida su legislación sobre patentes, y que se haya publicado una Ley-tipo so-

bre patentes para los países en vías de desarrollo. De ahí la favorable acogida que ha tenido el libro de BERCOVITZ en el ámbito internacional (*).

Pero prescindiendo de su valor genérico como estudio del Derecho de Patentes, la obra que nos ofrece BERCOVITZ representa un hito en la bibliografía jurídica española por diversas razones:

a) En primer término son escasísimas las obras de derecho material de patentes publicadas en España (el mismo BERCOVITZ indica que sólo han aparecido dos en los últimos veinte años). Las razones de esta penuria doctrinal son muy variadas y complejas: falta de desarrollo técnico-industrial de nuestro país hasta el presente, defectuosa regulación del tema en el Estatuto de la Propiedad Industrial, dificultad del tema, etc. Pero con independencia de las causas que la hayan provocado, lo cierto es que en materia de Patentes existía en España un vacío casi total. Por esto la obra de BERCOVITZ contribuye a llenar una laguna que se hacía más sensible a medida que avanzada nuestro proceso de desarrollo.

b) En segundo lugar, la obra de BERCOVITZ ve la luz en un momento en que el legislador intenta poner al día nuestra defectuosa legislación sobre patentes, adaptándola a las nuevas necesidades y a las corrientes más modernas. En efecto, a finales de 1967 se publicaba un Anteproyecto de Ley de Patentes elaborado por el Instituto de Estudios Políticos. Y recientemente en el seno del Ministerio de Industria, la Comisión para la Reforma del Estatuto de la Propiedad Industrial ha ultimado un nuevo Anteproyecto de Ley de Patentes. No cabe duda de que la obra que hoy comentamos puede representar una valiosa ayuda para el legislador. Igual que podrá representarla en el futuro para el que tenga que aplicar o estudiar el Derecho de Patentes en España.

c) El libro de BERCOVITZ es importante, en tercer lugar, porque escoge como punto de referencia el Derecho de Patentes alemán. Ciertamente la legislación alemana de patentes no es de las más antiguas. Antes de que se promulgase la primera Ley de Patentes alemana en el año 1877, ya existían Leyes de Patentes en otros países. Pero a pesar de su carácter relativamente reciente, el Derecho de Patentes alemán ha sido objeto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial que suscita admiración en todo el mundo. Así lo indica BERCOVITZ al exponer los tres argumentos que justifican un estudio del Derecho alemán (p. 28-29).

d) Finalmente, la calidad del libro viene avalada por el prestigio de BERCOVITZ como experto en cuestiones de patentes. En la actualidad sin duda puede ser calificado como uno de los más destacados especialistas españoles en esta difícil parcela de la Propiedad Industrial. Basta recordar para ello sus trabajos sobre temas de Derecho de Patentes aparecido en la "Revista de Derecho Mercantil".

(*) Pueden verse, por ejemplo, las elogiosas reseñas que del mismo hacen KUNZ (en la revista *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil* 1969, p. 270) y PLAISANT (en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 1969, p. 1185).

II

Condensar en el breve espacio destinado a una recensión la gran cantidad de ideas que aporta el libro recensionado, sería una tarea casi imposible. No es nuestra intención aventurarnos en tan arriesgada empresa. Tan sólo intentaremos ofrecer un esquema del contenido de la obra y de los puntos más importantes a nuestro juicio.

El libro de BERCOVITZ se compone de 28 capítulos, que van precedidos de una nota preliminar en la que el autor justifica —con argumentos convincentes— la elección del tema y el método empleado. Aunque todo intento de sistematizar una obra ajena puede parecer arbitrario, creemos que en el libro de BERCOVITZ se pueden distinguir tres partes. En primer lugar una introducción en la que se plantea el objeto de la investigación y se ofrece una panorámica general del Derecho de Patentes alemán. En segundo término los capítulos dedicados al análisis de los requisitos (que BERCOVITZ llama positivos) de patentabilidad. Y finalmente, una tercera parte en la que se exponen los resultados de la investigación poniéndolos en relación con el Derecho español vigente en la materia. Veamos separadamente cada una de estas partes.

A) Primeramente se aclara la importancia y significado del Derecho de Patentes. En este sentido afirma certeramente BERCOVITZ (página 23) que el Derecho de Patentes regula las relaciones entre el individuo y la sociedad en lo relativo a la génesis y explotación de la técnica industrial. A continuación se expone esquemáticamente la evolución y contenido del Derecho de Patentes alemán que culmina con el texto refundido de 2 de enero de 1968 (reformado ligeramente por la posterior Ley sobre protección de las variedades vegetales). Como la protección de las invenciones se realiza a través de la patente, en el capítulo III se analizan las tres clases de requisitos que deben concurrir para que se conceda la patente: requisitos objetivos (que debe reunir el objeto de la invención), subjetivos (que deben concurrir en el que solicita la patente), y formales (características que deben reunir la propia solicitud entendida como conjunto de documentos —*Anmeldung*—) (p. 51).

Los requisitos objetivos se denominan también requisitos de patentabilidad. BERCOVITZ los divide en positivos y negativos. Los primeros se refieren al objeto de la invención; los segundos se relacionan con la exigencia de que la invención positivamente patentable no caiga bajo ninguna de las prohibiciones de patentar establecidas por la Ley (página 56). Ahora bien, al respecto —a mi juicio— cabe preguntarse si los llamados "requisitos negativos" de patentabilidad son auténticos requisitos de patentabilidad o representan simplemente excepciones u obstáculos a la patentabilidad como subrayan la doctrina y jurisprudencia alemanas. Por último, se enumeran los requisitos de patentabilidad que, según la doctrina alemana, debe reunir la invención. Estos requisitos son los siguientes (p. 73): ha de tratarse de una regla para el obrar humano, industrial, útil, ejecutable, nueva, que tenga altura inventiva y que represente un progreso técnico.

B) La segunda parte (capítulos VI a XXV), que está dedicada al análisis y crítica de los requisitos de patentabilidad propuestos por la doctrina alemana, constituye el núcleo de la investigación. En algunos casos el estudio es totalmente exhaustivo: así, por ejemplo, el análisis de la prioridad y sus causas modificativas que comprende desde la página 351 a la página 463; o el detalladísimo estudio de la novedad de la invención, parte que por sí sola podría constituir una monografía independiente porque abarca un total de 158 páginas (pág. 140 a 298).

En primer término, se analizan las características de la invención como regla que proporciona la solución de un problema concreto. Lo cual permite al autor establecer la diferencia con el "descubrimiento" en sentido estricto (p. 84 y ss.).

En los dos capítulos siguientes (VII y VIII) se estudia la necesidad de que la invención sea ejecutada con medios industriales. Hoy en día el uso de medios industriales comprende la utilización no sólo de las fuerzas de la naturaleza inorgánica, sino también de las fuerzas de la naturaleza orgánica. Por esta razón, analiza BERCOVITZ la posible patentabilidad de los procedimientos de producción de animales y vegetales (página 101 y ss.). En este interesante capítulo quizás se eche de menos una más precisa caracterización de las llamadas "simples indicaciones al espíritu humano" (p. 97 y ss.) y un análisis de la patentabilidad de los productos químicos y medicinales.

Analiza a continuación BERCOVITZ el requisito de la ejecutabilidad de la invención. Rechaza, en cambio, el requisito de la "repetibilidad" (página 112) por entender —a mi juicio con razón— que se encuentra incluido dentro del concepto de ejecutabilidad.

Por lo que se refiere a la utilidad de la invención (capítulo X), distingue BERCOVITZ entre utilidad "industrial" y "social". No considera la primera como requisito de patentabilidad. Pero reconoce tal carácter a la utilidad social entendida, como aptitud de la invención para satisfacer necesidades humanas. Según BERCOVITZ, es incongruente que la sociedad se preocupe de conceder un derecho sobre algo que no afecta a la vida social (p. 133).

Los capítulos X a XVII están dedicados al estudio de la novedad. Si toda la obra destaca por su minuciosidad y rigor científico, estas características se acentúan en los capítulos mencionados. Algunos temas se estudian exhaustivamente; por ejemplo, el concepto de impreso (p. 174) y su carácter público (p. 193 y ss.). Reviste gran interés el análisis de los actos de utilización de la invención que destruyen la novedad, dentro de los cuales se distingue entre actos de utilización mediata e inmediata (p. 216 y ss.). Con gran profundidad se examinan los casos en que la utilización anterior se considera notoria y destruye la novedad (p. 234 y ss.). Y, por último, se destaca la importancia y características de los actos de utilización anteriores que no perjudican la novedad de la invención.

Terminado el análisis de la novedad, el autor dirige su atención al requisito de la altura inventiva (capítulos XVIII y XIX). Acertada-

mente afirma BERCOVITZ que este requisito significa que la invención debe compararse con el estado de la técnica en su conjunto (p. 307 y ss.). Esta afirmación lleva a BERCOVITZ a negar que la altura inventiva sea un requisito de patentabilidad y considerarla como un concepto complementario de la novedad. Según BERCOVITZ, la novedad debe entenderse en un sentido amplio que comprenda la novedad explícita y la novedad implícita. Sin embargo, bien miradas las cosas, BERCOVITZ sigue exigiendo la altura inventiva como requisito de patentabilidad, aunque bajo el nombre de "novedad implícita". Por otra parte, parece discutible su concepto amplio de novedad, pues en otros ordenamientos se percibe con claridad cómo la exigencia de novedad no lleva consigo la exigencia de altura inventiva. Esto puede comprobarse, por ejemplo, en el Derecho francés tradicional anterior a la Ley de 1968, aunque BERCOVITZ (p. 513) encuadra el ordenamiento francés tradicional entre los sistemas que exigen la novedad en sentido amplio.

Por último, analiza BERCOVITZ el progreso técnico y la prioridad. Al primero le niega carácter de requisito de patentabilidad (p. 344), afirmación que parece bastante dudosa. Por el contrario, considera la prioridad como un requisito de patentabilidad y no como una simple exigencia relativa al documento de la solicitud (p. 358). El examen del requisito de la prioridad es particularmente profundo y alcanza un notable grado de minuciosidad, por ejemplo, al determinar la fecha de prioridad (p. 402-404). Como causas de modificación de la prioridad, analiza en los capítulos siguientes la prioridad unionista, la prioridad derivada de una exposición, y la sustracción de una invención (aunque a esta última le denomina usurpación). En los tres supuestos mencionados, la fecha de prioridad a la que debe referirse el examen de la novedad de la invención, es anterior a la fecha de presentación de la solicitud. Dadas las repercusiones universales del tema, presenta gran interés el estudio de la prioridad unionista que el autor realiza con gran rigor y precisión (p. 411 y ss.).

C) En los capítulos **XXVI** y **XXVII** BERCOVITZ expone sintéticamente el juicio que le merecen los diversos requisitos de patentabilidad, y establece su propia clasificación sistemática. Como conclusión general define la invención patentable como "regla para el obrar humano, industrial, ejecutable, útil y nueva en la fecha de prioridad" (p. 493). En el último capítulo (**XXVIII**) ensaya la aplicación de su clasificación sistemática al Derecho español. Como puntos de referencia toma los correspondientes preceptos del Estatuto de la Propiedad Industrial, y del Anteproyecto de Ley de Patentes elaborado por el Instituto de Estudios Políticos.

III

En su conjunto, el libro de BERCOVITZ representa un modelo de investigación del más exquisito rigor científico. Las opiniones propias y ajenas se apoyan en un riquísimo elenco jurisprudencial que com-

prende más de 500 sentencias, autos y resoluciones. También es de resaltar la rica bibliografía utilizada, aunque en ocasiones se echa de menos algún trabajo moderno sobre puntos concretos. El estilo del libro es ágil y brillante. Y aunque a veces pudiera parecer reiterativo, esta impresión se desvanece en cuanto se avanza en su lectura.

Aunque en el libro se estudia fundamentalmente un ordenamiento extranjero, la obra no posee carácter puramente expositivo. BERCOVITZ formula sus propios puntos de vista y los justifica con una sólida argumentación. Esta le lleva incluso a enfrentarse en determinados puntos con la doctrina alemana dominante. Así, por ejemplo, cuando niega carácter de requisitos de patentabilidad a la altura inventiva o al progreso técnico (p. 469 y 473); cuando afirma que los certificados de adición deben presentar todos los requisitos de patentabilidad frente a la patente principal (p. 397); cuando destaca que la utilización de la invención que destruye la novedad, se refiere a la invención misma como idea (p. 208), etc. Aunque en mi opinión muchas de las tesis son plenamente aceptables, en otros casos parecen discutibles; pero esto contribuye a resaltar el valor científico de su aportación.

No cabe pasar por alto tampoco otro mérito importante del libro de BERCOVITZ. En él se proporciona un instrumento de trabajo fundamental como es la traducción de los términos técnicos del Derecho de Patentes alemán. Así, el libro contiene una versión castellana de parte de la Ley alemana de patentes y un pequeño glosario de términos técnicos. En pocos casos puede sugerirse una traducción técnicamente más precisa. Entre estos cabe citar el parágrafo 7 de la Ley en el que traduce *vererben oder veränssern* por "heredar o transmitir"; cuando a mi modo de ver habría sido más correcto emplear las expresiones: transmitir "mortis causa" o "inter vivos". Tampoco parece demasiado afortunada la versión castellana del término *Verwirkung* (que el autor traduce por "caducidad", p. 539). El término "caducidad" tiene en español un significado técnico muy preciso; tal vez sería más oportuno en este caso, traducir la palabra *Verwirkung* por "pérdida de efectos". Estas pequeñas observaciones críticas (y alguna otra que podría hacerse) carecen de todo relieve si se piensa que el autor utiliza innumerables términos técnicos alemanes a lo largo de las 645 páginas de su libro.

En definitiva, creemos cumplir con un ineludible deber científico al recomendar la lectura del libro de BERCOVITZ a los estudiosos y prácticos de la Propiedad Industrial, y en especial del Derecho de Patentes. Y no sólo a ellos, sino a cuantos tengan interés por comprobar el rigor científico que puede alcanzar una investigación jurídica. Tan sólo resta esperar que el libro sea la semilla que haga florecer nuevos estudios en este importante sector del ordenamiento jurídico.

JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADE

Profesor Adjunto de Derecho Mercantil
en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela

DUDEN, Konrad: "Der Gestaltwandel des Geldes und seine rechtlichen Folgen." Karlsruhe, 1968. Verlag C. F. Müller. Un volumen de 27 páginas.

Que la "moneda" evoluciona es algo incontrovertible; por lo cual, se derivan unas consecuencias jurídicas desde el punto de vista de las relaciones económicas y financieras.

Sin embargo, en la doctrina alemana la diferenciación entre "dinero" (Geld) y "moneda (Währung), si bien se toma en cuenta y es neta su distinción, no tiene el alcance ontológico que, a mi juicio, las deslinda a ambas, aunque en definitiva sean la expresión de un mismo "bien" con su ambivalencia congénita: el dinero como la expresión de la unidad ideal abstracta, el género universal e impermeable; la moneda, el dato empírico, la parte alicuota representativa de esa unidad, su especie concreta.

Si el dinero en cuanto unidad de medida del mundo patrimonial es un poder abstracto —un concepto o idea universalmente aceptada—, que transciende a cada ámbito nacional y socialmente estructurado políticamente, es porque su materialización toma el cuerpo de una moneda, en cuanto dato temporalizado, en cuanto bien específico y dinámico propio de cada pueblo. Que haya tantas monedas como expresión de una organización económico-financiera y bancaria de cada país, y que su calidad sea "fuerte" o débil, depende más de la organización de las fuentes de riqueza, de su potencial humano y fuerzas productoras, que de su propia naturaleza atributiva como "dinero", en cuanto unidad de valor o de medida, medio de cambio o instrumento de pago.

Llegamos así a comprender que el concepto de "dinero" no evoluciona; es una noción que se ha hecho universal en el hombre que convive al partir de un sistema o economía de división del trabajo, y que la intuye perfecta y clarividentemente. Por el contrario, la expresión empírica y materializada de esa idea del dinero, la "moneda", sí evoluciona, sufre transformaciones, alteraciones, consiguiendo, según la madurez social de un país y de las técnicas de mercado, una expresión más idónea, más perfecta, para lograr componer y cuajar ese "bien jurídico" que es el dinero (1). Si la moneda, con el paso de las civilizaciones, de materia rústica (piedras preciosas, metales), se ha ido convirtiendo en formas más abstractas (papel, mera escritura contable), su última evolución, la llamada "moneda de giro o bancaria" (Währungsbank), es el hallazgo más reciente, si bien carezca todavía de la categoría de "dinero", propiamente dicho. Ocurre algo así como con el billete de banco, que en un principio, tan sólo era un título-valor privado; sin embargo, usualmente funcionó como moneda y, posteriormente, adquirió la categoría

(1) Un desarrollo más amplio en nuestro ensayo *El dinero como bien jurídico*, en "Estudios de Derecho Civil", en honor del profesor Castán, IV (Pamplona, 1969), págs. 87 y ss.

de dinero, al concedérsele normativamente pleno poder liberatorio para los pagos.

Después de estas observaciones, creo que se puede entrar en el examen del estudio del profesor DUDEN, el cual, a pesar de su brevedad —por haber sido una conferencia—, nada le resta a su gran calidad, profundidad y contribución a la teoría del dinero, especialmente por lo que se refiere a esta nueva modalidad denominada “dinero bancario” (Bankgeld) y que se contrapone al “dinero estatal” o del gobierno (Staatsgeld o Regierungsgeld) y que, hoy en día, nos dice, llega a sustituirlo en tal medida que no duda en afirmar que “el dinero actual es fundamentalmente dinero bancario” y que “el dinero estatal, o. mejor, del gobierno, carece de importancia o juega solamente un papel secundario” (pág. 6) (2). De aquí que este ilustre profesor establezca el contraste entre el dinero propio, o en sentido estricto (das eigentliche Geld), en cuanto medio legal de pago, y el dinero bancario (Bankguthaben), o dinero en sentido amplio, cuando se trata del dinero que usualmente se emplea para el tráfico de pagos (como el de una simple transferencia bancaria la apertura de una cuenta corriente bancaria, el descuento, etc.).

Este autor no podía menos de establecer las diferencias entre lo que denomina dinero bancario y dinero de curso legal; mientras este último circula, el dinero bancario no se mueve; su operación más simple, como la de una transferencia de un titular a la de otro en el mismo banco, no es una cesión, sino una mera constitución de crédito; cuando un banco descuenta una letra, o cuando abre a un cliente una cuenta corriente de crédito, o cuando un banco central concede un crédito de caja a un banco local, con el que puede realizar pagos, en todos estos casos —dice el profesor DUDEN— se crea dinero. Ahora bien, cuando este crédito es pagado —añade (pág. 9)— desaparece el dinero. De aquí que compare al dinero bancario con un molusco gigante que se expande y contrae dentro de la unidad del aparato bancario.

Es más, los llamados “fondos de garantía del dinero” (Deckung des Geldes) ya no son el oro u otros cualquiera (divisas) que se suelen usar para aquella finalidad, sino determinados valores patrimoniales. Esto conduce al profesor DUDEN a concluir que el jurista actual puede decir: el dinero ya no queda cubierto por unos valores determinados, vinculados para garantizar una seguridad objetiva u obligatoriamente, sino dentro de la órbita jurídico-empresarial; una auténtica empresa bancaria es el fondo de garantía del dinero bancario (pág. 10).

En definitiva —añade—, el poder pagar (liquidez) aparece ya como dinero, como una forma o modalidad de dinero (pág. 11); la determinación de la exactitud de tales relaciones corresponde a la problemática de la ciencia económica, si bien es necesario pensar en la posibilidad de las normas jurídicas que lo establezcan y conformen (pág. 12).

(2) También es puesto de relieve, entre nosotros, por GARRIGUES, *El dinero y la deuda bancaria*, en “Revista del Foro Canario” (1957), págs. 9 y ss.

El profesor DUDEN recuerda cómo el tratamiento del dinero es poco examinado por los juristas. Cuando se recurre a una teoría jurídica del dinero se hace a partir de KNAPP, de su teoría estatal del dinero ("Staatliche Theorie des Geldes", 1905), donde concretó que sólo es dinero el que se crea por el Estado; el otro dinero, el dinero privado (Privatgeld) o entra en el sistema, permaneciendo al margen, sin mayores consideraciones, así como todo lo correspondiente al ámbito del crédito. Igualmente ocurre en tratadistas posteriores, como NUSSBAUM, WOLFF, MANN, JUNG, NEUMAYER, REINHARDT y SIMITIS (3). Solamente para los prácticos o profesionales del ámbito financiero público, como HÖPKER-ASCHOFF, se abarca en sus estudios una mayor dimensión de las situaciones del dinero, considerándolo inseparablemente de las relaciones crediticias y con los problemas que actualmente plantean.

El profesor DUDEN hace ver cómo hoy en día los billetes del banco central, o la emisión de billetes, no tienen en el mercado financiero el rango principal, ya que según él, no es un negocio único del banco central a pesar de que sea exclusiva la operación de acuñación. Los demás bancos tan sólo pueden manejar su dinero (dinero de "segundo orden"), el creado dentro de sus propios libros (pág. 14).

Otra característica, que el profesor DUDEN pretende deducir, es que la emisión de papel moneda, verdaderamente, no supone ninguna facultad política, tal como determina la propia ley bancaria federal (§ 14); no es más que un mandato teórico que prácticamente resulta dudoso, puesto que las emisiones no son un instrumento de la política monetaria; su significación es otra: ese derecho especial de la banca central tan sólo le asegura *de facto* —únicamente cuando el tráfico necesita billetes o monedas— y actúa como banco de bancos en la posición de tenedor absoluto de una "liquidez indudable".

En cuanto existe una organización centralizada de los bancos, le parece que el dinero bancario viene a sustituir y a hacer superfluo el dinero como medio legal de pago (pág. 14). En último término —añade—, el privilegio o monopolio de emisión de moneda tiene reconocido un derecho subjetivo privado de protección (§ 823 núm. 1 BGB) y, a su juicio, la esencia del dinero y su papel en el tráfico es más bien un derecho de organización empresarial (pág. 16).

Otra de las características que testifican la actual modalidad de la esencia del dinero son los créditos de compensación de los bancos frente al Tesoro público (pág. 17).

Una cuestión es la que se plantea a propósito de las limitaciones de derecho público y privado en el ámbito de las relaciones y de la actividad del Banco Federal. Para el profesor DUDEN no cabe establecer fronteras entre el dinero de curso legal y el dinero bancario, ni consecuencias públicas y privadas separadamente para ambas modalidades, puesto que el dinero del banco central se caracteriza y se cambia mediante los negocios que contienen el dinero bancario (pág. 20). Entre el dinero

(3) Cfr. BONET CORREA, *El dinero como bien jurídico*, cit., págs. 97 y ss.

del banco central y el dinero de segundo orden discurren caminos que se integran, por lo que llega a la conclusión de que el dinero y el crédito son tanto cosas públicas como privadas; dinero y crédito son una misma cosa (pág. 21 y 22).

Por último, el autor examina cómo el nuevo ordenamiento jurídico monetario de 1948 en la República Federal, así como las relaciones del banco central con los privados es totalmente de carácter público; igualmente ocurre en las materias referentes a los créditos de compensación, las reservas mínimas de los bancos, la política de descuento e intereses, las restricciones de crédito colectivas o cuantitativas, la nueva política "swap", así como la significación que adquieren las instituciones de financiación secundaria para la política del banco central (págs. 23 y ss.). Sin embargo, las relaciones de cooperación entre el banco central y los bancos muestran que no discurren sobre la vía del derecho público y que las relaciones negociales bancarias caen cada vez más dentro de las relaciones de derecho privado (págs. 26 y 27).

Dada la constante evolución que presenta el dinero bancario, el profesor DUDEK no cierra aquí su problemática, si bien dé por concluido, de momento, su estudio. Un estudio, pues, lleno de observaciones de gran sagacidad y profundidad que resulta del mayor interés para civilistas y mercantilistas.

El estudio del prof. DUDEK es un reflejo de la actual tendencia pragmática de la ciencia del derecho alemana. Los juristas de nuestros días huyen de toda concepción teorizante para el análisis o el hallazgo de la norma de conducta privada y de su conformación a la norma de derecho. Una tendencia hacia la jurisprudencia de casos, o de análisis de la complejidad de los intereses en juego, más que de conceptos o paradigmática, es la que domina en la doctrina jurídica alemana occidental del momento actual con la aplicación, en definitiva, de un método más realista en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas del derecho privado.

Cuando el prof. DUDEK se preocupa de encontrar el conjunto normativo que ha de conformar las relaciones económico-financieras en la práctica bancaria está más atento al quehacer cotidiano, a su operatividad usual, a sus finalidades empíricas que preocupado por el encuadre de las nuevas relaciones en el dogmatismo de escuela. Es más, no deja de denunciar el unilateralismo de los más ilustres juristas tratadistas del dinero, cuando han prescindido del análisis del llamado "dinero bancario", de su operatividad como moneda, de su volumen cuantitativo y de su significación económico-jurídica.

El proceso de institucionalización que se observa en el derecho económico —indudablemente producto de la madurez social de un pueblo— queda bien constatado a propósito de la organización bancaria, la cual va adquiriendo mayor importancia en la vida de relación ciudadana, determinando el grado de responsabilidad que cada uno desempeña, sin necesidad del recurso a presiones del poder constituido, y despolitizando más y más aquellas funciones supremas, como la de emisión de moneda, en el fondo, un instrumento normativo de las relaciones patrimoniales.

Esta tendencia hacia la privatización de los derechos, entendidos en su ejercicio como derechos subjetivos y emanados de la organización empresarial, es una nota sobresaliente en el mundo jurídico de la Alemania federal actual, merecedora de que sea destacada. Ello, no obstante, es también un elemento de reflexión para superar cualquier esquema de límites y de fronteras entre lo público y lo privado y entender con toda rectitud su necesaria compenetración y entrelazamiento.

De aquí que el estudio del prof. DUDEN, aunque referido a un aspecto muy concreto del análisis de un instrumento bancario y sus consecuencias jurídicas, no deje de reflejarnos las líneas directrices fundamentales, la metodología y operatividad del jurista actual en función de las nuevas necesidades y relaciones del tráfico patrimonial, de su problemática y temática conflictual con objeto de poder lograr y hallar las soluciones más idóneas y más justas en la vida del Derecho.

José BONET CORREA

PELLA Y FORGAS, José: «Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las ordenaciones llamadas de Sanctacilia». 2.^a edición. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1969. Un volumen de 199 páginas.

Esta obra del ilustre juriconsulto catalán, que cuenta con casi setenta años (su primera edición data del año 1901), puede decirse que ya resulta clásica en la materia y es un exponente de la tradición jurídica catalana, además de haber obtenido un éxito editorial al agotarse rápidamente.

Ahora, con amor filial, D. Ramón Pella toma a su cargo el poner al dia la obra, labor necesaria una vez que está vigente la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. Mas como ésta tuvo como fuente de inspiración y de documentación la magistral obra de su padre, *Derecho civil vigente en Cataluña*, puede decirse que el estudio especializado de las relaciones y servidumbres entre las fincas resulta una fuente más en la que se ha de encontrar el material histórico necesario y las posibilidades de interpretación para tratar de aclarar aquellos puntos que en la actualidad puedan ofrecer una tensión conflictual y el modo de llegar a encontrar su mejor resolución con arreglo a su gran espíritu de justicia.

La obra conserva íntegramente el prólogo inicial y las tres partes en que se dividía originariamente, así como sus apéndices. Además de un prólogo a esta segunda edición, se añaden y completan los apéndices, en los que se contienen el texto articulado sobre servidumbres de la Compilación, así como la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en esta materia y referida a la región catalana. Se han añadido algunos otros elementos afines, pero se suprime el texto de las Ordenanzas del Ayuntamiento de Barcelona sobre edificación, dado su volumen y las alteraciones actuales, además de su escasa referencia a las servidumbres entre fincas.

Cataluña es una de las regiones españolas que más han contribuido a la democratización de la organización de la propiedad, lo que prueba su ade-

lanto y fina casuística en las relaciones inmobiliarias, ya desde antaño. Mientras que muchas de sus modalidades en las relaciones de servidumbre y de servicio fueron adoptadas ya por los juristas medievales y modernos, tanto por su espíritu como por sus contactos y formación en las escuelas y universidades de Bolonia y París, como sucede con la «destination du père de famille», ya adoptada por Cáncer, en el resto de España tendrán que esperar a que se introduzcan por medio de la codificación.

En esta obra, tanto el historiador como el intérprete encontrarán los datos para el conocimiento y la tarea de aplicación y, sobre todo, la ejemplaridad de un espíritu, como el del autor, educado en el más puro amor a los derechos de la persona y del respeto a la justicia conmutativa.

JOSÉ BONET CORREA.

PUIG BRUTAU, J.: «Fundamentos de Derecho civil. IV-II. Filiación. Patria potestad. Adopción. Alimentos. Tutela», Barcelona, 1970. Casa Editorial Bosch. Un volumen de 500 páginas.

El ilustre civilista, D. José Puig Brutau, acaba de dar a la luz pública otro tomo más de su ya conocido y sólido tratado de Derecho civil, correspondiente a la parte del Derecho de familia y, concretamente, sobre el estudio de las materias que afectan a la filiación (legítima e ilegítima), la legitimación, la patria potestad la adopción, la deuda alimenticia entre parientes y la tutela.

La obra, por razón de la materia (estrictamente autóctona), adopta un método expositivo que varía respecto a los volúmenes anteriores, centrándose exclusivamente en nuestro Derecho positivo (común y foral) y jurisprudencial, si bien las únicas concesiones al Derecho comparado que hace el autor sean las legislaciones de Filipinas y de Puerto Rico, principalmente este último país, al cual Puig Brutau está unido entrañablemente, al haber profesado en sus Universidades cursos didácticos y de doctorado, y, donde su obra es texto querido y seguido como indudable magisterio.

La obra de Puig Brutau presenta la doctrina española amplia y minuciosamente en esta materia del Derecho de familia, así como la jurisprudencial. En esta última, quizás, sea donde su aportación resulta más sobresaliente, pues no sólo hace su enunciado, sino que transcribe extensamente su contenido. De este modo, la obra adopta criterios realistas y no de escuela, por lo que se hace eminentemente práctica para los profesionales del Derecho, aspecto que el autor tan bien conoce y ejerce, dadas sus finas dotes de jurisconsulto.

Un índice alfabético de conceptos, otro de sentencias y resoluciones, así como el general, completan este volumen donde los alumnos, los juristas y profesionales del Derecho, aspecto que el autor tan bien conoce y ejerce, dadas sus finas dotes de jurisconsulto.

Un índice alfabético de conceptos, otro de sentencias y resoluciones, así como el general, completan este volumen donde los alumnos, los juristas y profesionales del Derecho hallarán la exposición más completa y actual de las

instituciones familiares, la legislación vigente del Derecho común y de las compilaciones forales, su problemática doctrinal y los fallos jurisprudenciales. Una importante, pues, y seria aportación a la civilística española.

JOSÉ BONET CORREA.

SCHWEIZERISCHES PRIVATRECHT, herausgegeben von MAX GUTZWILLER, HANS HINDERLING, ARTHUR MEIER-HAYOZ, HANZ MERZ, ROGER SECRETANT, WERNER von STEIGER, Erster Band: "Geschichte und Geltungsbereich, herangegeben" von MAX GUTZWILLER, Verlag von Helbing & Lichtenhahn. Basel und Stuttgart. 1969. 739 págs.

Algún lector cuidadoso del ANUARIO podrá extrañar de que ahora demos cuenta del tomo I del Derecho Privado Suizo, cuando hubo de reseñarse su tomo I, Introducción y Derecho de la Persona, hace ya tiempo en este mismo ANUARIO (A. D. C., XX, 4º, octubre-diciembre, 1967, p. 891-894). En aquella reseña se contaba como la Editorial von Helbing & Lichtenhan, que había tenido el honor de publicar la magna obra de Eugen Huber, "Sistema e Historia del Derecho Privado Suizo", pretendió publicarla de nuevo, completamente reformada y puesta al día, encargando su redacción al prof. Mutzner, quien murió sin poder redactar más que las tres primeras entregas del volumen uno. Ahora, para superar dificultades, ha confiado la publicación de la nueva obra a un grupo de eminentes juristas suizos, que a su vez la han distribuido en una serie de trabajos monográficos encargados a especialistas. Concluido antes la tarea correspondiente al tomo II, éste se publicó inmediatamente, sin esperar al tomo I, que no aparece hasta ahora (1).

El tomo I reseñado, abandona también la anterior orientación y sistema. Con más modestia y mayor concreción, contiene cuatro estudios monográficos, de desigual interés para el jurista español.

El trabajo primero debido al prof. ELSENER (Ferdinand) se titula *Fundamentación histórica* (págs. 2-237), y se ocupa de la enseñanza del Derecho, corrientes ideológicas, primeros códigos y proyectos de Códigos de los cantones suizos. Limitado al período de finales del siglo XVIII a principios del siglo XIX, puede interesar a quienes estudien las corrientes del pensamiento jurídico en esa época, tal y como se manifiestan en el suelo suizo. Extraña y no se explica el que no se haya tratado el posterior movimiento jurídico, la codificación federal y el significado de los juristas a quienes ella se debe: ni siquiera lo que significara la figura de Eugen Huber, de universal renombre e importancia.

En segundo lugar viene un estudio de JAGMETTI (Marco), sobre "Derecho privado cantonal reservado" (págs. 241-351) que recoge las especiali-

(1) El retraso parece resultar del cambio de residencia y nuevas obligaciones universitarias de los profesores Broggini y Elsener.

dades regionales subsistentes en Suiza, en materia de Derecho privado, por haber sido reservada o delegada su regulación por el Derecho federal, en favor de los cantones. Las cuestiones tratadas parecen de interés muy limitado, para los juristas no suizos.

Por el contrario, merecen destacarse por su importancia e interés general los otros dos estudios monográficos, sobre las normas delimitadoras de la aplicación del Derecho en el tiempo y en el espacio.

El profesor BROGGINI (Gerardo) se ha ocupado con anterioridad de la duración y cambio del Derecho (2) y ahora publica un estudio monográfico sobre "Derecho privado intertemporal" (págs. 355-507), de notable altura y profundidad. Desde el punto de vista de la política jurídica, atiende a la tensión siempre viva entre las ideas de la irretroactividad y del orden público; la irretroactividad entiende ser norma constitucional no escrita, basada en la garantía constitucional otorgada a la propiedad privada. Encuadra sistemáticamente la problemática del Derecho intertemporal dentro de la general de las normas de aplicación, lo que le lleva a la acentuación de su analogía con el Derecho internacional privado y a entender que, en unas y otras normas se plantea de modo semejante las cuestiones sobre calificación, conexión y cláusula de reserva (orden público). Además, destaca las diferencias entre las normas sobre colisión y las de transición; considerando éstas como un "testium genus" entre las materiales y las de aplicación, pues en ellas se regulan de modo especial y directo situaciones afectadas por el cambio de legislación. El autor pasa después al estudio de las disposiciones generales (los cuatro primeros artículos) y especiales (arts. 5-50) del título final del Código civil suizo; que también ofrece datos y observaciones dignos de consideración.

Se cierra este tomo primero, con el estudio de VISCHER (Paul) sobre *Derecho Internacional Privado* (págs. 511-709). La ciencia jurídica suiza cuenta con notables tratadistas en materia de colisión de leyes. En cambio su fundamental "Ley federal respecto de las relaciones de Derecho civil de los ciudadanos establecidos o residentes" de 1891 (NAG), ha sido generalmente considerada como ya inadecuada para las necesidades modernas. Vischer, por el contrario, no es partidario de que se innove en esta materia. Parece haber quedado convencido por la postura crítica de la escuela norteamericana del "Legal realism" y aceptar su criterio de que "el Derecho Internacional Privado no es materia apta para su regulación sistemática" y, por tanto, no susceptible de una regulación legal sistemática. No obstante esta posición crítica o excéptica, el autor desarrolla su exposición del Derecho suizo siguiendo orden y criterios tradicionales. Las cuestiones llamadas fundamentales se han tratado escuetamente; no se ha considerado la cuestión previa ni la institución desconocida. Contiene, naturalmente, noticias interesantes sobre el Derecho y jurisprudencia suiza; así, sobre la peligrosa extensión dada por el Tribunal federal al concepto de orden público, al efecto de la protección de los intereses

(2) *Dauer und Wandel im Recht*, Z. Sch. R., LXXXIV (nueva serie) I. p. 1.

nacionales en la lucha económica internacional, La parte especial de la monografía está contenida en los siguientes trece capítulos, ordenados siguiendo al Código civil y al Código de obligaciones. Pueden destacarse por el especial cuidado y extensión con el que se examinan, los apartados sobre las personas jurídicas y las obligaciones contractuales (3).

R.

(3) Esta última materia la había tratado el autor, en *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962.

REVISTAS

A cargo de
BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo
MORALES MORENO, Antonio Manuel

DERECHO CIVIL

1. Parte general.

IRTI, Natalio: *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*. RTDP, año XXI (1967); págs. 265 a 275.

El campo de estudio del jurista se reduce a un conjunto de fenómenos lingüísticos, las normas jurídicas. El jurista no observa hechos sino palabras. Por eso llega a afirmarse, que la palabra es el objeto mismo de la ciencia. Junto a esta nomenclatura legal, existe la nomenclatura científica, creada por el jurista para designar a las descripciones de las leyes. Se analizan las clases de nombres.

MERRYMAN John H.: *Lo «stile italiano»: le fonti*. RTDP, año XXI (1967); páginas 709 a 754.

Se examinan en el artículo: la teoría de las fuentes del Derecho, las divisiones más importantes del Derecho, la ideología, el contenido y el ordenamiento del Código civil italiano de 1942.

DE LOS MOZOS, José Luis: *La formación del concepto «ius civilis» en el Derecho Romano*. RGLS diciembre 1969; págs. 529-566.

Se estudia la evolución del *ius civilis* fundamentalmente en el período republicano y del principado. En el período postclásico, se atiende al proceso de «vulgarización». Un apartado final atiende a los antecedentes romanos de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. El trabajo contiene también un epígrafe dedicado a la metodología del *ius civilis* en sus relaciones con la tópica.

SACCO, Rodolfo: *Il sustrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*. RDDC, núm. 2 de 1969, marzo-abril; págs. 115-131.

Se estudia la recepción en los países católicos orientales y en los países ortodoxos, así como la difusión de los modelos legales franceses y austriacos, y de los modelos científicos de la escuela alemana.

SCHMIDT, Folke: *Il metodo astratto nell'esperienza giuridica tedesca. Commenti al sistema del Bürgerliches Gesetzbuch*. RTDP, año XXI (1967); páginas 562 a 585.

Este artículo encierra un doble propósito: De un lado, explicar cómo está construido el sistema alemán de Derecho privado y describir su es-

tructura general; de otro, ofrecer una valoración crítica del mismo, indicando sus deficiencias en comparación con el sistema sueco.

FROSINI, Vittorio: *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*. RDDC, número 3 de 1969, mayo-junio; págs. 227-242.

Partiendo de la concepción decimonónica del sujeto de Derecho, se llega al estudio de la nueva noción de la subjetividad jurídica, que atiende a una ponderación de los intereses a los que ésta debe servir. Para ello se atiende previamente a la crisis del sujeto del derecho y a las diferencias entre persona y sujeto del Derecho.

2. Derecho de la persona.

GALGANO, Francesco: *Riconoscimento della personalità giuridica e discrecionalità dell'autorità governativa*. RDDC, núm. 1 de 1969, enero-febrero; página 46.

El autor atiende a la progresiva transformación del carácter político del reconocimiento de la personalidad por parte de la Administración en una función de carácter técnico. En el último apartado se estudia el ámbito de discrecionalidad con el que cuenta actualmente la Administración en esta materia de reconocimiento.

GRISOLI, Angelo: *Unipersonalità, patrimonio separato, impresa individuale a responsabilità limitata e problemi affini*. RTDP, año XXI (1967); páginas 286 a 296.

El tema de la responsabilidad limitada aparece muy ligado por el autor al de la sociedad de un solo socio. Sobre esta materia el autor hace una serie de consideraciones, destacando un cierto olvido en la literatura jurídica europea que contrasta con la preferencia que muestra la bibliografía de lengua española y portuguesa.

STELLA RICHTER, Giorgio: *Il principio di conservazione del negozio*. RTDP, año XXI (1967); págs. 411 a 429.

El principio de conservación del negocio jurídico se ofrece, en contraste con el parecer de la doctrina prevalente, con un aspecto escueto. Es un principio interpretativo basado en la autonomía de la voluntad y en la exigencia de conservación de la actividad negocial. Queda centrado en el artículo 1.367 del Código civil italiano que ofrece una norma de interpretación objetiva: «En la duda, el contrato o las singulares cláusulas deben interpretarse en el sentido en que puedan producir algún efecto antes que en aquél en que no lo produzcan».

Se estudian, además, sus presupuestos lógicos; relevancia del principio en materia contractual; el problema de su aplicación al negocio en general

y al testamento; el problema de la operatividad del principio en orden a la selección del significado atribuible a la declaración, en presencia de varios efectos, todos relevantes en sentido útil.

ZATTI, Paolo: *L'immissione nel possesso dei beni dell'assente*. RDDC, núm. 3 de 1969, mayo-junio; págs. 243-305.

El trabajo estudia las consecuencias patrimoniales de la declaración de ausencia derivadas de la posibilidad que brinda el párrafo 2.º del artículo 50 del Código civil italiano a los que serían herederos si el ausente hubiese muerto en el día en que se tuvieron las últimas noticias de aquél.

3. Obligaciones y contratos.

GHEZZI, Giorgio: *Autonomia collectiva, diritto di sciopero e clausole di tre-gua*. RTDP, año XXI (1967); págs. 149 a 189.

Se estudia un tipo de cláusulas fijadas en los contratos colectivos por las que las partes pactan no recurrir a la acción directa para conseguir la modificación del contrato antes de tiempo.

MAZZARELLA, Fernandino: *Pagamento e esecuzione forzata (note esegetiche sull' art. 494 c. p. c.)*. RTDP, año XXI (1967); págs. 231 a 255.

El artículo 494 C. p. c. italiano permite, al deudor, evitar el embargo, entregando al oficial judicial la suma por la que se procede, con posibilidad de reservarse la repetición de la suma entregada. La cuestión estudiada surge si no se hace esta reserva. ¿Es posible aplicar, en tal caso, la norma que regula en el Código civil la repetibilidad del pago indebido (art. 2.033)? La naturaleza procesal del artículo 494 C. p. c. explica este interrogante.

Se llega a sostener la imposibilidad lógico-sistématica de extender el artículo 2.033 al caso debatido, profundizando en el principio de que los resultados obtenidos por el acreedor en el proceso ejecutivo deben considerarse estables y definitivos. Sólo resta como posible la excepción que señala el propio artículo 494 C. p. c.

PERA, Giuseppe: *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*. RTDP, año XXI (1967); págs. 190 a 230.

Tras referirse a la actual crisis en esta materia, y a sus posibles soluciones, analiza dos formas de resolver los conflictos individuales de trabajo, procesal y extraprocesalmente.

PERLINGIERI, Pietro: *Le vicende dell'obligazione naturale*. RDDC, núm. 4 de 1969, julio-agosto; págs. 357-394.

El autor se propone un estudio de la obligación natural prescindiendo de una referencia de la misma a la obligación civil y observando los efectos,

propios de dicha obligación, a través de las diversas vicisitudes que pueden afectarla.

CARPINO, Brunetto: *Espromissione cumulativa e fideiussione*. RDDC, núm. 4 de 1969, julio-agosto; págs. 395-406.

El autor atiende a un criterio objetivo para distinguir ambas figuras, rechazando el criterio basado en la causa de garantía para caracterizar a la fianza. Para él, la diferencia radica en la prestación que constituye el objeto de la obligación. En la expromisión, esta es la misma que la debida por el deudor originario; en cambio, en la fianza, el fiador no asume la obligación de otro, sino la obligación de cumplir la obligación de otro.

VISINTINI, Giovanna: *Contributo alle studio della reticenza nella formazione dei contratti*. RDDC, núm. 1 de 1969, enero-febrero; págs. 62-88.

Estudio del dolo negativo en el Derecho romano, en el Derecho intermedio, en la doctrina francesa anterior y posterior al Código, así como en la doctrina italiana bajo el Código de 1865 y bajo el Código actual.

PFLUG, Hans-Joachim: *Die Rückzahlung verlorener Baukostenzuschüsse bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses*. ACP, enero de 1969; páginas 34-66.

El autor busca el fundamento de esta devolución que el ordenamiento alemán impone al arrendador de aquellas cantidades recibidas del arrendatario para la construcción del inmueble arrendado cuando la relación arrendaticia se extingue antes del tiempo previsto. Rechaza la aplicación de diversas teorías: enriquecimiento injusto, impedimentos para realizar la prestación, fin negocial (en el sentido de la teoría de Esser), fundamento del negocio. Termina enlazando este efecto con la teoría de Flume sobre el reparto del riesgo inherente a todo acuerdo de partes.

4. Derechos reales.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel (con la colaboración de Garrido Cerdá y Soto Bisquert): *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*. RDN, abril-junio de 1969; págs. 145-271.

En la primera parte de esta ponencia (de la Delegación española en la III Conferencia del X Congreso Internacional del Notariado Latino), se estudian las fuentes jurídicas del régimen de indivisión de la propiedad inmobiliaria urbana, la organización jurídica de la propiedad horizontal y la fiscalidad aplicable. En la segunda parte se estudian las dos concepciones teóricas de la indivisión inmobiliaria urbana: unitaria y dualista.

OPPO, Giorgio: *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*. RDDC, núm. 1 de 1969, enero-febrero; págs. 1-45.

Se estudia la protección de las propiedades intelectuales en los supuestos de actividad creadora autónoma o subordinada realizada en interés de un tercero.

5. Derecho de familia.

ALONSO PÉREZ, Mariano: *Los alimentos debidos a la viuda encinta*. RGLJ, noviembre 1969; págs. 373-419.

Se estudia el fundamento histórico del artículo 964 del Código civil, la configuración jurídica del derecho de alimentos de la viuda encinta y el alcance práctico de dicho precepto. En las consideraciones finales, se propone *de lege ferenda*, la siguiente redacción para el artículo 964 del Código civil: «La viuda encinta o que crea fundadamente estarlo, deberá ser alimentada a expensas del caudal hereditario del marido, en proporción a los rendimientos de la cuota sucesoria que corresponderá al póstumo si nace viable.

Estos alimentos sólo podrán recaudarse si la viuda acredita el estado de necesidad y que carece de alimentantes con capacidad económica para proporcionarlos.»

KATONA Marta: *Nuovi orientamenti sul divorzio nella legge e nella giurisprudenza della Repubblica popolare d'Ungheria*. RTDP, año XXI (1967); páginas 585 a 606.

Las transformaciones económicas se presentan como punto de partida de la clara transformación experimentada también por la legislación matrimonial en Hungría. En la línea evolutiva que se señala, destaca la Ley IV-1952, que además de dar acogida a la igualdad de sexos dentro del matrimonio, con la consiguiente sustitución del poder marital por el mutuo y acuerdo y de la potestad paterna por la parental, establece el sistema objetivo del divorcio, reemplazando al sistema basado en la noción de culpa.

PINO, Augusto: *Spunti critici sul disegno di legge in riforma del diritto familiare*. RTDP, año XXI (1967); págs. 23 a 69.

Se estudia el Proyecto de ley, «Modificaciones de las normas del Código civil relativas al derecho de familia y a las sucesiones», presentado a la Cámara de Diputados italiana por el Ministerio de Gracia y Justicia en las sesiones del 9 de enero de 1967. Particularmente se consideran las relaciones personales entre los cónyuges. Antes de entrar en esta consideración, y sin duda como reacción entre el ambicioso enunciado del Proyecto, el autor deja sentado que, desde la perspectiva jurídica, la familia no puede ser considerada en el momento presente como entidad unitaria. La familia como entidad unitaria, orgánica, organizada, primigenia, y con fines superiores de orden político, económico y religioso, desaparece hoy y da paso a una serie

de relaciones que vinculan entre sí a las personas, relaciones derivadas del matrimonio y de la procreación.

6. Derecho de sucesiones.

CARRARO, Luigi: *Sulla rappresentazione a favore dei discendenti naturali.* RDCC núm. 4 de 1969, julio-agosto; págs. 323-332.

Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la ampliación del derecho de representación a favor de la descendencia natural, al amparo del artículo 30 de la Constitución.

MORELLO, Umberto M.: *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede.* RTDP, año XXI (1967); págs. 430 a 465.

En el artículo 732 del Código civil italiano, que regula el retracto de coherederos, se plantea un problema interpretativo. ¿Cómo entender la expresión «enajenación de cuota»? Desechado un criterio interpretativo, exclusivamente fundado en reglas lógicas, se entra en el estudio de la «ratio» del precepto. El interés prevalente tutelado por el precepto es, para el autor, un interés propio de los coherederos, considerados como grupo y, por tanto, no necesariamente de carácter familiar. Tras una consideración comparativa de este interés prevalente con otros intereses que entran en juego, se concluye que enajenación debe ser interpretada como venta en el artículo que se considera.

DERECHO NOTARIAL

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel (con la colaboración de Manrique Romero y Molleda y Fernández-Llamazares): *Comprobación notarial de hechos* RDN, abril-junio de 1969; págs. 273-389.

Los epígrafes principales de esta ponencia (de la Delegación española en la IV Comisión del X Congreso Internacional del Notariado Latino) son: la competencia del Notariado latino conforme a la definición del Congreso de Buenos Aires de 1948; la realidad enfocada por la función notarial ;hechos y documentos; el Notario frente al hecho: análisis y comparación de los conceptos de comprobación, fijación y autenticación de hechos; autenticación de hechos; clasificaciones instrumentales y autenticación de hechos; formación de los documentos receptivos de la autenticación de hechos; la autenticación notarial y las garantías del debido proceso; valor jurídico dentro del proceso y fuera del proceso ;y comparación de los sistemas latinos y sajones.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan (con la colaboración de Blanquer Uberos, Martínez Gil y Simó Santonja): *Normas de Derecho Internacional privado aplicables en la transmisión y en la partición de la herencia.* RDN, abril-junio de 1969, págs. 7-69.

Ponencia de la Delegación Española en la I Comisión del X Congreso Internacional del Notariado Latino donde se estudian, como problemas de la

transmisión, las etapas de la adquisición de la herencia, el *ius transmissionis*, la aceptación y repudiación de la herencia, los efectos de la aceptación y la petición de herencia. En los problemas de la partición se atiende fundamentalmente a la Ley de partición y a sus posibles conflictos con la Ley de la sucesión y con las demás que se interfieran en la relación jurídica de que se trate; a los conflictos entre la Ley que regula la disolución de la sociedad conyugal y las que regulan la sucesión y la partición; al modo de acreditarse al Notario autorizante de la partición de las normas necesarias de la sucesión y la última voluntad; a los conflictos que puedan presentarse en caso de no coincidir la *lex successionis* y la *lex testamenti*.

DERECHO MERCANTIL

JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael: *El secreto bancario en el Derecho Español*. RDM, julio-septiembre de 1969.

Señala el autor la necesidad en la vida moderna actual de las relaciones de confidencia entre el Banco y el cliente. Analiza en el artículo el concepto y naturaleza jurídica, fundamento y límites del secreto bancario. Define el secreto bancario como «el conocimiento que posee con exclusividad un Banco en relación con las operaciones que con él realiza un cliente». Carácterística esencial de las operaciones Banco-cliente es la relación de confianza, basada en la buena fe recíproca.

En cuanto a la naturaleza jurídica ésta puede ser varia: el secreto bancario es en su raíz última un *deber moral*, que el Derecho ha concretado en un *deber jurídico*, para convertirse en *obligación jurídica*, al hacerse general. Respecto al fundamento del secreto bancario, el autor expone y critica la teoría del fundamento contractual (Scheerer), la teoría de la existencia de un deber profesional (Hamel), la de la responsabilidad del banquero (Santini), aceptando por último, como más acertada, la teoría del uso interpretativo (Garrigues), según la cual el fundamento del secreto bancario hay que buscarlo en las normas usuales de general vigencia. Acude aquí al artículo 57 del Código de comercio, en relación con los artículos 1.258 y 1.101 del Código civil.

Cuando trata de los límites de la obligación del secreto bancario se refiere concretamente a las limitaciones objetivas respecto a datos de trascendencia en el orden jurídico o en la esfera fiscal. Por lo que se refiere al Derecho español, el artículo 23 de los Estatutos del Banco de España, establece como excepción (límite) «la providencia judicial». No ocurre lo mismo con la Administración tributaria o fiscal, a la que no se le reconoce autoridad para quebrantar el secreto bancario, según el citado artículo 23 del Estatuto del Banco de España y la excepción tercera del artículo 111 de la L. G. T./1963.

GONDRA, José María: *Las «Conferencias» marítimas ante el Derecho de la Competencia*. RDM, julio-septiembre de 1969.

Consta el trabajo de dos partes. La primera se refiere al sistema de la «Concentración» económica en los transportes marítimos, para lograr la limitación o supresión de la competencia. El «cártel», que en el tráfico marítimo recibe el nombre de «Ring» o «Conferencia», se ha manifestado históricamente como la forma de concentración empresarial más eficaz. El objetivo de estas «conferencias» marítimas, cuyas notas esenciales son su naturaleza internacional y la simplicidad y flexibilidad organizativa, es la supresión de la competencia mediante la consecución de una posición monopolística en el mercado, para así, lograr la regulación del tráfico regular de línea.

Los métodos utilizados por las «Conferencias» para la consecución de estos objetivos son: las prácticas limitativas de la competencia interna, y la exclusión de la competencia externa.

La segunda parte del trabajo consiste en el estudio del sistema de las «conferencias» marítimas dentro del marco del Derecho Comparado, y se hace una exposición de su situación jurídica en los ordenamientos de los Estados Unidos, de la Comunidad Económica Europea y de nuestro país.

TILOCCA, Ernesto: *L-organizzazione e la piccola impresa*. RTDP, año XXI (1967); págs. 70 a 148.

En torno a la pequeña empresa la doctrina se ha debatido y, concretamente, la polémica se ha centrado con preferencia en la exigencia de la nota de organización, que vendría a negar a ciertas actividades el calificativo de empresa. El legislador, en el artículo 2.083 del Código civil italiano, la ha considerado presupuesto condicionante del estatuto empresarial, y por ello, se excluye del ámbito empresarial a los trabajadores autónomos.

Continuando en este estudio el autor analiza la objetividad de la organización de la pequeña empresa, concluyendo, al estudiar la estructura de su organización, que no es posible construir una figura unitaria del pequeño empresario, aunque sí sea apreciable la tendencia a fundamentar los distintos tipos de pequeña empresa en la guía directa del empresario, y en su participación personal en el trabajo ejecutivo, con un cierto grado de participación de trabajo y capital extraños.

SPADA, Paolo: *Marchi denominativi: vicende di una categoría giurídica*. RDCC, núm. 2 de 1969, marzo-abril; págs. 140-208.

Comentario en torno a los cambios introducidos al sistema de tutela de las marcas por la Ley de 21 de marzo de 1967.

GARRIGUES, Joaquín: *Estudio sobre el contrato de seguro*. RDM, octubre-diciembre 1969, págs. 527-607.

En esta parte del extenso trabajo sobre el tema, continuación de lo ya publicado en números anteriores de la misma Revista, se aborda el tema

del contrato de seguro contra daños en general. Son apartados del mismo: El interés que se asegura; Infraseguro, sobreseguro y seguro doble; el riesgo; la prima del seguro; la suma asegurada; la duración del seguro; contenido del contrato; el siniestro; deberes del tomador del seguro posteriores al siniestro; consecuencias del incumplimiento de la obligación y de los deberes del tomador del seguro anteriores y posteriores al siniestro; validez y alcance de las cláusulas de caducidad; obligación del asegurador posterior al siniestro; subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra el causante del daño...

FERRARINI, Sergio: *Profili giuridici del trasporto a mezzo di navi traghetti* RDCC, núm. 2, marzo-abril de 1969; págs. 132-139.

En este trabajo se esbozan los problemas jurídicos derivados del transporte de mercancías en vehículos que utilizan naves para salvar una parte del recorrido.

GHEZZI, Giorgio: *Sugli obblighi contrattuali dell'agente di commercio.* RDCC, núm. 4 de 1969, julio-agosto; pág. 333.

Comentario de los artículos 1.746-7 del Código civil italiano, en los que se regulan las obligaciones del agente frente al principal en el contrato de agencia.

DERECHO PROCESAL

1. Parte general

PUGLIESSE, Giovanni: «*Res iudicata pro veritate accipitur*». RTDP, año XXI (1967); págs. 503 a 550.

Se ofrece un panorama histórico de este principio que parte desde Ulpiano, formulador de la regla *res iudicata pro veritate accipitur*, y llega hasta Domat, Pothier y la codificación.

SATTA, Salvatore: *Interpretazione di Calamandrei.* RTDP, año XXI (1967); páginas 397 a 410.

Discurso conmemorativo leído en el aula magna de la Universidad de Florencia el día 30 de abril de 1967, con motivo de la apertura de la séptima asamblea nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil. En él se resaltan los rasgos de la figura de Calamandrei, presentándosele como hombre de estudio y de acción, poeta mártir.

SCHIMA, Hans: *Oggetto del processo e concretizzazione della procedura nell' ordinamento austriaco.* RTDP, año XXI (1967); págs. 296 a 309.

Tras una panorámica a través de los tipos especiales de procedimiento, reconoce el autor que, en el Derecho procesal, la evolución jurídica se ma-

nifiesta en una progresiva diferenciación según las diferentes funciones que tiene que cumplir; mas no se ha de olvidar que el procedimiento ordinario constituye la base de todo procedimiento. Diferenciación implica complicación y sólo es justificable en la medida en que sea útil. Por eso, en el futuro se deben eliminar las diferenciaciones inútiles.

CLAVE DE ABRÉVIATURAS

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquia).

EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

F = El Foro (Méjico).

FG = Foro Gallego (La Coruña).

FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).

IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).

IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).

IJ = Información Jurídica (Madrid).

IM = Ius (Milán).

IR = Iustitia (Roma).

JF = Jornal do Foro (Lisboa).

- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMS = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciel (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

I. Colaboración de Rodrigo BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO

1. PRUEBA DE CONFESIÓN: *La fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás elementos de prueba, y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las otras pruebas, y no con independencia.*

La existencia de contradicciones entre lo manifestado en las diversas confesiones prestadas entre los colitigantes, hace perder a la confesión su valoración de prueba privilegiada.

SIMULACIÓN: *La declaración de simulación de los contratos es una cuestión de hecho atribuida a la libre apreciación del juzgador de instancia, que sólo puede combatirse con eficacia demostrando el error con que han sido apreciados o analizados por aquél los hechos en que ha fundamentado la formación de su criterio.*

SIMULACIÓN ABSOLUTA: *Se declara la simulación absoluta de una compraventa, basándose en la carencia de titularidad sobre el objeto vendido por parte del vendedor ("zona marítima" de una urbanización) y el daño causado consecuentemente a los verdaderos titulares. La demandada (vendedora) había levantado un "plano topográfico" en el que dividía el terreno en parcelas numeradas, separadas por los correspondientes "viales", dejándose además en blanco un espacio amplio con la denominación "zona marítima", plano que se presentó al Ayuntamiento de Manacor, que lo aprobó, todo ello con el evidente designio de que el "plano" sirviera para la urbanización de la zona mediante la venta de las parcelas y reserva de los espacios libres para el uso del procuramiento de vecinos; "declaración toda ella, de hecho, de la que deriva el Tribunal "a quo" la nulidad por simulación del contrato litigioso, al ser, no sólo lesionados, sino abiertamente desconocidos y negados en el mismo todos los derechos civiles de aquéllos". [S. de 29 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

COMENTARIO.—Parece incorrecto apreciar la existencia de una simulación absoluta cuando el vendedor enajena un bien del que no es propietario. En tales casos, el negocio jurídico nace con plena validez. Si el objeto sobre el que recae la compraventa no es del vendedor, ello repercutirá única y exclusivamente en la fase de cumplimiento de aquélla, es decir, en la eficacia de la misma.

2. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *Ha de estarse a la decisión del Tribunal de instancia en orden a quién sea el verdadero incumplidor del contrato, y su estimación al respecto sólo puede combatirse por el cauce del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal y debe prevalecer mientras no sea eficazmente*

impugnada, correspondiendo también al Tribunal "a quo", en principio, medir la trascendencia jurídica de los supuestos actos de incumplimiento, salvo que se demuestre, sin duda, su error "in judicando".

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *Corresponde al Tribunal "a quo" la fijación y determinación de lo convenido y su obligatoriedad, aunque no sea lo estrictamente pactado, pero sí sus naturales consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley, cual se desprende del propio artículo 1.258 del Código.*

La interpretación jurídica de los contratos está en principio encomendada a la soberanía del Tribunal "a quo", y a su criterio debe estarse siempre que sea racional y ello aunque cupiere alguna duda sobre su absoluta exactitud. [S. de 20 de octubre de 1969; no ha lugar.]

3. OPCIÓN DE COMPRA: CONDICIONADA POR IMPAGO DE UN PRÉSTAMO: *La falta de requerimiento al avalista no es obstáculo para ejercer el derecho de opción si las letras no fueron pagadas voluntariamente el día de su vencimiento, "ya que el aval es sólo un afianzamiento para el cobro de la letra, creado en beneficio del acreedor de la cambiaria, y como aquí no se trata de su cobro, sino de las consecuencias civiles previstas para el caso de no pago voluntario, para nada había que preparar el cobro de las letras". [S. de 11 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

COMENTARIO.—En el caso de autos nos encontramos ante un fraude a la ley, por el que se pretende esquivar la condena del pacto comisorio (artículos 1.858 y 1.859). En efecto, el precio que se fijó para el ejercicio del derecho de opción de compra de dos fincas era de 7.500.000 pesetas; y en la misma fecha en que se constituyó este derecho de opción, su adquirente prestaba al propietario de las fincas la misma suma de 7.500.000 pesetas. La falta de devolución del préstamo condicionaba precisamente el ejercicio del derecho de opción. Parece evidente que así se alcanzan los mismos fines, que el ordenamiento rechaza, del pacto comisorio. Y, sin embargo, tanto el juez de primera instancia como la Audiencia y el T. S. imponen la obligación de vender, en cumplimiento del ejercicio del derecho de opción de compra, al no quedar satisfechas las letras aceptadas en función del préstamo. Ciento que el demandado y recurrente no invocó en ningún caso este argumento, pero, frente a esto, cabe decir que, una vez más, se echa de menos el reconocimiento de oficio de la nulidad.

4. PACTO DE LEX COMMISSORIA: *El derecho que el artículo 1.504 concede al vendedor no puede ejercerse cuando éste no haya cumplido plenamente con sus obligaciones; tampoco, cuando no existe una voluntad deliberada y rebeldía que se oponga al cumplimiento de sus obligaciones por parte del comprador.*

LICENCIA MARITAL: *Nunca puede entenderse que falta la licencia de los maridos cuando ejercitan la acción conjuntamente con sus mujeres. [S. de 25 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

5. ACCIÓN REDHIBITORIA: *Tratándose de un coche usado basta con que reina "condiciones para ser utilizado con normalidad para circular y trasladarse de un punto a otro a la velocidad corriente en los coches" de las mismas características y que los defectos no sean de los que, una vez conocidos, inducirían a renunciar a la compra, para que no se pueda ejercer la acción redhibitoria.*

ACCIÓN REDHIBITORIA: *Aunque el vendedor sea un industrial dedicado a la compraventa de automóviles, se presume su ignorancia de los vicios ocultos a efectos del artículo 1.485, párrafo 2.º, del C. c. [S. de 13 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

COMENTARIO.—*La presunción contraria* parece la más correcta, puesto que es lógico que un especialista sea el más indicado para detectar vicios ocultos en la materia de su especialidad. Así lo viene manteniendo desde hace tiempo la doctrina. Basta remontarse, a modo de ejemplo, a dos clásicos, uno del Derecho español y otro del Derecho francés. García Goyena nos dice en sus Concordancias: "Según algunos autores no debe admitirse a los peritos o artífices ignorancia, aun de los defectos no manifiestos, que pudieron y debieron conocer fácilmente por las reglas de su oficio o profesión. Esta opinión, que tiene algún apoyo en el artículo 1.534, y lo tenía en la Ley recopilada 4, Título 1, Libro 10, ha sido sancionada, porque "imperitia culpae adnumeratur", 132 de "regulis iuris" (art. 1.406, pág. 397). Laurent, en sus "Principes de Droit Civil Français" recuerda que ésta es la postura que tienen los autores, siguiendo a Pothier (Tomo 24 de la 3.ª ed., 1878. Vid. páginas 288-291).

El criterio establecido por el T. S. en esta sentencia para determinar *la revelancia de los vicios ocultos* no parece correcto. En efecto, el coche en cuestión puede encontrarse muy deteriorado y, sin embargo, reunir las condiciones indicadas: servir para el uso normal. Basta atender a la posible duración en funcionamiento del coche para darse cuenta de que este dato, sin duda determinante para el comprador, no se tiene en cuenta. Y no es éste, sin duda, el único elemento omitido. Así, sin ánimo de enumeración exhaustiva, se me ocurre también atender a las seguridad que ofrece el coche para viajar totalmente tranquilo con él. Por ello, posiblemente, añade el T. S. un segundo criterio: que los defectos no sean de los que inducirían a renunciar a la compra. Tampoco sumando este criterio se alcanza una solución satisfactoria. En efecto, basta con que el defecto determinase un cambio sustancial del precio para poder ejercer tanto la acción redhibitoria como la estimatoria. Es importante, pues, recordar —y parece que el T. S. se olvida de ello— que el comprador puede pensar que la compraventa le sigue interesando a pesar de los defectos, siempre que el precio se rebaje proporcionalmente a los mismos. Y tal podría ser el caso en que el coche sirviese para un uso normal, aunque los defectos implicasen una disminución de la seguridad y de la vida del mismo.

Finalmente, creo oportuno señalar (puesto que el T. S. se refiere sólo a la acción redhibitoria) que, *a priori*, no cabe hacer distingos entre el supuesto de hecho que determina el nacimiento de la acción redhibitoria y el que determina el nacimiento de la acción estimatoria.

II. Colaboración de Fernando BERTRAN MENDIZABAL

1. CASACIÓN: PRESUNCIÓN: *Si lo que en el mentado recurso tratase de atacarse fueron los hechos básicos de la presunción por estimarlos indemostrados, el error en su apreciación sólo sería combatible al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692, antes de la Ley Procesal; pero lo que quiere censurar la parte recurrente es el juicio lógico emitido por el Tribunal de instancia, por falta de enlace preciso y directo entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano, y ese defecto en el juicio lógico sólo se hallaría previsto dentro del artículo 1.253 del Código, y, por consiguiente, era obligado denunciar la infracción de este último precepto, por la vía del núm. 1.º del mentado artículo 1.692.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *El núm. 7.º del artículo 1.692 se refiere a un error evidente del juzgador, que debe ser contrastado por la fuerza probatoria irrefutable de uno determinados documentos, no bastando que éstos puedan ser indicadores o reveladores de la supuesta equivocación, sino que por sí mismos, deben patentizarla.*

DOLO: CARACTERÍSTICAS: *El acto doloso siempre se caracteriza por ser un producto de astucia, maquinación o artificio empleados para engañar al otro contratante.*

DOLO: SU PRUEBA: *Las alegaciones del error y el dolo en el consentimiento, requieren para que puedan prosperar, la demostración cumplida de la existencia de dichos vicios, prueba que es, en general, de la apreciación exclusiva de la Sala sentenciadora de instancia; y aunque el dolo pueda ser causante (*dolus causam dans*) o incidental (*dolus incidens*) ese vicio no se presume nunca, principio que alcanza incluso el dolo en la ejecución, previsto en el artículo 1.101 del citado Código, correspondiendo siempre su prueba al que alega.*

CASACIÓN: DOLO: *En el enjuiciamiento del acto o contrato tildado de doloso es de singular interés en casación diferenciar los hechos que motivaron la declaración de voluntades y la calificación jurídica que les corresponda, o sea, la "quaestio facti" de la "quaestio juris", lo cual habrá de seguir la vía del núm. 1.º del artículo 1.692. [S. 28 de febrero de 1969]*

2. CASACIÓN: PRUEBA TESTIFICAL: *En las normas sobre prueba libre, en las que el legislador ha abdicado su soberanía, delegándola en el juzgador de instancia, al tener éste facultades discrecionales y no regladas, no cabe que infrinja la Ley, cual sucede en la apreciación de la prueba testifical, según determina el artículo 1.248 del Código civil, los que por su carácter admonitivo y no preceptivo no pueden ser materia de casación, según constante doctrina jurisprudencial. [S. de 14 de febrero de 1969.]*

3. CASACIÓN: SUS LIMITACIONES: *Por influencia del principio de rogación y del carácter extraordinario que tiene el recurso de casación, por infracción*

de la Ley está el mismo sometido a diversas limitaciones, de las que, al presente interesan: a) En cuanto a su "materia" que, el acotamiento de la misma, compete a la parte que lo interpone y ello hasta el extremo de que sólo sobre las infracciones legales denunciadas ha de ejercitar este Tribunal su función revisora, aunque existan otras no acusadas, pero patentes, con la única posible excepción de que, por su propia índole, trasciendan de modo directo y evidente al orden público; b) Por lo que afecta a su "ámbito", la Ley lo limita, en armonía con su denominación, al estudio de las transgresiones que, constituyan la materia del mismo, sobre la base del más absoluto respeto a los hechos que, como probados, se señalen en la instancia, sin más posibilidad de remoción que la que ofrece el cauce del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, pues si éste no se emplea y aquéllos no se respetan, se incurrirá en la causa 9.ª de las expresadas en el artículo 1.729 de la propia Ley, que, en este trance, impondrá la desestimación del recurso. [S. de 8 de marzo de 1969.]

4. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *El error de hecho ha de consistir en que la Sala afirme la existencia de uno que sea base esencial del fallo, y que por un documento o acto auténtico que obra en los autos se demuestre la equivocación en él padecida, sin complejidades de juicio, interpretación ni razonamiento, bien por haberse negado lo que el documento afirma o afirmado lo contrario de lo que el documento dice.*

CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *Por exigencia del núm. 5.º del artículo 1.729 LEC, no pueden plantearse en casación temas jurídicos no suscitados ni discutidos en instancia, pues si ello fuese posible se desnaturalizaría el recurso, denunciando una infracción que, por obvias razones no existió. [Tribunal Supremo, 20 de marzo de 1969.]*

5. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El recurso que se encauza por la vía del núm. 7.º del artículo 1.692 LEC no puede prosperar porque lo que únicamente se denuncia en él es que la sentencia recurrida infringió por violación, por no aplicación, el artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, tema sobre el que no puede discurrirse en casación, al amparo del citado precepto de la Ley procesal.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Se ha confundido el error en la interpretación del contrato con el error en la interpretación de los preceptos legales incorporados al artículo IV, título II, libro IV, del Código civil, en lugar de denunciar aquel error con la consiguiente infracción por violación o por aplicación indebida del referido artículo 1.282. [S. de 8 de abril de 1969.]*

6. ESCRITURA PÚBLICA: SU VALOR: *Según el artículo 1.218 C. c. la escritura pública, respecto de los no otorgantes, sólo garantiza la verdad del hecho que motiva su otorgamiento y su fecha, pero no garantiza la exactitud de las manifestaciones hechas por los interesados, pues la veracidad de ellas escapa a la apreciación notarial; sin desconocerse la fuerza probatoria de un documento público puede estimarse, en concurrencia con las demás prue-*

bas aportadas al pleito, la simulación de un contrato que en él conste y una vez acusada la nulidad pierde dicho documento su autonomía, que es uno de los requisitos de su autenticidad de fondo, y por ello no puede ser elemento probatorio de sí mismo, de su discutida virtualidad y eficacia.

SIMULACIÓN: *Las declaraciones de voluntad de los interesados en un supuesto contrato no afectan a los terceros ni tampoco a sus herederos legítimos, los que pueden atacar el contrato simulado.* [S. de 15 marzo de 1969.]

7. INTERPRETACIÓN CONTRATO: *La interpretación de los negocios jurídicos no está sustraída a la casación como cuestión de derecho, ya que desde el momento en que el Código civil dicta reglas en sus artículos 1.281-1.289 respecto a cómo han de interpretarse los contratos, existirá una infracción de norma legal siempre que el juzgador de instancia no se ajuste a las mismas.*

PRUEBA: *Tanto cuando se impugnen los elementos de hecho que sirven de base a la interpretación de la Sala sentenciadora, como cuando se combaten sus criterios jurídicos siempre será preciso que se demuestre el error notorio padecido por aquélla, pues no puede oponerse a la interpretación de la Sala el criterio particular del recurrente, si éste no se apoya en error evidente cometido por aquélla.* [S. de 21 de febrero de 1969.]

8. CASACIÓN: REQUISITOS RECURSO: *El artículo 1.720 de la Ley Procesal dice que en el escrito interponiendo el recurso se citará con precisión y claridad la Ley o doctrina legal que se crea infringida y en concepto en que lo haya sido, sancionando la omisión, en el núm. 4.º del artículo 1.729, como causa desestimatoria del recurso que en este trámite resolutivo común actúa como causa de desestimación del mismo, causa que abarca tres hipótesis distintas: 1.º, Que no se exprese el precepto presuntamente infringido. 2.º, Que no se determine el "concepto" de la infracción, y 3.º, Que aun expresando aquél y determinando éste, ello no se haga con la debida precisión y claridad, alcanzando, en principio, la necesidad de esta cita, con tales requisitos, a todos los números que integran el artículo 1.692 de la Ley procesal civil.*

CASACIÓN: DEFECTOS RECURSO: *Cuántas infracciones de ley se denuncien en los motivos del recurso, desconociendo o contrariando el resultado de la prueba a que, en uso de sus facultades, llegó a estimar el juzgador de instancia o apoyándose en fundamentos de orden fáctico, no establecidos por aquél, serán, sólo por tal causa, rechazables, al incurrir en el vicio de hacer supuesto de la cuestión.* [S. de 11 de marzo de 1969.]

9. CASACIÓN: REQUISITOS RECURSO: *Si en un motivo de recurso se acumulan infracciones cuya denuncia sólo es posible por diferentes vías, no sólo se faltará a las reglas que imponen la separación en párrafos numerados de los diferentes fundamentos o motivos del recurso, sino que, forzosamente, se incurrirá en la falta de precisión y claridad que impone el párrafo primero del artículo 1.720 LEC, y que actúa, conforme al artículo 1.729, núme-*

ro 4.", como causa, a su tiempo, de inadmisión del recurso, y en este trámite de desestimación del mismo.

PRESUNCIOS: ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO: *La prueba de presunciones puede atacarse demostrando que el hecho de que se partió no estaba suficientemente probado o que el razonamiento que sirvió de puente para presunción no cumplió el mandato legal que impone la observancia de las reglas del criterio humano; y en consecuencia la infracción del artículo 1.249 C. c. ha de denunciarse por la vía del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y la del artículo 1.253 del referido Código sustantivo por el cauce del núm. 1.º del referido artículo de la Ley rituaria; y, de llevarse a cabo la denuncia conjunta de ambos, en un solo motivo del artículo 1.692, sea el 1.º o el 7.º, se producirá una mezcla de la cuestión fáctica con la jurídica incursa en la prohibición establecida en el artículo 1.720 de la Ley Procesal.* [S. de 10 de febrero de 1969.]

III. Colaboración de José Manuel BURGOS PEREZ

1. ACTOS PROPIOS: *El principio general del derecho: "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos", tiene como excepción cuando el acto es nulo o ineficac, máxime si la ineficacia proviene de lo decidido con carácter irrevocable.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *No se puede amparar un mismo motivo en los números 1.º y 2.º del artículo 1.692 LEC. Son incompatibles los conceptos de falta de aplicación o interpretación errónea, de alegarse unidos en un mismo motivo.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen la validez pretendida a efectos de casación los que fueron objeto de examen y discusión por las partes en el litigio y valorados ponderadamente por el juzgador para llegar a la conclusión.*

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: *Los principios "nadie puede mudar su propio designio en perjuicio de tercero"; "lo que plugo una vez no puede desagradar luego"; "el que alega su propia torpeza no debe ser oido"; "la ignorancia de su derecho no excusa a nadie"; no es tolerable la ignorancia de un hecho propio", se circunscriben y concretan al de que "NADIE PUEDE IR VALIDAMENTE CONTRA SUS PROPIOS ACTOS", que es el que realmente consagró la Jurisprudencia del T. S.* [S. de 8 de abril de 1969; desestimatoria.]

2. CONGRUENCIA: *Constituye excepción al principio de que la casación sólo cabe en caso de discrepancia entre lo pedido y el fallo el caso en que la absolución se produzca tras estimar en principio la realidad de los hechos y la valoración que de los mismos se hizo en la demanda, a virtud de apreciaciones o circunstancias distintas a lo alegado y postulado por las partes, o sea, por iniciativa espontánea del Tribunal, ajenas a las pretensiones formu-*

ladas por las partes. (Solicitada por una de las partes la simulación absoluta en un contrato de compraventa, y por la otra la absolución, se absuelve, tras considerar el contrato como donación.)

SIMULACIÓN RELATIVA: *Quien pretenda beneficiarse del contrato subyacente ha de alegar y probar la existencia de otra causa verdadera y lícita. [S. de 22 de enero de 1969; estimatoria.]*

3. SUSTITUCIÓN DE PODER: *Equivale a la prohibición de sustitución, la no autorización del negocio jurídico particular para el que pretende utilizarse.*

AUTOCONTRATACIÓN: *La prohibición de autocontratación sustentada por los artículos 165, 236, 275 y 1.459 C. c. es aplicable por analogía al caso de arrendamiento con incompatibilidad de intereses. [S. de 21 de febrero de 1968; desestimatoria.]*

4. DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo es una escritura de declaración de obra nueva, en cuanto a las manifestaciones del otorgante, ni la certificación registral que lo recoge.*

SERVIDUMBRE DE PASO: *El artículo 566 C. c. se refiere a las servidumbres forzosas, no a las voluntarias. [S. de 29 de enero de 1969; desestimatoria.]*

5. COMPROVANTA CIVIL: RESOLUCIÓN: *La facultad de señalar "plazo" compete a los Tribunales de instancia sin posibilidad de revisarse en casación, más que en caso de hacerse un uso arbitrario de la misma, que vulnere el párrafo 3.º del artículo 1.124 C. c.*

INTERPRETACIÓN: *La de los negocios jurídicos es privativa de los juzgadores, sólo revisable en casación cuando sea errónea, arbitraria o injusta hasta el punto de infringir algunas de las normas legales que regulan las exégesis de los convenios, aun cuando quepa alguna duda. [S. de 16 de diciembre de 1968; desestimatoria.]*

6. DEFECTOS DEL RECURSO: *Es preciso citar, para la viabilidad del recurso, no sólo el artículo, sino el párrafo infringido.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *A efectos de casación, han de patentizar por sí mismos y en forma evidente la equivocación del juzgador.*

Si es objeto de análisis por el juzgador, para poner de relieve el vicio injudicando, es preciso ampararse en el núm. 1.º del artículo 1.692 L. E. C., por contravención de las normas de hermenéutica.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO: *En las ventas de bienes inmuebles es de preferente aplicación el artículo 1.504 C. c. al párrafo último del artículo 1.100 C. c. (Resuelto un contrato de compraventa por falta de pago de parte del precio, se alega incumplimiento mutuo, por no haber otorgado la escri-*

tura pública, obligación a cuyo cumplimiento había requerido el comprador al vendedor.) [S. de 13 de diciembre de 1968; desestimatoria.]

7. DAÑOS Y PERJUICIOS: *La declaración de existencia o inexistencia de los mismos, efectuada por el juzgador de instancia, es cuestión de hecho a efectos de casación.* [S. de 18 de enero de 1969; desestimatoria.]

8. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CIRCULACIÓN: *Al conductor incumbe la cuidadosa revisión del vehículo y su mecanismo.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La sentencia dictada en un Consejo de Guerra no tiene alcance probatorio en el orden civil* (versaba sobre los mismos hechos), por adscribirse a la punibilidad en la esfera criminal. [S. de 26 de diciembre de 1969; desestimatoria.]

9. CÓDIGO DE LA CIRCULACIÓN: CASACIÓN: LEY: *No tiene tal carácter, sino naturaleza meramente reglamentaria, el Código de la circulación, lo que impide el acceso a casación del motivo que en el mismo se funde.* [S. de 29 de noviembre de 1969; desestimatoria.]

10. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: MEJORAS: *Arrendada una fábrica, y estableciéndose que las mejoras quedarian en beneficio de la misma, ha de entenderse que las mejoras no se limitan exclusivamente a las efectuadas en el inmueble.* (El Auto recurrido impone la devolución de maquinaria y elementos no entregados por el arrendador.)

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CASACIÓN: *Incurre en falta de claridad y precisión quien articula en un mismo motivo al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 y artículo 1.695, conjuntamente.* [S. de 28 de febrero de 1969; desestimatoria.]

11. ARRENDAMIENTO DE LOCAL: ACCIÓN DE SIMULACIÓN: *El artículo 53 L. A. U. 1964, no obliga a atemperar el precio de venta de los locales arrendados a la capitalización de la renta, sino que su única finalidad es evitar el lanzamiento del inquilino que no hubiera ejercido los derechos de tanteo y retracto.* [S. de 18 de mayo de 1968; desestimatoria.]

12. ARRENDAMIENTO DE LOCAL: RUINA: *La declaración de la misma corresponde a la Autoridad gubernativa, declaración que vincula a la Autoridad judicial, quien no puede cambiar la declaración firme de ruina, ni calificar si en aquella jurisdicción se hizo uso adecuado o anormal del derecho para pedir tal declaración.* [S. de 22 de marzo de 1968; desestimatoria.]

13. ARRENDAMIENTO DE LOCAL: ERROR DE HECHO: *No se puede acreditar por meras presunciones.* [S. de 23 de marzo de 1968; desestimatoria.]

14. ARRENDAMIENTO DE LOCAL: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La prueba de confesión y testifical no pueden servir de base a la causa 4.º del artículo 136 L. A. U.* [S. de 27 de marzo de 1968; desestimatoria.]

SUBARRIENDO DE LOCAL: PRÓRROGA: *Establecido un plazo de duración prorrogable, es precisa la conformidad de ambos contratantes para que haya lugar a la prórroga.* [S. de 6 de abril de 1968; desestimatoria.]

15. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: LEY DE USURA: *Aunque el artículo 2.º de la Ley de Usura autoriza al T. S. a entrar en el estudio y análisis de la prueba practicada, para no convertir a éste en una tercera instancia, se deben respetar los supuestos y apreciaciones de hecho de la sentencia recurrida, en tanto que ésta y aquéllos no resulten en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias procesales.* [S. de 9 de mayo de 1968; desestimatoria.]

16. EJECUTIVO CAMBIARIO: COMPETENCIA: SUMISIÓN: *No la implica la confesión en diligencias preparatorias. No implica sumisión la personación del artículo 525 y 1.462 L. E. C., por poderse excepcionar después de dicho trámite (533 y 1.464, 11 L. E. C.), entre cuyas excepciones alegables se encuentra la de incompetencia de jurisdicción* [S. de 18 de diciembre de 1969; desestimatoria.]

17. COMPETENCIA POR INHIBITORIA: *Partiendo de la naturaleza mercantil del establecimiento vendedor, existe una presunción de competencia a favor del Juzgado en que éste se encuentra situado.* [S. de 23 de enero de 1968.]

18. COMPETENCIA TERRITORIAL: *No cabe presumir sumisión del hecho de domiciliar unas letras de cambio en Madrid, cuando se ha producido con la única finalidad de facilitar las operaciones contables del demandado, que carece de arraigo bancario en Santander.* [S. de 21 de febrero de 1969; desestimatoria.]

19. INCLUSIÓN DE BIENES EN HERENCIA: LITISCONSORCIO NECESARIO: *Han de ser traídos al litigio todos aquellos que, de modo necesario, han de resultar afectados por la sentencia.*

La falta de litisconsorcio necesario ha de estimarse incluso de oficio. [S. de 17 de diciembre de 1968; estimatoria.]

20. PERSONALIDAD DEL PROCURADOR: *El recurso de casación que autoriza el núm. 2.º del artículo 1.693 L. E. C. se refiere exclusivamente al caso en que indebidamente se reconozca personalidad en juicio a quien carece de ella, pero no al contrario.* [S. de 23 de abril de 1968; desestimatoria.]

21. FORMALISMO: *El recurso de casación en ejecución de sentencia no puede fundarse en ninguna de las causas del artículo 1.692, sino tal sólo en las taxativas del artículo 1.695.*

En el recurso de casación en ejecución de sentencia, ésta pasa a ocupar el puesto de la Ley, debiendo verificarse la confrontación entre los términos intangibles del fallo y los de la resolución judicial que se dicte para ejecutarlo. [Auto de 18 de marzo de 1969; ejecución de sentencia; inadmisión.]

22. CORRECCIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Cuando se ampara en el núm. 1.^o del artículo 1.692 L. E.C., es necesario indicar el concepto de la infracción.*

Después de citar el concepto de la infracción, va contra el principio de "claridad y precisión" aludir en la exposición del motivo a otros conceptos distintos del expresado.

ERROR DE DERECHO: *Para la viabilidad de la alegación es preciso citar el precepto valorativo infringido y el concepto en que lo ha sido.*

No se puede alegar por esta vía la infracción de los preceptos que regulan la interpretación de los contratos, sino por el núm. 1.^o del artículo 1.692. [S. de 22 de noviembre de 1969; desestimatoria.]

23. DEFECTOS DEL RECURSO: *Infringe el artículo 1.720 L. E. C. cuando no se numeran los motivos del recurso, aunque se expongan separadamente.* [S. de 14 de marzo de 1969; desestimatoria.]

24. DEFECTOS DEL RECURSO: *No basta citar el número del artículo 1.693 en que se apoye, sino que es preciso señalar el precepto legal infringido, la resolución origen de la infracción, determinación correcta de la causa en que consista y con cuya negativa se haya producido indefensión, y las reclamaciones hechas para la subsanación de la falta.* [S. de 21 de febrero de 1969; desestimatoria.]

En el mismo sentido, SS. T. S. 23 mayo 1930, 25 enero 1941 y 3 febrero 1945.

25. DEFECTOS DEL RECURSO: *No aplicar en forma adecuada las normas jurídicas supone aplicación indebida, pero no violación.*

PRESUNCIones: *Apreciar una serie de hechos, extrayendo conclusiones jurídicas, no es aplicar la prueba de presunciones.*

HECHOS NUEVOS: *Se trata de hecho nuevo la variación de la base discursiva en la exposición fáctica con posterioridad a los períodos de alegación y discusión.* [S. de 25 de febrero de 1969; desestimatoria.]

26. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No se puede apreciar la prueba de modo diferente al efectuado por el juzgador, sin combatir tal apreciación por el cauce del núm. 7.^o del artículo 1.692 LEC.* [S. de 3 diciembre de 1968; desestimatoria.]

27. DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No es a efectos de casación un requerimiento notarial por contener manifestaciones unilaterales de cada una de las partes, sin fuerza vinculante para la contraria.* [S. de 16 de febrero de 1968; desestimatoria.]

28. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Los informes periciales caligráficos carecen del requisito indispensable de autenticidad a efectos de casación.* [S. de 28 de febrero de 1968; desestimatoria.]

29. ERROR DE DERECHO: *No basta alegar error de derecho en la apreciación de la prueba, sino que es preciso citar también las normas valorativas infringidas y el concepto en que lo han sido.*

CONFESIÓN JUDICIAL: *Para que haga prueba contra su autor es preciso que recaiga sobre hechos personales del confesante, no siéndolo la interpretación y alcance jurídico de un documento reconocido [S. de 6 diciembre de 1968; desestimatoria.]*

30. ERROR DE DERECHO: *Se produce cuando la ley confiere un determinado valor o se lo condiciona o niega a un concreto medio de prueba, y el Tribunal de Instancia infringe el precepto de que se trate.*

DOCUMENTOS PRIVADOS: *El artículo 1.228 C. c. no alude a la fuerza probatoria que puedan tener los libros, registros o papeles llevados por una de las partes o suscritos por ella, y que sean utilizados en litigio que se entable contra otra persona o entidad, quedando en tal caso la valoración probatoria al prudente arbitrio del juzgador. [S. de 15 de abril de 1968; desestimatoria.]*

31. INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: *Si el juzgador de instancia no efectúa exégesis del precepto que se dice infringido por interpretación errónea, no cabe la existencia de este vicio, que requiere la oposición por parte del recurrente al sentido que al propio precepto legal hubiere atribuido el juzgador al interpretarle.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *No se pueden acumular indiscriminadamente en un solo fundamento dos vicios respecto a diferentes artículos. [S. de 26 de noviembre de 1968; desestimatoria.]*

32. APLICACIÓN INDEBIDA: *No puede aplicarse indebidamente un artículo que no se menciona en la resolución recurrida.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *No basta citar el artículo infringido. Es preciso señalar el párrafo infringido.*

PRECEPTOS ADMINISTRATIVOS: *Los preceptos de carácter administrativo no pueden servir, por si solos, de fundamento de un recurso de casación en el fondo.*

INTERPRETACIÓN: *Corresponde a los juzgadores de instancia hacer la de los contratos, con carácter privativo, cuyo criterio debe prevalecer en casación, a menos que su criterio sea disparatado, ilógico o irracional, aun cuando cupiere alguna duda acerca de su exactitud. [S. de 21 de diciembre de 1968; desestimatoria.]*

33. ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *En los documentos notariales, la fe pública ampara lo que el fedatario da por existente u ocurrido ante su presencia, incluso el hecho de las manifestaciones deducidas por los inter-*

vinientes, pero no a la veracidad intrínseca de éstas. [S. de 18 de enero de 1969; desestimatoria.]

34. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Es preciso citar el número del artículo 1.693, y el precepto legal infringido, sin que quepa citar preceptos de carácter sustantivo. El artículo 596 LEC no tiene carácter rituario. [S. de 12 de diciembre de 1969; desestimatoria.]*

35. INCONGRUENCIA: *No entrar en el fondo del asunto por entender existe un obstáculo procesal, no supone incongruencia (añade que además, y en cualquier caso, la denuncia debía ser acusada por la vía del núm. 3º del artículo 1.692 LEC).*

REFORMATIO IN PEIUS: *La absolución en el fondo es más favorable que la absolución en la instancia.*

En virtud del principio de "reformatio in peius" no puede ser mejorada en casación con una sentencia más favorable, la situación de quien consintió la más perjudicial.

CASACIÓN: *No debe casarse la sentencia impugnada cuando deba mantenerse inalterable el fallo, aun con corrección de los razonamientos, en virtud del principio de economía procesal.*

COSA JUZGADA: *No va contra ella la sentencia que entra en el fondo del asunto. [S. de 30 de diciembre de 1969; desestimatoria.]*

36. CONGRUENCIA: *No se produce respecto a los hechos o fundamentos de derecho invocados por los litigantes, sino con relación a las pretensiones oportunamente deducidas. [S. de 4 de junio de 1969; estimatoria.]*

37. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *El núm. 6º del artículo 1.693 LEC se limita a la discusión de preferencia entre Juzgados y Tribunales, pero dentro de la jurisdicción ordinaria.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *La falta de reintegro de un cheque no puede alegarse como quebrantamiento de forma (juicio ejecutivo). [S. de 21 de diciembre de 1968; desestimatoria.]*

38. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CASACIÓN: NATURALEZA DEL RECURSO: *No cabe aducir otros motivos que los dos concretos del artículo 1.695 LEC. [S. de 10 noviembre de 1969; desestimatoria.]*

39. CASACIÓN DE EJECUCIÓN: *El recurso autorizado por el artículo 1.695 LEC se asemeja a un recurso por exceso de poder, aunque la Ley no lo configure así, por lo que no tiende a resolver errores "in judicando" existentes al resolver las cuestiones sobre las que versó el fallo, ni a decidir otras no controvertidas. [S. de 19 de diciembre de 1968; desestimatoria.]*

40. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CASACIÓN: *En la casación de las ejecuciones de sentencia, no se defiende la Ley, sino la sentencia contra las actuaciones practicadas en ejecución de la misma.*

La casación de ejecución de sentencias no es posible articularla por infracción de los preceptos legales, por no ser este recurso el que reglamenta el artículo 1.692 LEC.

USUFRUCTO: *Reconocido un derecho de usufructo, aunque no se haya hecho declaración sobre su inscribibilidad, no excede de los límites de la ejecución ordenar la inscripción en el Registro de la Propiedad.*

EMBARGO: *El embargo de bienes no supone contradicción con la sentencia de condena al pago. [S. de 14 de febrero de 1969; desestimatoria.]*

41. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: INDEMNIZACIÓN: *Donde la declaración de voluntad jurisdiccional no distingue, no cabe distinguir.*

Deben tenerse en cuenta los considerando para interpretar el fallo. [S. de 31 de enero de 1969; estimatoria.]

42. AUDIENCIA AL REBELDE: *Quien solicita la audiencia ha de acreditar cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada. [S. de 29 de enero de 1969; desestimatoria.]*

43. RECURSO DE REVISIÓN: CARÁCTER DEL RECURSO: *Es un recurso anormal, que debe considerarse con carácter restrictivo y sólo concedido a quien no haya tenido responsabilidad alguna, en sentido lato, de la incompleta información del órgano jurisdiccional.*

PLAZO DE INTERPOSICIÓN: *Es necesario acreditar la fecha en que se descubren los nuevos documentos.*

DOCUMENTOS: *Según reiterada doctrina, los que figuran en el archivo de un fedatario público no están comprendidos en el núm. 1.º del artículo 1.796.*

ESCRITURA DE COMPROVANTA: *No hace prueba de la veracidad de las afirmaciones de los que en ella intervinieron, ni acredita la propiedad por parte del vendedor de los bienes (La Escritura no estaba inserta en el Registro de la Propiedad). [S. de 15 de noviembre de 1969; desestimatoria.]*

IV. Colaboración de Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS

1. CONDENA EN COSTAS: HONORARIOS DE ABOGADO Y PROCURADOR: CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: *El cómputo del plazo prescriptivo de tres años, respecto de las minutas de tales honorarios incluidas en una condena en*

costas, debe iniciarse, con arreglo a los artículos 1.969 y 1.971 del C. c., desde que quedó firme la sentencia que declaró la obligación y, por tanto, desde su notificación a las partes. [S. de 17 de enero de 1970; no ha lugar.]

2. FINCA RÚSTICA: DIVISIÓN DE COSA COMÚN: UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO: *El principio de indivisibilidad establecido en la Ley de 15 de julio de 1954 no es aplicable a la finca litigiosa porque la Ley citada exige se trate de fincas rústicas en las que se lleve a cabo algún cultivo y, además porque a tenor del artículo 2.º del Reglamento de arrendamientos rústicos no era factible siquiera la catalogación de aquella finca como fundo rústico, dada la proximidad del Parador Nacional de Turismo y del edificio-residencia construido, que le dan un valor en venta superior al doble del que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario de la zona.* [S. de 28 de abril de 1969; no ha lugar.]

3. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: LEY DE MINAS: *Como lo que se ventila en el pleito es, por una parte, el ejercicio de una acción reivindicatoria y, por otra, la propiedad de una sustancia mineral que como las arenas basálticas son objeto de la reclamación judicial, sin que en momento alguno surja cuestión que afecte a calificación ni clasificación de sustancias minerales, es obvio que su tramitación y resolución ha de comprenderse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.*

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN MATERIA DE MINAS: *No es obstáculo para ella la concesión de sustancias minerales de la Sección B otorgada a la Sociedad con anterioridad, porque ello no da al problema planteado carácter administrativo, ya que no ha llegado a nacer un acto de esta clase que se refiera a las zonas basálticas reclamadas y porque al ser las sustancias rocosas elementos integrantes del suelo, no parece posible que al propietario del terreno se le excluya de cuanto en la superficie existe sin estar sujeto a aprovechamiento ajeno.*

INCONGRUENCIA: *La incongruencia denunciada, por haber deducido la Sentencia las consecuencias indemnizatorias solicitadas de una acción que como la del enriquecimiento ilícito no fue planteada por ninguna de las partes, resulta intrascendente en cuanto no afecta en modo alguno al fallo, ya que las mismas consecuencias se derivarían de la acción de acción del artículo 350 del C. c. ejercitada por el actor.*

INCONGRUENCIA: DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Cuando el fallo no lleva en si un exceso de lo otorgado, sino que, por el contrario, resuelve, alterando la petición en otro sentido, que el Tribunal "a quo" estima más conveniente, es indudable que la infracción del artículo 359 de la LEC no puede formularse por el cauce inadecuado del núm. 3.º del artículo 1.692 de la LEC.*

INCONGRUENCIA: *La doctrina de esta Sala en numerosas sentencias no exige que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de las partes, sino que basta con que las resuelva, aunque al hacerlo egrege extremos accesorios que sin alterar los pronunciamientos principales conduzcan a la efectividad del fallo en el trámite de ejecución.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA SOBRE TERRENOS EN QUE HAY ROCAS (SECCIÓN A) DE LA LEY DE MINAS: *No existe el despojo ni la detentación que del terreno se denuncia como fundamento de la acción ejercitada, cuando la propia resolución recurrida reconoce que la Entidad demandada ocupa el terreno por virtud de una concesión minera, aunque ésta se refiera a minerales de la Sección B.*

PROPIEDAD DE LAS MINAS: *El artículo 1.º de la Ley de Minas señala que las sustancias objeto de la Ley son bienes de la nación, que el Estado podrá explotar directamente o ceder su explotación, y como el concesionario es el que tiene el aprovechamiento su ocupación es lícita mientras indemnice al propietario del terreno o, en el caso de no avencencia, mediante la expropiación que la Ley autoriza.*

NATURALEZA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA MINERA: *El derecho a las sustancias mineras no surge de la propiedad, sino de la concesión; es decir, en virtud de título distinto y superponible al de dominio —como una limitación de éste, según el artículo 348 del C. c.—, por lo que cabe afirmar que aquellos minerales son objeto de tráfico distinto del fondo y tienen entidad jurídica separada de la atribuida al suelo, y por eso la doctrina de esta Sala ha estimado que la concesión administrativa constituye un verdadero título de dominio. [S. de 28 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

4. RETRACTO DE CRÉDITOS LITIGIOSOS: DETERMINACIÓN DE ESTE CONCEPTO: *Aunque en sentido amplio, crédito litigioso se denomina a veces al que es objeto de un pleito, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.536 del C. c., "crédito litigioso" es aquel que, habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es negado por el demandado y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible, es decir, el que es objeto de una "litis pendientia".*

CRÉDITOS LITIGIOSOS: CUÁNDO CESA SU NATURALEZA: *Una vez determinada por sentencia firme la realidad y exigibilidad del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos y desaparece la necesidad de la protección legal concedida, hasta ese momento, al deudor cedido pierde entonces aquél su naturaleza de litigioso, sin que a ello obste que haya que continuar litigando para hacerlo efectivo y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución.*

CRÉDITO LITIGIOSO: RECUPERACIÓN DE SU CARÁCTER: *No basta que el deudor promueva demanda de nulidad del proceso en que se hubiese declarado la certeza del crédito, o del negocio jurídico en que se hubiese constituido, para que recobre su carácter litigioso el crédito, porque entonces quedaría al arbitrio de cualquier deudor convertir en litigioso su crédito.*

CRÉDITO LITIGIOSO: RECUPERACIÓN DE SU CARÁCTER: *Aun suponiendo lo anterior —hipótesis que se rechaza—, la nueva calidad litigiosa del crédito quedaría sometida a la condición resolutoria del fracaso del pleito y la habría perdido al quedar firme la sentencia que desestimó tal petición de nulidad. [S. de 16 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

Nota.—Las dos primeras afirmaciones de la sentencia sobre determinación del concepto de "crédito litigioso" a efectos de su retracto y sobre cuándo cesa su carácter no constituyen novedad en la doctrina jurisprudencial, que ya había sentado el mismo criterio en las SS. de 14 de febrero de 1903, 8 de abril de 1954 y 4 de febrero de 1952. En cambio, sí que es nueva la interesante doctrina sobre no recuperación de la condición litigiosa del crédito aunque el deudor promueva demanda de nulidad del proceso en que se declaró la existencia y exigibilidad de aquél. A esta conclusión llega la Sentencia atendiendo a una razón predominantemente ética: que ello equivaldría a que quedase a capricho del deudor la posibilidad de convertir en litigioso el crédito.

Esta declaración del T. S. está especialmente justificada por el tinte de ilicitud con que aparece teñida la actuación del deudor retrayente en el caso práctico resuelto. De aquí la conveniencia de resumir las incidencias del caso, como hace la propia Sentencia en uno de sus considerandos: "a) Que el 29 de noviembre de 1954, don F. B. F. y los componentes de la Entidad U. suscribieron un documento privado en el que se instrumentó un negocio jurídico de transacción entre ellos, por el cual convinieron desistir de todos los pleitos y apartarse de todas las causas criminales que entonces tenían pendientes entre ellos, con liquidación de cuentas y sometimiento de todas las incidencias a la decisión de tres Letrados, que habían de actuar como árbitros de equidad; b) Que el 24 de diciembre de aquel año otorgaron la correspondiente escritura pública, ratificando aquella transacción y suscribiendo el correspondiente compromiso, con la designación de árbitros y el cumplimiento de los demás requisitos precisos para que éstos pudieran actuar; c) Que en 14 de febrero del año siguiente los árbitros dictaron el correspondiente laudo, determinando concretamente los derechos y deberes de don F. B. F., por un lado, y los de los componentes de U., por otro; d) Que el 9 de mayo de ese año 1955, don F. B. F. instó la ejecución del laudo y el Juzgado, después de algunas incidencias, decretó su ejecución; e) Que estando en vías de ejecución del laudo, el propio don F. B., en 28 de enero de 1957 dedujo demanda de mayor cuantía contra los componentes de U., instando la nulidad de la transacción, del laudo dictado y de las diligencias de ejecución practicadas; f) Que en dicho pleito el Juzgado de primera instancia dictó sentencia, con fecha 25 de noviembre de 1959, desestimando la demanda; g) Que la Audiencia, en 8 de noviembre de 1961, desestimó el recurso de apelación que había interpuesto don F. B.; h) Que en 18 de junio de 1964, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación deducido por dicho demandante; i) Que cuando estaba en trámite aquella apelación, los componentes de U. dedujeron contra don F. B. una demanda de interdicto de recobrar, que no prosperó; j) Que para el pago de las costas de tal interdicto se sacaron a subasta judicial los posibles derechos que el referido laudo había otorgado a los miembros de U.; k) Que, después de varias incidencias, el 19 de octubre de 1960 se adjudicaron esos bienes dimanantes del laudo a don L. H. A.; ... y n) Que en 1 de agosto de 1967, don F. B. dedujo demanda inicial del pleito que motiva el presente recurso", en la que solicitaba se dicte sentencia que declare "que tiene derecho a retraer los derechos dimanantes del laudo arbitral".

5. RESCISIÓN POR LESIÓN "ULTRA DIMIDIUM" EN CATALUÑA: PRECIO JUSTO: *El "valor en venta" a que se refiere el artículo 324 de la Compilación, párrafo 2.º no es un módulo más para determinar el "justo precio", sino que se identifica con él al disponer que "para apreciar" la existencia de la lesión se atenderá a aquel valor en venta, con lo que el precepto ha venido a recoger sustancialmente la doctrina jurisprudencial según la cual, a estos efectos, el precio justo de las cosas es el que normalmente se les asigna en el mercado al tiempo de su enajenación.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DEFECTO DEL RECURSO: *Constituye defecto formal no citar la Ley referente a la valoración de la prueba pericial que haya sido infringida por la sentencia recurrida, como exige la doctrina de esta Sala.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es acusar conjuntamente y sin discriminación alguna error de derecho y error de hecho en la apreciación de la prueba, en mengua de la precisión y claridad exigidas por el artículo 1.720 de la L. E. C. [S. de 22 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

6. ADJUDICACIÓN JUDICIAL A DOS PERSONAS DE UN MISMO BIEN EMBARGADO A UN MISMO DEUDOR EN DISTINTOS JUICIOS: *Presupuesto que los títulos de ambos adjudicatarios son perfectamente legítimos, la cuestión a resolver queda reducida, no a la validez o nulidad de alguno de ambos procedimientos, sino a qué títulos de los mencionados ha de darse preferencia.*

DOBLE VENTA: APLICACIÓN AL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL: *Este artículo, que regula la doble venta, es plenamente aplicable al presente pleito, ya que a ello no se opone que las ventas hubiesen sido otorgadas por la autoridad judicial, puesto que el remate por sus efectos de transmisión de la propiedad tiene la naturaleza de enajenación, con el alcance de compraventa perfeccionada, al realizar el Juez competente la adjudicación en nombre del deudor cuando éste no comparece voluntariamente.*

DOBLE VENTA: PRIMER POSEEDOR DE BUENA FE: *Puesto que lo ensayado en ambos juicios era el derecho de traspaso de unos locales de negocio, la preferencia ha de decidirse, dada la característica del bien transmitido, en favor de quien primero haya tomado posesión con buena fe, en este caso el propietario de los locales a quien se le adjudicaron por el derecho de tanteo que le concede la LAU, y se le confirió su posesión por medio de diligencia practicada por el Juzgado.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es denunciar la infracción del artículo 1.473 por el doble concepto de aplicación indebida o violación en contra de la precisión y claridad exigidas por el artículo 1.720 de la LEC. [S. de 5 de enero de 1970; no ha lugar.]*

7. DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Es desestimable el motivo del recurso que se ampara en una serie de preceptos que ni siquiera fueron invocados en el periodo expositivo del juicio y que se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito*

CONTRATO SOBRE BIENES PARAERNALES: RATIFICACIÓN DE LA MUJER: DEFECTO DEL RECURSO: *Declarado en la sentencia que la recurrente consintió y aceptó el convenio celebrado por su marido en cuanto afecta a bienes paraernales, apreciación no impugnada por la vía procesal adecuada, cae por su base el motivo en el que, sin el imprescindible apoyo fáctico se parte de un su-*

puesto contrario al sentado formalmente por el juzgador. [S. de 23 de septiembre de 1969; no ha lugar.]

8. VENTA DE PISOS DE CASA EN CONSTRUCCIÓN: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *El supuesto defecto en la legitimación pasiva, por no demandarse a la mujer del constructor, aun cuando fue aducido por el hoy recurrente en la instancia, lo cierto es que fue desestimado en la sentencia de primer grado y este extremo quedó firme en la sentencia de la Audiencia por aquietamiento de la parte entonces recurrida (el ahora recurrente).*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: SU APRECIACIÓN DE OFICIO: *Aunque esta clase de cuestiones pueden estimarse de oficio, debe, no obstante, distinguirse al respecto entre la apelación y la casación, pues ésta implica la pugna entre la sentencia recurrida y el recurso extraordinario que la combate y, por ende, sólo excepcionalmente puede mudarse la situación consentida en la instancia*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *En el presente caso el objeto contractual no consiste en un inmueble ya existente y como tal incorporado a la sociedad de gananciales, sino de una obligación de hacer y entregar una cosa específica por parte del vendedor, de modo que la relación jurídica establecida lo fue exclusivamente entre los actores y el demandado, sin que la esposa de éste tuviese en ésta intervención alguna.*

DEFECTO DEL RECURSO: *El motivo que acusa infracción de ley y doctrina legal "por interpretación errónea del contrato y, por ende, de los preceptos jurídicos que lo disciplinan" incurre en inexcusable falta de claridad y precisión, con vulneración de lo dispuesto en los artículos 1.720 y 1.729-4.^o de la LEC.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Siendo toda esta materia, en principio, facultad privativa de los Tribunales de instancia, es imprescindible para demostrar la infracción acusar formalmente la de las normas legales de interpretación, sin que a tal efecto baste la simple alusión al contenido de algunos de tales preceptos.*

CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *Las alegaciones sobre indeterminación del precio se invocan sobre la base de que existe una simple promesa de venta, por lo que carecen de base suficiente, pues van en contra de la interpretación dada por el Tribunal a quo y con ello, además, se hace supuesto de la cuestión, sin respetar integralmente las afirmaciones fácticas que en cuanto al precio se contienen en la sentencia impugnada.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: DEFECTO DEL RECURSO: *La violación del principio jurisprudencial del enriquecimiento injusto, si bien ha sido alegada en la instancia, lo fue sólo en cuanto a unas pretensiones determinadas de la demanda y estas pretensiones han sido desestimadas en la sentencia recurrida.*

ABUSO DE DERECHO: CUESTIÓN NUEVA: *La violación del principio de abuso de derecho es cuestión no debidamente planteada en el periodo expositivo*

del pleito, sin que al respecto valgan simples alusiones, y constituye, por ende, una cuestión nueva y, como tal, comprendida en el núm. 5.º del artículo 1.729 de la LEC. [S. de 25 de abril de 1969; no ha lugar.]

9. IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD: EFICACIA DE LA SENTENCIA PENAL DE ADULTERIO:
Si bien es cierta la total independencia de la jurisdicción penal civil, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que los hechos que como probados se consignan en las sentencias penales condenatorias, en cuanto son base y fundamento de la pena impuesta, tienen fuerza vinculante para los Tribunales civiles.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO:
Declarado en la sentencia penal que el padre de la niña es un hombre distinto del marido se evidencia el error de hecho en que incurre la sentencia impugnada, basado en documento auténtico, cual es la sentencia penal condenatoria del adulterio.

IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE RELACIÓN CARNAL: ALCANCE DEL ARTÍCULO 109 DEL C. C.:
Este precepto sólo es aplicable cuando existe convivencia matrimonial, que es cuando rige la presunción del 108, pero no cuando la base de la imposibilidad es una separación real y efectiva, pues entonces desaparece la razón de la negativa, que es la de una garantía para los hijos de que no estarán sujetos a las pasiones de los padres y, en cuanto al adulterio, porque no es posible determinar el momento de la concepción cuando una mujer cohabita en una misma época con dos hombres. [S. de 16 de abril de 1969; ha lugar.]

NOTA.—La sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia, consideraba como hechos probados la realidad del matrimonio de los litigantes en 1957, su separación amistosa o de hecho plasmada en documento privado de 1961, la residencia a partir de entonces del esposo en Madrid y de la esposa en Almería y la realidad de haberse entrevistado el matrimonio en Madrid a partir de mayo de 1965, cuando la gestación era ya de cinco meses; y partiendo de que el marido pudo hacer viajes a Almería desestimó la demanda porque esta posibilidad destruye la ausencia invocada en aquélla.

Debe tenerse en cuenta que, aunque no se recoja del todo claramente en los considerandos de la sentencia del T. S., lo cierto es que la sentencia penal condenaba el adulterio estimando probada la ausencia de los esposos y, sobre todo, que la propia mujer había reconocido en la contestación a la demanda que no había vuelto a ver a su marido hasta su visita a Madrid en avanzado estado del embarazo. Parece indudable que si la declaración de la mujer en contra de la legitimidad no destruye la presunción del artículo 108, su confesión ha de tener, sin embargo, algún valor a los efectos de la prueba de la ausencia del marido y, consiguientemente, de la imposibilidad física del acceso carnal.

Por otra parte, la afirmación de la sentencia de que la presunción del artículo 108 sólo rige cuando exista convivencia matrimonial, hay que entenderla matizada con otras afirmaciones de los dos primeros considerandos de la propia sentencia, en los que se indica que la separación legal de los esposos impide el nacimiento de la presunción de paternidad, mientras que “la separación acordada privadamente por los cónyuges no impide, por si, la presunción de paternidad, pero como ésta puede destruirse por la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, exigida

en el párrafo 2.º del artículo 109 del C. c., no cabe duda que, si después de separados convencionalmente y de transcurridos los plazos legales ocurre el nacimiento de un hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad probando la separación que impedía el débito conyugal, y la mujer, sostenedora de la legitimidad, habrá de acreditar que durante la separación cohabitó con su marido.

En todo caso hay que reconocer que la Sentencia se muestra moderadamente progresiva al permitir, sin demasiadas dificultades, que la prueba de la separación de hecho entre los esposos equivalga a acreditar la imposibilidad física de relación carnal entre los mismos, evitando las consecuencias injustas de una aplicación rigurosa de la presunción de legitimidad y manteniéndose en la línea marcada por las sentencias de 24 de enero de 1947, 19 de junio de 1958 y 16 de febrero de 1968.

10. INEXISTENCIA DE CONTRATO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Los documentos en que se apoya el recurrente nunca pueden desvirtuar las afirmaciones de la sentencia, pues ésta se apoya en la prueba testifical y pericial que son de libre apreciación por el juzgador y, además, porque la declaración de incapacidad posterior al otorgamiento de la escritura no supone contradicción al hecho declarado de que desde mucho tiempo antes el otorgante carecía de las facultades mentales necesarias para prestar consentimiento válido.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: VALOR DEL JUICIO DE CAPACIDAD NOTARIAL: *No incurre la sentencia en infracción de ninguna norma valorativa de prueba, pues el artículo 1.218 del C. c. no obsta a que la acreditación notarial de la capacidad de los comparecientes para otorgar una escritura pueda ser revisada por los Tribunales mediante pruebas suficientes en contrario, ya que constituye solamente una presunción iuris tantum. [S. de 10 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

11. JUICIO VOLUNTARIO DE TESTAMENTARIA Y PARTICIÓN EXTRAJUDICIAL: *La doctrina legal en el sentido de que la partición extrajudicial de la herencia impide la apertura del juicio de testamentaría es aplicable aunque quien pretenda su iniciación alegue la inexistencia del negocio jurídico particional por no concurrir el cónyuge viudo con el contador partidor a la liquidación de la sociedad de gananciales.*

INEXISTENCIA DEL NEGOCIO: SUS CONSECUENCIAS: *Es doctrina jurisprudencial que si bien, según opinión corriente, la inexistencia o nulidad absoluta del contrato obra de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, tal doctrina no siempre puede admitirse como exacta, pues al crear todo negocio jurídico una apariencia de validez se hace indispensable destruirla si constituye obstáculo al ejercicio de un derecho.*

APARIENCIA JURÍDICA: SU DESTRUCCIÓN HA DE HACERSE EN PROCEDIMIENTO ADECUADO: *Admitir la tesis del recurrente supondría, o bien que con la apertura del juicio de testamentaría quede prejuzgada definitivamente la nulidad de la partición, que precisamente es objeto de un juicio declarativo de mayor cuantía pendiente entre las partes, o bien que en un inci-*

dente de aquel juicio, procedimiento claramente inidóneo, se diuicide el arduo problema de la falta de existencia jurídica de las repetidas operaciones particonales. [S. de 4 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

12. CUESTIONES DE HECHO: *Inalterable la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal de instancia, al no ser atacada por la vía adecuada, todos los elementos de orden fáctico que aquél tuvo en cuenta han de ser respetados en casación y no le es lícito al recurrente desconocerlos ni alterarlos.*

CONTRATO VERBAL RECOGIDO EN DOCUMENTO POSTERIOR: *Cobra éste un relieve singular, pues en él se recogen cuáles fueron los términos del contrato verbal anteriormente concertado entre las partes y se establecen los derechos que, conforme a aquél, asistían al demandante.*

CALIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: SOCIEDAD IRREGULAR Y COMUNIDAD DE BIENES: *La interpretación del Tribunal "a quo" ha de ser igualmente respetada puesto que el motivo no denuncia infracción de ninguna norma legal de carácter exegético, aparte de que existen elementos suficientes para estimar que, desbordado el ámbito de la simple comunidad de bienes, se establece una sociedad que los juegadores aprecian existe con carácter irregular y el propio recurrente reconocio con reiteración en el documento referido.* [S. de 21 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

13. REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR INGRATITUD: EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR LOS HEREDEROS: *Por lo general la acción derivada del artículo 648 del C. c. presenta un carácter eminentemente personal, pero este carácter aparece suavizado por el artículo 653 cuando declara que dicha acción no se transmitirá a los herederos del donante "si éste, pudiendo, no la hubiere ejercitado".*

CUESTIÓN DE HECHO: *La imposibilidad del ejercicio de la acción por la donante constituye cuestión de hecho encomendada a la libre apreciación del Tribunal de instancia que, con acierto, llegó a esa conclusión, teniendo en cuenta que la donante revocó ante notario la donación y falleció seis días después.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Carece de eficacia para acreditar el error la escritura de donación, no sólo porque fue objeto de interpretación y análisis en el fallo impugnado, sino muy especialmente porque no patentiza por sí misma y menos de modo evidente lo contrario de lo que el Tribunal afirma con relación a la conducta irrespetuosa del demandado frente a su madre anciana y enferma y a su negativa a prestarle alimentos.* [S. de 29 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

14. BIENES GANANCIALES: CONSENTIMIENTO "UXORIS" POSTERIOR AL ACTO: *No hay infracción del artículo 1.413 del C. c. cuando en la escritura de poder posterior al acto discutido la mujer otorga su consentimiento, incluso*

con carácter retroactivo, con facultades amplias y completas, máxime si se tiene en cuenta que tal consentimiento uxoris conforme a la doctrina científica y jurisprudencial puede ser posterior, con carácter general y para pluralidad de actos en relación con la profesión del esposo.

INCONGRUENCIA: *La hay cuando existe entre el fallo y las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, pero no cuando la sentencia parte de una calificación jurídica distinta del negocio sin relación con los problemas planteados por las partes.* [S. de 8 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

15. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS: *Dispuesto por la testadora que cuando uno de los adjudicatarios se propusiera vender alguna finca venía obligado a comunicarlo fehacientemente a sus coherederos con expresión de las condiciones de la venta para que pudiera asistir al otorgamiento, la redacción de la cláusula es clara y patente y a su tenor literal se ha ajustado el Tribunal de instancia, cuyo criterio debe prevalecer sobre el de los interesados.*

CONDICIÓN Y LIMITACIÓN DE DISPONER: *La referida cláusula establece más que una condición una limitación a la facultad de disponer por el vendedor, perfectamente lícita y obligatoria y que vincula también al comprador en cuanto consta en el Registro de la Propiedad.*

ACTOS PROPIOS: *No puede alegarse violación de la teoría de los actos propios cuando no hay paridad entre los alegados y el que se resuelve, tanto porque afectan a negocios jurídicos diferentes cuanto porque ha transcurrido tiempo sobrado y han cambiado radicalmente las circunstancias económicas.* [S. de 10 de octubre de 1969; no ha lugar.]

16. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *No es preciso llamar al pleito a las esposas de los litigantes sujetos a la vecindad foral balear, cuando éstos actúan por sí y para sí en su condición de propietarios y administradores de sus bienes privativos que les concede el artículo 4 de la Compilación, porque para justificar la intervención de las esposas no pueden bastar las consideraciones de que "podrían tal vez resultar perjudicadas", sino que hubiera sido necesario demostrar que entraban en juego bienes o intereses del exclusivo o concurrente dominio y administración de aquéllas.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es alegar la infracción de una serie de preceptos sin indicar el concepto concreto de la infracción, lo que implica falta de precisión y claridad en contravención a la exigencia del artículo 1.720 de la LEC.*

DOCUMENTOS AUTÉNTICOS A EFECTOS DE CASACIÓN: *Carecen del requisito de autenticidad a estos específicos efectos el certificado del acto de conciliación previo al pleito y un requerimiento notarial, no sólo por su propia*

naturaleza intrínseca, sino también porque, sobre todo, el segundo fue examinado e interpretado por el juez de instancia.

INCONGRUENCIA: DEFECTO DEL RECURSO: *No basta alegar incongruencia con la consiguiente infracción del artículo 359 de la LEC, si no se expresa el concepto específico de la infracción aducida respecto del mencionado artículo.* [S. de 17 de octubre de 1969; no ha lugar.]

17. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES: *Siempre tiene que ser propuesto mientras esté pendiente el pleito principal y no ha recado en él sentencia firme, sin que quepa admitir que un posterior juicio declarativo constituya medio adecuado para la subsanación o nulidad pretendidas, lo que sólo podría intentarse por el recurso extraordinario de revisión.*

ACTOS NULOS: *El artículo 4.º del C. c. es de notoria inaplicación a un caso como el actual, porque, según el orden procesal regulado en la Ley, dentro de cada juicio es donde deben ejercitarse los recursos de nulidad correspondientes y porque aquél precepto no puede aplicarse a actos cuya validez o nulidad se encuentre determinada por leyes adjetivas reguladoras de un procedimiento específico.* [S. de 25 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

18. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *No supone infracción de su doctrina legal no llamando al pleito al Estado cuando los bienes comprendidos en la escritura de venta, cuya nulidad como tal proclama la sentencia, han sido objeto de una partición judicial entre el Estado y el comprador según aquélla, ya que en este pleito no se impugna tal partición por la demandante, sino que, por el contrario, la acepta, al hacerla supuesto de hecho en su demanda.*

CUESTIÓN NUEVA: *La alegación sobre la prescripción de la acción de nulidad de dicho contrato de venta es cuestión nueva, no planteada en la fase expositiva del pleito ni tratada en la sentencia recurrida.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Cuando la Sala de instancia ha basado el fallo en la apreciación conjunta de la copiosísima prueba practicada, no es eficaz la denuncia de un error de hecho fundado en alguno de esos medios probatorios, aparte de que no pueden tenerse en cuenta como documentos auténticos a efectos de casación los mismos que el juez tuvo en cuenta para emitir su fallo.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *En esta materia ha de prevalecer el criterio del juez sobre el del recurrente de no demostrarse su equivocación o manifiesto error.*

PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: *Cuando la Sala sentenciadora funda su convicción no sólo en la prueba de presunciones, sino también en la aprecia-*

ción de pruebas directas, no es eficaz el motivo que acusa la presunción llevada a cabo por el Tribunal, aparte de que la estimación de las presunciones competé al Tribunal "a quo" con la única limitación de que no resulte la deducción ilógica, absurda o inverosímil. [S. de 18 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

19. **QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTO DEL RECURSO:** *Lo es no expresar en el escrito las reclamaciones que se hubiesen debido hacer por el ahora recurrente para tratar de obtener la subsanación de las faltas cometidas, como exige el párrafo primero del artículo 1.750 de la LEC, aplicable aunque el alegato se refiera a la segunda instancia, pues también en ella debía haberse intentado —y hecho constar ahora— la mencionada subsanación mediante la debida súplica.* [S. de 9 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

V. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO

1. **RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: NO PUEDE PEDIRLA EL INCUMPLIDOR:** *Según reiterada doctrina, la facultad de resolver las obligaciones recíprocas solamente puede ejercitárla el perjudicado, pero no quien dejó de cumplir lo estipulado, que ha de aceptar las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento; declarado probado que para llegar al cumplimiento del acuerdo base del pleito las partes deben proceder conjuntamente al nombramiento de facultativos que practiquen la medición de la planta baja, y que tal nombramiento no se ha efectuado, es evidente el incumplimiento de esta obligación común en la parte que afecta a los demandados, lo que les inhabilita para el ejercicio de la acción resolutoria.* [S. de 19 de febrero de 1969; no ha lugar.]

2. **ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS A CARGO DE LOS ARRENDATARIOS: SOLIDARIDAD DE INTERPRETACIÓN:** *Si en el contrato primitivo los arrendatarios se obligaron solidariamente frente al arrendador para la realización de determinadas obras en el local arrendado, y posteriormente un tercero asume la posición de arrendatario que tenía una de los primitivos, y se obliga expresamente, junto con el otro, a la solidaridad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas, está bien declarada la responsabilidad directa y solidaria entre ambos arrendatarios demandados respecto al crédito por obras reclamado, ya que a la obligación contractual solidaria de construir las obras ha de seguir la consecuencia de pagarlas también solidariamente.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *La doctrina jurisprudencial y científica ha establecido como presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción de enriquecimiento, por una parte, el tránsito de valor sin causa de un patrimonio a otro verificado externamente de conformidad con el derecho objetivo, y de otra, la concurrencia y conexión de dos fenómenos paralelos, el enriquecimiento de un patrimonio y el correspondiente empobrecimiento de otro; no hay enriquecimiento sin causa cuando la atribución patrimonial responde a una relación jurídico-obligacional derivada de un contrato válido.*

NO HAY RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA EN EL ARRENDADOR: *No existe una responsabilidad subsidiaria del arrendador, que pudiera apoyarse en un enriquecimiento torticero, en el caso de que los arrendatarios, mediante contrato se obligaron a realizar determinadas obras en el local, ya que según SS. de 5 de diciembre de 1953 y 29 de abril de 1967 no se enriquece torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un legítimo derecho que se ejerce sin abuso. [S. de 22 de noviembre de 1969; ha lugar.]*

3. CLÁUSULA PENAL: CARÁCTER CUMULATIVO: *Mientras el primer párrafo del artículo 1.153 emplea el adverbio modal "expresamente", en el segundo, referido al acreedor, sólo dice que esa facultad le haya sido otorgada claramente, palabra que comprende la interpretación de lo pactado al respecto; la S. de 22 de diciembre de 1908 declarada que si de los términos en que se halla redactada la cláusula penal claramente se deduce que la multa que los contratantes pactasen fue sanción establecida para evitar y, en su caso, corregir determinados actos o conductas, no obsta a la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación principal que puedan reclamarse ambas cosas; dentro de las normas generales establecidas en los artículos 1.100 y ss. C. c. en relación con el problema del resarcimiento, resulta compatible pedir el cumplimiento de una obligación que no lo tuvo en tiempo y forma pactadas, y la indemnización de perjuicios que por ello se hayan causado. [S. de 22 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

4. CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE MOBILIARIO: NATURALEZA JURÍDICA: CARÁCTER CIVIL: CONTRATO COMPLEJO: *La relación contractual que se dice incumplida tenía por objeto la construcción y posterior venta e instalación, o montaje, de unos muebles por la sociedad demandante para el uso personal del comprador demandado, lo que supone que se trata de una compra-venta simplemente civil, ya que para la catalogación de mercantil el artículo 325 C. com. exige que la compra se haga para vender las cosas compradas, en la misma o en distinta forma, pero siempre con ánimo de lucrarse en la reventa; se trata de un contrato complejo porque además de dar típico lleva consigo una obligación de hacer.*

OBLIGACIÓN ACCESORIA DE TRANSPORTE POR CUENTA DEL COMPRADOR: *La circunstancia de que el envío de lo construido y vendido corriese a cargo de una empresa distinta y fuese por cuenta del comprador constituye un contrato auxiliar o complementario del primitivo y principal que no desvirtúa la naturaleza de éste.*

LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE VENDEDOR: *Lo es el domicilio particular de quien compra a efectos de determinar la competencia. ([S. de 29 de septiembre de 1969; cuestión de competencia.]*

5. INTERESES LEGALES DE CANTIDAD NO LÍQUIDA: IMPROCEDENCIA: *Como la sentencia de segunda instancia hace una verdadera liquidación para determinar la cantidad que ha de pagar el demandado como indemnización de daños*

y perjuicios, es improcedente el pago de intereses legales que la misma contiene. [S. de 8 de octubre de 1969; ha lugar.]

6. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CASACIÓN: *A efectos del recurso extraordinario que regula el artículo 1.695 de la LEC, se entiende por ejecutoria lo mandado en la sentencia firme de cuya ejecución se trate, y por proveer en contradicción a lo ejecutoriado cuando al hacerlo se contraría sustancialmente lo estatuido en ella.*

INTERESES DE LAS CANTIDADES CONSIGNADAS PARA EVITAR EMBARGO: *Habiéndose realizado consignaciones para evitar gastos y molestias del embargo, sin perjuicio de los recursos interpuestos, tales consignaciones no son liberatorias, ni surten los efectos del pago, sino que equivalen al embargo, de suerte que mientras éste subsista conserva el deudor el carácter de dueño de las cantidades consignadas. [S. de 11 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

7. COMPROVENTA DE INMUEBLES: CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE USURA: *Haciendo uso de la extraordinaria facultad que la Ley de Usura concede a los Tribunales para formar libremente su convicción, la Sala declara que el contrato básico es indudablemente de compraventa, y que no resulta encuadrable en aquella Ley, tratándose de un contrato claramente definido en el Código civil, de carácter y finalidad diversa del préstamo, dadas sus características, así como su génesis y desarrollo posterior.*

INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No existe vulneración de la doctrina invocada y del principio de equidad que la anima, habida cuenta de las circunstancias que en el caso concurren y de la actitud dilatoria adoptada por el demandado, hoy recurrente, y su tardanza en cumplir lo convenido. [S. de 30 de abril de 1969; no ha lugar.]*

Se trataba de la compra de unos locales comerciales cuya entrega demoraba el vendedor, reclamándose el desalojo juntamente con el abono de la cláusula penal pactada y el rembolso de ciertos pagos hechos por cuenta de aquél según contrato. El vendedor pretendía que el contrato había sido de préstamo. La Audiencia la había condenado a las costas de la segunda instancia.

8. MANDATO ONEROZO: SALDO NO JUSTIFICADO: *El Tribunal de instancia declaró probado que el recurrente contratista de obras y dado de alta a efectos contributivos, en la época en que fue construido dicho inmueble, recibió encargo de los recurridos de desempeñar los servicios propios de su calidad de contratista, y por ello, con base en el párrafo 2.^o del artículo 1.711 C. c., afirmó la presunción de retribución del mandato conferido, pero no estimó justificado el saldo acreedor reclamado, incluido el porcentaje del beneficio industrial, debido al confusionismo e inconcreción de la liquidación de cuentas presentada, que imposibilitaba hacer una computación objetiva de las cifras del haber y del debe, debido a la carencia de puntos de referencia concretos que*

permitan una estimación, siquiera aproximada, de la situación deudora o acreedora de las partes. [S. de 25 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

9. MANDATO: RENDICIÓN DE CUENTAS: *La obligación de rendición de cuentas, expresamente impuesta al mandatario por el artículo 1.720 C. c., es una aplicación de la regla general a la que están sujetos todos los que por cualquier título administran negocios ajenos, y para el mandatario está fundada en principios de moralidad y de justicia, viniendo a ser como el último acto de su gestión, la cual sería incompleta si no indicase al mandante todo lo que ha hecho por él, todo lo que ha pagado y todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha asumido frente a los terceros, y las que los terceros asumieron frente a él si actuó en nombre propio, o frente al mandante si lo hizo como representante, de modo que pueda tener el mandante la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario y pueda juzgar si aquél ha administrado como un buen padre de familia.*

LA CONVIVENCIA ENTRE MANDANTE Y MANDATARIO NO EXIME DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS: *No obsta al cumplimiento de la obligación de rendir cuentas la circunstancia de la convivencia de ambos contratantes por ser hermanos, ni la dificultad derivada de la falta de antecedentes, dado el carácter familiar de vida y sustento común, afectando a ciertos gastos sin la debida prueba por parte del mandatario, todo lo cual podrá entrañar mayor o menor facilidad en la liquidación a practicar, pero en modo alguno le exime de llevarla a cabo.*

VALIDEZ DEL PACTO DE RENUNCIA A LA RENDICIÓN DE CUENTAS: *Aun cuando en la doctrina científica no faltan autores que consideren esencial al mandato la obligación de rendir cuentas, sin embargo, considerándola como elemento simplemente natural, no hay inconveniente en la admisión del pacto que dispensa al mandatario de rendirlas, siempre que conforme a las circunstancias no sea contrario a la moral según el artículo 1.255 C. c., pacto que en este caso no medió. [S. de 28 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

10. ERROR DE HECHO: CONTRATO DE OBRA CON SUMINISTRO DE MATERIALES: *El error de hecho en la apreciación de la prueba implica una apreciación lógica en la cual el órgano jurisdiccional al examinar los medios de prueba examinados en el proceso no les otorga el valor y eficacia que los preceptos legales aplicables les atribuyen, por lo cual viene a infringir esos preceptos que conceden a dichos medios un determinado alcance probatorio; admitido esencialmente por el demandado un documento relativo al estado de cuentas del contrato de arrendamiento de obra, incide en error la sentencia que estima su contenido únicamente para unas partidas y lo excluye para otras, figurando ambas en el mismo documento y no habiendo sido redargüidas de falsas. [S. de 15 de noviembre de 1969; ha lugar.]*

11. ARBITRAJE LIBRE O IMPROPPIO: DIFERENCIAS CON EL ARBITRIO DE UN TERCERO: *Frente a lo dispuesto con carácter general en los artículos 1.114, 1.254 y*

1.258 C. c., el precepto especial y posterior contenido en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la Ley de Arbitrajes establece, respecto al llamado arbitraje libre, irritual o impropio, que cuando en forma distinta a la regulada en dicha Ley, dos o más personas hubieren pactado la intervención dirimente de un tercero, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes sólo en el caso de que también hubieran aceptado expresa o tácitamente su decisión después de admitida; sin que a ello pueda oponerse el párrafo 2.º del artículo 1.598 C. c., dado que aquí no se prevé un supuesto de arbitraje impropio o informal, sino más bien una de las hipótesis de arbitrio de un tercero en la fase de consumación del contrato de obra. [S. de 29 de marzo de 1969; no ha lugar.]

12. DAÑOS Y PERJUICIOS POR ATROPELLO DE AUTOMÓVIL CON RESULTADO DE MUERTE: CONCURRENCIA DE CULPAS: Si bien es cierto que la víctima, sin adoptar las más elementales precauciones, intento cruzar la carretera de izquierda a derecha, a escasa distancia de la motocicleta que circulaba en dirección contraria a la del peatón, resultando éste con lesiones que originaron su muerte, es igualmente cierto que el recurrente, conductor de la motocicleta, circulaba a velocidad inadecuada a la escasa intensidad de la luz de cruce del vehículo, circunstancia por la que debía extremar su atención, no advirtiendo la presencia del peatón hasta que le atropelló, por lo cual debe apreciarse la concurrencia de culpas. [S. de 8 de octubre de 1969; no ha lugar.]

13. DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: CARÁCTER DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO: EMPLEO DE LA DILIGENCIA DEBIDA: La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración que la responsabilidad exigible a los empresarios, a tenor del artículo 1.903 C. c., por la conducta culposa o negligente de sus empleados que hubiere ocasionado daños a un tercero no tiene el carácter de subsidiaria respecto de la que establece el artículo 1.902, sino el de directa, derivada de la "culpa in eligendo" o "in vigilando", distinta de la "in operando" cuya imputabilidad corresponde exclusivamente al autor del evento determinante de la indemnización reclamada, aunque de los artículos citados no aparece incompatibilidad entre las acciones que tiene el dañado contra el dañador y contra la empresa en que éste es empleado o dependiente, pudiendo acumularse; acreditado que el empresario prohibió al dependiente conductor admitir en su vehículo pasajeros de cualquier clase y condición ajenos al tráfico de la empresa, es evidente que puso de su parte cuanto estaba en sus posibilidades, ya que no tenía a su alcance la vigilancia material y física de la actuación del conductor de la furgoneta.

EXONERACIÓN DEL RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO: La exoneración de responsabilidad del empresario lleva consigo necesariamente la de la Compañía de Seguros como responsable civil subsidiario. [S. de 24 de febrero de 1969; ha lugar.]

14. DAÑOS Y PERJUICIOS POR CULPA EXTRAContractUAL: Declarado probado que la instalación eléctrica de la empresa era deficiente y en disposición de causar daños, es evidente la negligencia en que ha incurrido aquélla.

COMPATIBILIDAD CON LA INDEMNIZACIÓN LABORAL POR ACCIDENTE DE TRABAJO: *Es compatible la indemnización de tipo laboral por accidente de trabajo cuando éste se realiza con todas las garantías y precauciones [y que asume la seguridad social] con aquella otra derivada de actos culposos o negligentes del patrono, originantes de acción aquiliana.* [S. de 21 de marzo de 1969; no ha lugar.]

15. COMPROMISO OTORGADO POR APODERADO: EXTRALIMITACIÓN DE MANDATO: *El apoderado a quien se le faculta para concretar libremente los términos del arbitraje así como el nombramiento de los árbitros, no se extralimita si pacta sobre la disolución de la sociedad.*

ACTOS PROPIOS: *El poderdante que otorga personalmente prórroga del plazo señalado a los árbitros, exponiendo que se sometió a éstos la liquidación y extinción de la sociedad de referencia, no puede ir válidamente contra sus propios actos alegando extralimitación en el poder, pues lo ha ratificado.*

PRÓRROGA DEL PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO: *Aun cuando la doctrina general sea que la prórroga ha de otorgarse dentro de la vigencia del plazo primitivamente concedido, la jurisprudencia de la Sala 1.^a contenida en la Sentencia de 2 de febrero de 1968, que ratifica otras varias que enumera, ha declarado que ello no obsta el caso en que la prórroga haya sido otorgada por los propios compromitentes cumpliendo los requisitos requeridos para la escritura de compromiso.* [S. de 22 de octubre de 1969; no ha lugar.]

16. ARBITRAJE DE EQUIDAD: PUNTO NO SOMETIDO A DECISIÓN DEL ÁRBITRO: FIJACIÓN DE LINDERO: *No se ha excedido el árbitro de lo que es materia del arbitraje, pues al tratarse de la fijación de un lindero, lleva consigo necesariamente una situación de controversia y confusión sobre éste, respecto a materia que ni aquí es planteada como reivindicación del dominio, ni los términos del laudo revelan que el árbitro se haya pronunciado sobre cuestión distinta del límite pertinente.* [S. de 12 de enero de 1970; no ha lugar.]

El objeto del arbitraje quedó claramente fijado en la escritura de compromiso: "Deslindar la finca propiedad del señor Ballús de la del señor Bach, marcando tales lindes con hitos o mojones que de forma permanente permitan separar dichas propiedades". Se trataba de un típico supuesto de individualización de inmuebles encomendada a un arbitraje de equidad. El recurso se fundamenta en que el árbitro había decidido cuestiones dominicales. lo que el recurso rechaza porque el laudo se había limitado a declarar que "el línde que separa la finca del señor Ballús de la del señor Bach es el pie de pared que se halla al este o, mejor, noroeste de la llamada pieza D con referencia al plano examinado".

17. DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA: DIFERENCIAS ENTRE LA CULPA PENAL Y LA CULPA CIVIL: *La sentencia absolutoria dictada en la jurisdicción criminal no vincula a la jurisdicción civil*

por las diferencias existentes entre la responsabilidad penal derivada de la culpa o negligencia y la de orden civil, que se rigen por preceptos diferentes, están sometidas a jurisdicciones distintas e independientes y es diverso el sistema de apreciación de las pruebas; el límite mínimo de la culpa o negligencia para producir efectos en Derecho penal está integrado por el grado de culpa media, o sea, la simple imprudencia, siendo inoperante la culpa leve; en el Derecho civil no sucede igual ya que, de una parte, la culpa en grado medio es la que normalmente opera en la esfera contractual, y la culpa leve se refleja generalmente en la responsabilidad extracontractual; el fallo absolutorio con soporte en la inexistencia de culpa no puede producir efectos vinculatorios en la jurisdicción civil, porque en ella se declaró una culpabilidad degradación inferior o menor que la requerida por el Derecho penal. [S. de 6 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

Esta sentencia merece destacarse por razones de fondo y de forma. En primer lugar por haber resucitado la antigua doctrina de la gradación de la culpa, a pesar de que, como dicen los ANOTADORES, II-1.^o, p. 230, "el C. c. español no sigue el sistema de la división de la culpa en grados, sino un sistema de elasticidad". Según Cossío, *El dolo en el Derecho civil* (Madrid, 1955), p. 139, los intérpretes del Derecho Romano admitieron tres grados de culpa: culpa lata, la negligencia máxima del deudor que omite las precauciones más elementales, que no prevé lo que prevén todos, y por consiguiente culpa que hace presumir el dolo; culpa leve, omisión de los cuidados y precauciones usados generalmente por los buenos padres de familia; y culpa levísima, los descuidos en que caen hasta los hombres de extraordinaria prudencia, y de que apenas pueden defenderse las personas extraordinariamente cuidadosas y diligentes. Esta doctrina es acogida desde Accursio y Alciato hasta Cuyacio, Godofredo, Fabro, Vinnio, Heinneccio y Pothier. La sentencia excluye del ámbito penal el grado mínimo de culpa, o sea, la que los antiguos denominaban la culpa levísima. Puede preguntarse la utilidad de resucitar una doctrina que se presta más bien a confusión.

La innovación formal consiste en la disposición interna de los considerandos que ya no constan de un único párrafo, sino que contienen varios, divididos por punto y aparte. No cabe duda que esta nueva disposición formal permite una mayor agilidad en el momento de redactar la fundamentación del fallo. En Francia se ha iniciado un movimiento de reforma en el estilo de redactar las sentencias. ¿Estaremos en vísperas de una revolución en el estilo de nuestros Tribunales? La sentencia que anotamos tiene como ponente al Excmo. Sr. D. Manuel Prieto Delgado.

18. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NULIDAD DEL EMPLAZAMIENTO: *La nulidad del emplazamiento equivale a su falta, y la vía procesal adecuada para impugnarla no es el recurso por infracción de ley, sino por quebrantamiento de forma.* [S. de 16 de octubre de 1969; no ha lugar.]

19. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Se incurre en falta de claridad y precisión cuando se acusa la infracción de un solo precepto legal invocando*

dos conceptos que son incompatibles entre sí, puesto que la interpretación errónea parte de la aplicación de una norma que es la adecuada, pero a la que no se ha dado su verdadero sentido, mientras que la aplicación indebida presupone la existencia de unos hechos a los que no corresponde la norma aplicada por el sentenciador.

CUESTIONES NUEVAS: *Lo son, a todos los efectos, las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y discusión. [S. de 18 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

20. RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: AUTO FIJANDO RESULTADO LIQUIDACIÓN DE FRUTOS PERCIBIDOS O PODIDOS PERCIBIR: *Si bien el artículo 1.695 LEC permite la casación contra los autos que dicten las Audiencias en ejecución de sentencia cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o se provea en contradicción con lo ejecutoriado, el artículo 944 de la misma Ley introduce una excepción para el supuesto de que el contenido del auto se limite a fijar la cantidad líquida que debe abonarse con arreglo a la ejecutoria, según han declarado las SS. de 19 de noviembre de 1907, 21 de enero de 1932 y 25 de enero de 1935. [S. de 7 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

VI. Colaboración de Antonio IPIENS LLORCA

1. RETRACTO ARRENDATARIO URBANO: NATURALEZA DEL CONTRATO: *Sólo quien ostenta el carácter de arrendatario puede ejercitar el derecho de retracto. En el caso discutido no se trata de un contrato de arrendamiento, pues aunque las partes lo califiquen como tal, hay que estar a la naturaleza de las prestaciones, y de su examen resulta que no se señala renta ni se fija duración, y únicamente se habla de la ocupación o retención de la cosa mientras no se amortice una cantidad anticipada para obras. [S. de 28 de febrero de 1969; no ha lugar.]*

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO: UNIDAD FINCA: *Aunque hipotecariamente figuraba como una sola finca en el Registro de la Propiedad desde 1927, en realidad eran dos: los números 5 y 7 de la misma calle. Por lo que, arrendada una de ellas a un único arrendatario, cabe por éste el ejercicio del retracto al venderse ambos conjuntamente. [S. de 5 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO: *Cuando no se realiza ningún acto positivo de agrupación de pisos no cabe el retracto. [S. de 22 de abril de 1969; no ha lugar.]*

Se trataba de la venta de un edificio completo, excepto un piso, que ya estaba vendido.

4. RETRACTO: ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONOCIMIENTO DEL RETRAYENTE: CADUCIDAD: *Basta con que el retrayente tenga conocimiento cabal y completo de la operación de venta, sin que sea necesaria la notificación fehaciente, para que desde aquel momento empiece a contarse el plazo de caducidad.* [S. de 30 de octubre de 1969; no ha lugar.]

(En el mismo sentido las Sentencias de 27 de mayo de 1960, 26 de junio de 1962, 22 de marzo de 1963, 26 de junio de 1964 y 11 de mayo de 1966.)

VII. Colaboración de José PERE RALUY

1. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: INCUMPLIMIENTO DE "CONDICIONES" CONTRATUALES: *Estipulado en el contrato de arriendo de una industria que el negocio habría de seguir funcionando, a efectos fiscales, bajo un nombre determinado —el de la arrendadora—, si la parte arrendataria, aunque a efectos administrativos sanitarios, continuó manteniendo el negocio a nombre de la arrendadora, dio de baja a ésta en la contribución industrial, poniendo la licencia fiscal a su nombre, ello constituye causa de desahucio.* [S. de 19 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

2. TRANSACCIÓN: CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DERIVADO DE TRANSACCIÓN: PRÓRROGA FORZOSA: *El contrato de transacción, por la amplitud de su contenido, es susceptible de abarcar, dentro de su área, una o más figuras contractuales que, respondiendo a la finalidad prevista en el artículo 1.809 C. c., conservan su fisonomía y características; en tal negocio jurídico cabe distinguir dos clases de efectos, según se atienda a los que son peculiares y exclusivos del mismo —tendentes a evitar la provocación de un pleito o ponerle fin— o a los que derivan de cada uno de los contratos autónomos que puedan integrarse en él. Cuando en un contrato de esta índole y como uno de los pactos de que se compone, se haya concertado un arrendamiento de finca destinada a la instalación de una industria, su desenvolvimiento y contenido se someterá rigurosamente a las normas legales que regulan la materia, y entre ellas, a la prórroga forzosa, porque, de lo contrario, bastaría enmascarar estos contratos bajo la apariencia de una trasacción para frustrar los designios del legislador y dar al traste con la finalidad social perseguida, vulnerando el artículo 1.255 C. c. y las normas de la LAU sobre irrenunciabilidad de beneficios.*

ACTOS PROPIOS: *El principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos carece de eficacia respecto a los que no entrañan manifestamente el propósito de crear, modificar y extinguir algún derecho o situación jurídica preexistente.* [S. de 4 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

3. INDEMNIZACIÓN POR EL ARRENDADOR, AL ARRENDATARIO, DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR DEFICIENCIAS DEL EDIFICIO: *Estimado por la Sala de instancia que han existido en el local arrendado filtraciones que han producido goteras, que han perjudicado los géneros almacenados en el mismo, es evidente la co-*

recta aplicación de los artículos 107 y 116 de la LAU —al condenar al arrendador a indemnizar los daños causados—.

RENUNCIA DE DERECHOS EN MATERIA ARRENDATICIA URBANA: *La Sala I tiene declarado, en constante y repetida jurisprudencia, que si bien es lícita y tiene perfecta validez, la renuncia por el arrendatario del local de negocio de los derechos y beneficios que la Ley le concede, salvo el de prórroga contractual, no lo es, ni tiene eficacia jurídica; la de los derechos reconocidos por las leyes posteriores, aun los que, reconocidos con anterioridad, son regulados por aquélla en forma distinta, bien en su alcance, como en la forma de hacerlos efectivos.* [S. de 13 de octubre de 1969; no ha lugar.]

4. REDUCCIÓN DE RENTAS A LA CUANTÍA DE LA QUE SIRVE DE BASE TRIBUTARIA: NECESIDAD DE QUE LA RENTA A REDUCIR SE HAYA EFECTIVAMENTE PAGADO: *De la literalidad del artículo 103 de la LAU se deduce que a los efectos de la reducción de la renta, los elementos que hay que comparar son, de una parte, la renta declarada por el arrendador, y de otra, la que viniera abonando el arrendatario y no la pactada pero no abonada, porque, precisamente por el impago de ella, no puede ser comparada con la declarada. No procede la reducción si no hubo pago de la renta que se pretende reducir, sino sólo ofrecimiento de la misma, que no fue consignada, sin que, por tanto, se produjeran los efectos liberatorios de pago* [S. de 24 de octubre de 1969; ha lugar.]

NOTA.—Las dos sentencias de instancia, ateniéndose más al espíritu de la norma que —como ha hecho el T. S.— a la literalidad del precepto, estimaron la acción deducida. La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en extensa fundamentación basada en la letra del artículo 103 y en la discutible doctrina sobre la interpretación restrictiva de las normas de carácter fiscal, viene a introducir una limitación más a las muchas que ya pesan sobre la norma de reducción de rentas al tipo fiscal, cuya eficacia práctica ya quedó muy menguada al limitarse a dos años la efectividad de la reducción, como consecuencia de la reforma de la LAU.

5. PRÓRROGA LEGAL Y PRÓRROGA CONVENCIONAL: *La tesis según la cual, convenido en el contrato que el plazo de duración del arriendo sea de cinco años, prorrogable por quinquenios sucesivos, de no mediar aviso por escrito de una de las partes, se encuentra —pasado el primer quinquenio sin denuncia— en vigencia contractual y no es aplicable la denegación de prórroga legal del arriendo, es inaceptable, porque la LAU dispone, como principio general, la prórroga obligatoria para el arrendador y voluntaria para el arrendatario y todo pacto sobre el particular implica limitación del dispositivo legal* [S. de 25 de abril de 1969; no ha lugar.]

NOTA.—Una vez más, el T. S. proclama la incompatibilidad de las prórrogas convencionales tácitas con la prórroga legal; niega eficacia al juego de las prórrogas convencionales tácitas, por estimar que supondrían una vulneración de las normas inderrogables sobre prórroga legal. En rigor, la incompatibilidad que el T. S. cree ver entre prórroga legal y convencional no existe si se da a la segunda su verdadero valor y alcance: no el de

suponer que facultan al arrendador a dar por extinguido el contrato y desalojar al inquilino una vez producida la denuncia, sino el de yuxtaponer al plazo contractual —anterior al período de prórroga legal— un nuevo plazo de prórroga convencional, en el que no cabría la denegación de prórroga forzosa. La denuncia del contrato en cualquiera de los quinquenios siguientes al primero no produciría el efecto de extinguir el arriendo, sino el de finalizar la fase contractual y abrir el período de prórroga forzosa. Entendida así la cláusula de prórroga convencional, no perjudicaría al arrendatario, sino al arrendador, y dado el principio de renunciabilidad de los beneficios de éste, es indudable que sería licita tal cláusula. Sin embargo, la orientación del T. S. en sentido contrario parece firme y difícilmente reversible.

6. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: INDEMNIZACIÓN A FIJAR POR LA JUNTA DE ESTIMACIÓN: ARRIENDO EXTINGUIDO CON ANTERIORIDAD A LA ACTUACIÓN DE LA JUNTA: *Si el arriendo quedó extinguido con arreglo a las normas de la Ley del Suelo de 1956, decidiéndose, con arreglo a la legislación vigente al tiempo de la extinción, la terminación del arriendo y la indemnización por desalojo según dicha legislación, el hecho de que el arrendatario, sin retirar la suma indemnizatoria consignada, solicite y obtenga la constitución de una Junta de Estimación para fijar una nueva suma indemnizatoria, no puede dejar sin efecto las consecuencias de la extinción legalmente operada, por lo que procede declarar la nulidad del acuerdo de la Junta. [S. de 22 de octubre de 1969; ha lugar.]*

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: EXISTENCIA DE NECESIDAD Y ADECUACIÓN DE LA FINCA RECLAMADA PARA SATISFACER LA NECESIDAD: *Son dos cuestiones diferentes, que no cabe confundir, la de si existe necesidad, cuestión de examen previo, y la de si el local reclamado es apto para cubrir la necesidad. No procede denegar la prórroga por necesidad si las condiciones de peligro que el demandante atribuye al local en el que actualmente tiene instalada su industria son las mismas que tenía cuando se instaló en el local, y si la pléthora que alega de materias primas y utensilios no iba a disminuir en el local que reclama, dada la poca diferencia de extensión existente entre los locales.*

FORMALISMO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *No puede prosperar el recurso en que no se concreta cuál de las varias normas que contiene el artículo citado es la que se reputa violada. [S. de 24 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DEL LOCAL: ARRIENDO QUE AÚN NO HA ENTRADO EN FASE DE PÓRROGA LEGAL: *No procede la resolución del arriendo por cierre del local si el hecho se produjo dentro de los diez años de vida previstos para el arriendo y antes de que el mismo entrara en la fase de prórroga.*

RESOLUCIÓN POR CESIÓN, SUBARRIENDO O TRASPASO: *No es racional la deducción de la existencia del traspaso, cesión o subarriendo, del simple hecho de que en un local se descargara un vehículo que ostentaba un determinado*

nombre, correspondiente, no a una sociedad, sino a una marca, y de que se vendieran en dicho local géneros con envoltura de tal nombre y se anunciará la apertura con referencia al mismo. [S. de 14 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

Nota.—Véanse íntegros los considerandos de esta sentencia, particularmente el segundo, muy extenso, que revela un plausible criterio restrictivo en cuanto a la apreciación de la existencia de cesión, subarriendo o traspaso.

9. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR NO USO: JUSTA CAUSA: *La justa causa ha de provenir de actos no imputables al arrendatario, por lo que no puede estimarse justificado el no uso debido a la negligencia u olvido de los organismos administrativos encargados de actuar respecto al contrato de arriendo de un local a un órgano estatal. [S. de 24 de septiembre de 1969; no ha lugar.]*

10. RESOLUCIÓN POR NO USO: CUESTIONES DE PRUEBA: *Los documentos acreditativos del alta en una actividad profesional no demuestran el uso del local.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Las declaraciones testificales no merecen el concepto de documentos a efecto de demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba. [S. de 13 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

11. RESOLUCIÓN POR DERRIBO PARA RECONSTRUIR: COMUNICACIÓN DE DOMICILIO A EFECTO DE NOTIFICACIONES: *La exigencia legal del artículo 105 de la LAU de 1946 de que el arrendatario comunique por escrito certificado su domicilio para notificaciones, lo que persigue es que el arrendador pueda hacerle saber cualquier acto relacionado con el retorno, fin que se cumple, no sólo al señalarlo al abandonar el inmueble para reedificar, sino en cualquier momento anterior a la terminación de las obras.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERRO, DE HECHO: *Las manifestaciones de las partes en los escritos y en actas notariales y el reconocimiento judicial no pueden ser invocados como prueba del error de hecho.*

COSTAS: *Si en la sentencia de primera instancia no se dio lugar al suplico de la demanda en su totalidad, ni a las pretensiones del demandado, al no hacerse expresa condena en costas no se infringió la LAU. [S. de 25 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

12. RESOLUCIÓN POR DERRIBO PARA REEDIFICAR: DERECHO DE RETORNO: COMUNICACIÓN DE DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES: *Según reiterada jurisprudencia de la Sala I, la carga de hacer constar el domicilio para oír notificaciones, puede realizarse no sólo en el momento del abandono del local que ha de reedificarse, sino en cualquier instante antes de terminarse las obras y de que el nuevo local quede apto para ser recuperado.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *Al no haberse debatido una cuestión en la instancia, constituye "cuestión nueva", inaccesible al recurso de la injusticia notoria.*

INJUSTICIA NOTORIA: NECESIDAD DE INVOCAR EL PRECEPTO INFRINGIDO: *Alegada una cuestión jurídica, sólo puede ser examinada en injusticia notoria de haberse aducido por el impugnante los preceptos o doctrina legal referentes a la cuestión.*

COSTAS EN LA PRIMERA INSTANCIA: *Si sólo se estimaron parcialmente los pedimentos del actor, no debieron imponerse las costas de primera instancia al demandado. [S. de 29 de septiembre de 1969; ha lugar.]*

13. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO TRASPASO: MODIFICACIONES SOCIALES QUE NO CONSTITUYEN TRASPASO: *Alegado por el recurrente que puede no haber cambio de forma de una sociedad y subsistencia, al menos aparente, de la personalidad social y darse, en cambio, una alteración de los elementos extrínsecos o intrínsecos que la integran y producirse en realidad la intromisión de un tercero en el local arrendado, hay que afirmar que, aunque tal punto de vista no es repudiable, ya que no se puede negar la posibilidad a que alude ni la ortodoxia de la conclusión, lo difícil es, no la aceptación de tal doctrina, sino la puesta en práctica de la misma, ya que ha de huirse de los extremos inadmisibles de que cualquier cambio en la reglamentación de la Sociedad puede ser esgrimido por el arrendador para privar a aquélla del local en que ejerce su actividad mercantil o industrial, o bien de que la entidad social aproveche las normas protectoras de su permanencia en aquél para efectuar reformas internas de tal envergadura que lleguen a producir la resultancia práctica que el traspaso inconsentido supone; se trata, pues, de una cuestión delicada, que, a falta de prevenciones legales más concretas que las que se ofrecen en la actualidad, ha de referirse al prudente juicio de los Tribunales, que deberán examinar, en cada caso singular, cuál es el fin perseguido por la reforma social, la índole y alcance de la misma y su repercusión en el estado posesorio creado por la relación arrendaticia. [S. de 30 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

Nota.—El arrendador planteó su demanda resolutoria con base en el hecho de que la sociedad arrendataria había sufrido las siguientes modificaciones: a) cambio del nombre Macaya, S. A. por el de Macaya Agrícola, S. A.; b) concreción del objeto social diciendo que el mismo será "la fabricación y distribución de toda clase de tipos de productos químicos relacionados con la agricultura y como industria auxiliar de la misma, así como la fabricación y distribución de equipo y maquinaria agrícola"; c) aumento del capital social mediante la emisión de acciones nominativas; d) aumento del número de socios integrantes del consejo de administración y de la duración del mandato conferido a los mismos; e) liberación de trabas referentes a la transmisibilidad de acciones. El Tribunal Supremo entiende que la transformación en cuestión no es constitutiva de traspaso, criterio que ya había mantenido la Audiencia. El simple hecho de que se haya podido plantear una demanda resolutoria por traspaso ilícito, con base en semejante modificación social, indica hasta qué punto la doctrina del Tribunal Supremo sobre consideración como traspaso de cambios sociales que no entrañaban cambio de la personalidad jurídica arrendataria, ha introducido un factor de inseguridad en las sociedades arrendatarias deseosas de introducir modificaciones sociales. Afortunadamente en el caso enjuiciado no prevaleció la tendencia extensiva de la resolución, aunque ciertamente las consideraciones que se realizan en la sentencia resolutoria del recurso obligaron

a extremar la cautela en materia de modificaciones sociales en las entidades arrendatarias. La referencia de la sentencia a que la falta de prevenciones legales más concretas que las que se ofrecen en la actualidad determina que haya de deferirse al prudente juicio de los Tribunales el efecto resolutorio de la modificación, entraña un grave riesgo para la seguridad jurídica, siempre amenazada por el arbitrio judicial; por otra parte no se advierte que exista realmente una falta de concreción legal, pues las normas de la LAU son muy claras al respecto: el traspaso supone la transferencia de una sociedad a otra, y no cabe hablar de traspaso cuando el ente arrendatario sigue siendo el mismo, pese a las modificaciones que haya sufrido la sociedad.

14. RESOLUCIÓN POR TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESCRIPCIÓN: INVOCACIÓN DE LA MISMA POR EL CESIONARIO: *El cessionario, al ser demandado en el proceso resolutorio por cesión ilegal, y personarse en el juicio, puede utilizar, en su defensa, cuantas acciones y excepciones apoyen su propia pretensión al ser interpelado para ello, siendo evidente que pudo oponer la excepción de prescripción; máxime cuando el artículo 1.937 del C. c. expresamente autoriza a cualquier persona interesada a poder utilizarla aun en el caso de renuncia del deudor.* [S. de 28 de octubre de 1969; no ha lugar.]

NOTA.—La sentencia de instancia denegó la excepción de prescripción de la acción con base en que, al tratarse de una cesión de local de negocio, en que la LAU no exige demandar al cessionario, la excepción de prescripción pertenecía exclusivamente al arrendatario cedente y no podía ser alegada por el cessionario. El T. S. sienta la correcta doctrina antes resumida, que tiene un decisivo apoyo en el citado artículo 1.937 del C. c.; pero aun de no existir esta norma habría igualmente que llegar a la conclusión de que cualquier afectado por la resolución podría alegar la excepción de prescripción y ciertamente nadie más afectado que el cessionario, que por el juego de la prescripción deviene arrendatario. En el caso contemplado por la sentencia objeto de esta nota el resultado final fue, de todos modos, desfavorable para el cessionario, pues el T. S., al entrar en el examen de la prescripción, advirtió que, por defecto de tiempo, la acción no había prescrito.

15. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO SUBARRIENDO: INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN LA COSA ARRENDADA: *Si en el local arrendado, junto con un agente de la entidad arrendataria, desarrollaba sus actividades otra entidad, es aplicable la causa resolutoria basada en subarriendo, ya que para la resolución fundada en dicha causa basta con que se dé la introducción de la vivienda o local arrendado de una tercera persona, siendo irrelevante: que la ocupación sea a título de cesión, traspaso o subarriendo y sin que sea necesario la prueba directa de todos los elementos del contrato a que responde, y la calificación jurídica del hecho realizado.*

INTRODUCCIÓN DEL TERCERO REALIZADA POR UN AGENTE DEL ARRENDATARIO SIN CONOCIMIENTO DE ESTE ÚLTIMO: *Aunque la ocupación de un local por un agente del arrendatario no es causa de resolución por muchas facultades que se le concedan en el uso de la finca arrendada, ha de estimarse como cesión, traspaso o subarriendo, la introducción de una tercera persona en la finca, que se haga por el agente o representante del arrendatario excediéndose de sus facultades y aun desconociéndolo su principal, pues*

éste debió ejercer sobre su agente una vigilancia tanto más estrecha cuanto más amplia sea la autonomía al mismo concedida. [S. 10 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

16. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO TRASPASO: FORMACIÓN DE SOCIEDAD CONSENTIDA POR EL ARRENDADOR: *No procede la resolución del arriendo si se acredita que el arrendador sabía de antemano y dio autorización para que ambos demandados, debidamente asociados, explotasen en común el negocio instalado en el local de autos.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error en la apreciación de la prueba a que se contrae la causa 4.^a del artículo 136 ha de ser manifiesto y acreditado por la documental o pericial obrante en autos, es decir, por pruebas de esa clase que, por sí, sin necesidad de razonamientos, interpretaciones y deducciones, patenticen lo contrario de lo afirmado por la sentencia recurrida. La contestación dada en un acto de requerimiento no tiene el carácter de prueba documental ni pericial, sino de confesión extrajudicial, que no es idónea para fundamentar el recurso.* [S. de 5 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

17. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: DESALOJO DE SUPUESTO SUBARRIENDO ANTERIOR AL ARRIENDO: *Si la sentencia del Tribunal "a quo" declara, sin que haya sido impugnado, que la ocupación parcial del inmueble por la persona a la que se quiere desalojar como subarrendatario —al resolverse el arriendo— es anterior al contrato de arrendamiento y no puede ser una secuela del mismo, la acción está mal entablada contra el subarrendatario, ya que el arrendador debió dirigirse directamente contra el supuesto subarrendatario, como ocupante del local, cualquiera que fuera el título que amparara la ocupación.*

ARRENDAMIENTO SOLIDARIO O MANCOMUNADO: *Dado el artículo 1.137 del C. c., no cabe admitir que, siendo el arrendamiento único para los dos arrendatarios, sin determinación de la parte de renta que cada uno debe abonar, disfrutando ambos la totalidad y cada una de las partes de la casa arrendada, deba estimarse la solidaridad de los coarrendatarios, ya que la solidaridad no se presume, y al no constar el carácter solidario del arrendamiento debe reputarse mancomunado.*

INJUSTICIA NOTORIA: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Es deficiente la formulación de un recurso sin expresar el concepto de la infracción.* [S. de 29 de septiembre de 1969; no ha lugar.]

18. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: *El cambio de local de negocio en vivienda y el posterior en almacén, son cambios de destino que, efectuados de manera unilateral por el arrendatario, tienen como consecuencia la resolución del contrato.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN INJUSTICIA NOTORIA: *Si bien es cierto que la interpretación jurídica de los contratos como función privativa de los*

organismos jurisdiccionales de instancia puede ser combatida en casación, para ello es preciso que se demuestre que tales organismos incurrieron en error, en cualquiera de las dos fases que tiene la función interpretativa, es decir, al comprobar los elementos reveladores de la voluntad declarada de los contratantes o al aplicar a una determinada declaración de voluntad las normas legales correspondientes para fijar su sentido y alcance. [S. de 16 de enero de 1907; no ha lugar.]

19. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR RUINA: JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA LA DECLARACIÓN DE RUINA: *Al órgano jurisdiccional civil sólo incumbe examinar, tratándose de resolución por ruina, si se cumplió el trámite procesal de citar a los inquilinos o arrendatarios, para que puedan ser oídos y ejercitar el derecho de defensa, pero la propia declaración de ruina, es de competencia de la Administración y, en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa.* [S. de 18 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

20. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR ACTIVIDADES MOLESTAS: LEGITIMACIÓN: CRÍA DE GANADO DE CERDA: *Con arreglo a la vigente LAU, el arrendador, por su propia iniciativa y sin necesidad de que lo soliciten los usuarios del inmueble afectado, puede solicitar la resolución por actividades molestas. El cebo de ganado de cerda, calificado administrativamente como actividad molesta e insalubre y nociva, realizado además en condiciones inadecuadas, constituye causa de resolución del arriendo.*

PLURALIDAD DE CAUSAS RESOLUTORIAS: EXAMEN DE TODAS ELLAS EN EL JUICIO: APELACIÓN: *Cuando concurren varias causas de resolución puede acumularse su ejercicio en un solo proceso por evidentes razones de economía procesal y pedido por el actor la resolución por todas o por cada una de ellas tal pedimento obligaba al Tribunal a quien iba dirigida, y así lo entendió el órgano de primera instancia al pronunciarse sobre todas y cada una de las acciones acumuladas, y si bien al concederse una sola y rechazarse las demás en un fallo unitario, en definitiva se accedía a la resolución, y si el demandado se aquietaba, el actor no sufría agravio alguno, al no aquietarse el demandado y poner en tela de juicio el resultado por medio de la apelación, surgió el peligro potencial de lesión al actor, por lo cual para prevenir tal riesgo es idónea la adhesión a la apelación, obligando con ello al órgano "a quo" a pronunciarse sobre la misma.* [S. de 1 de diciembre de 1969; ha lugar.]

21. CONGRUENCIA: PLURALIDAD DE CAUSAS RESOLUTORIAS: ESTIMACIÓN DE UNA CAUSA: ÁMBITO DE LA APELACIÓN: *Fundamentada la acción resolutoria de arrendamiento en la concurrencia de tres causas, si bien el juzgador al estimar una de ellas no necesitó formular declaraciones sobre la procedencia o no de las otras dos, en acatamiento al principio de economía procesal, al conocer el órgano de apelación del recurso, con plena jurisdicción y revocar la sentencia de primera instancia, por estimar que no concurría dicha causa, debió entrar en el examen de las otras dos, formulando los oportunos pronunciamientos,*

en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 359 LEC, porque obtenido por el actor la resolución contractual instada no podía, por falta de declaración jurídica, recurrir la sentencia dictada, según tiene declarado la Sala I en constante doctrina, mas, por otra parte, al faltar el presupuesto de condena en virtud de la declaración de no concurrencia de la causa apreciada en la primera instancia, dejó de actuar el principio de economía procesal en que el Juez de instancia basó su abstención, pudiendo y debiendo el Tribunal de apelación suplir aquélla, formulando la oportuna declaración jurisdiccional sobre los puntos no resueltos por aquél. [S. de 8 de noviembre de 1969; ha lugar.]

22. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: PLURALIDAD DE CAUSAS, ESTIMADA UNA Y DESESTIMADA OTRA EN LA PRIMERA INSTANCIA: ÁMBITO DE LA APELACIÓN Y DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Alegadas por el actor las causas resolutorias de traspaso y obras, y estimada la demanda en cuanto basada en esta última causa, aunque no se apreciara la concurrencia del traspaso inconsentido, si el demandado recurrió sin que el actor lo haga ni se adhiera a la apelación, el órgano de apelación no puede abordar el examen de la causa de traspaso y si entiende que no procede la resolución por las obras ha de desestimarse la demanda, sin que quepa discutir, en el recurso de injusticia notoria, el tema relativo a la causa de traspaso, ya que el pronunciamiento de primera instancia fue consentido por el actor. [S. de 5 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

NOTA.—Compárese esta sentencia con las dos precedentes de 1 diciembre y 8 noviembre 1969, singularmente esta última, que en contraste con las otras dos y con otras de años anteriores apunta un criterio favorable al reconocimiento de la amplitud de jurisdicción en la apelación, cuya extensión sería muy interesante para evitar las consecuencias de la pasividad del actor vencedor en la primera instancia, ante una resolución estimatoria de su pretensión, aunque sólo sea por alguna de las causas alegadas. Sin embargo, en tanto no se generalice y afirme una doctrina de suficiente amplitud, el actor deberá adherirse a la apelación contra toda sentencia estimatoria que no examine la eficacia de alguna de las causas resolutorias invocadas o que niegue la efectividad de las mismas.

23. LAS SENTENCIAS DE DESAHUCIO Y LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *La presunción que en favor de la cosa juzgada establece el artículo 1.251 del C. c. no puede destruirse sino a través de los recursos de revisión o audiencia en rebeldía, o cuando se reserve a los litigantes la facultad de ejercitarse en otro juicio los derechos de que se crean asistidos, salvo en los casos en que el legislador disponga expresamente lo contrario, constituyendo las excepciones a la eficacia de la cosa juzgada en "numeris clausus" que determina su interpretación restrictiva. La jurisprudencia de la Sala I ha declarado que las mismas no gozan de la autoridad de la cosa juzgada con relación a las futuras contiendas judiciales que se susciten acerca del derecho de propiedad sobre el inmueble discutido o se dirijan a obtener un mandato de prioridad entre diversos títulos en colisión o conseguir la declaración de inexistencia o nulidad de dichos negocios jurídicos, o en los supuestos en que no coinciden las razones de pedir o problemas planteados*

y en aquellos otros en que el pronunciamiento que pueda recaer en el segundo afecte a personas que no fueron parte en el primero, es decir, en todos aquellos eventos en que entre los dos litigios no haya las identidades exigidas, en que el tema "decidendi" escape de los estrechos límites del desahucio o en que el fondo del asunto haya quedado inédito por razón de excepción dilatoria, admitiéndose, en cambio, la plenitud de efectos de la cosa juzgada cuando el objeto de la controversia en que la "res iudicata" se invoca, coincida, en su totalidad, con el que fue debatido y resuelto en el juicio de desahucio. [S. de 21 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

Nota.—Se dictó la anterior sentencia en juicio sobre nulidad de una sentencia de desahucio referente a un arriendo que, en la resolución dictada en el primer proceso, fue considerado como de temporada contra el criterio del demandado, según el cual se trataba de arriendo de local de negocio protegido por la LAU. La sentencia de casación constituye un notable resumen de la moderna doctrina jurisprudencial sobre la materia, con cita de gran número de sentencias que perfilan adecuadamente el tema, en términos que ningún reparo suscitan a la luz de la legislación procesal vigente; sin embargo, de *lege ferenda* sería aconsejable un criterio más abierto por vía de una reforma del recurso extraordinario de revisión en términos que permitieran la revisión de las sentencias dictadas, según el recurrente, con incompetencia de jurisdicción en los casos en que, como consecuencia de no haberse estimado la excepción de incompetencia, se hubiera sustraído el conocimiento de la cuestión, en última instancia, al órgano judicial supremo.

24. INJUSTICIA NOTORIA: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *En el recurso extraordinario de injusticia notoria es causa de inadmisión y de desestimación el no precisar el concepto en que se reputa cometida la infracción de un artículo. [S. de 18 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

25. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CITA DE PRECEPTOS DE LEY DEROGADA: *Derogada la LAU de 13 abril 1956 con anterioridad a la iniciación del proceso base del recurso y fundamentado éste en el artículo 136 de la citada Ley y en el artículo 81 de la misma, ello es causa de desestimación del recurso. [S. de 5 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

26. RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *Si la interpretación dada por el órgano "a quo" a los contratos es racional, no procede la casación. [S. de 13 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

27. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *No cabe basar el error de hecho en dos documentos ya tenidos en cuenta por el órgano "a quo", máxime si el contenido de tales documentos es compatible con los hechos que el Tribunal de instancia afirmó probados. [S. de 11 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

28. INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE DOCUMENTO: CAUCE ADECUADO: *La impugnación de la interpretación de un documento hecha por el Tribunal "a quo" puede realizarse por el cauce de la causa cuarta de injusticia notoria.*

INJUSTICIA NOTORIA: INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: *No puede prosperar en injusticia notoria la alegación de inadecuación del procedimiento que no fue aducida en los escritos fundamentales del proceso.* [S. de 11 de octubre de 1969; no ha lugar.]

29. DEFECTUOSA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INVOCACIÓN DE LEYES DE APLICACIÓN INCOMPATIBLE: *Es causa de desestimación el hecho de amparar el recurso en una norma de la LAU de 1956, sin tener en cuenta que esta Ley fue derogada por la de 11 junio 1964, e invocar como infringido un precepto incluido en la LAU en la reforma de 1964.* [S. de 21 de octubre de 1969; no ha lugar.]

Nota.—El recurrente, que había planteado su acción al amparo de la LAU de 1964, al formalizar el recurso lo hizo invocando la causa de injusticia notoria 3.^a del artículo 136 de la LAU de 1956—coincidente, por otra parte, con la correlativa de la posterior LAU—, y señalando como precepto de derecho material infringido el núm. 5 del artículo 81 introducido en la LAU por la reforma de 1964. El evidente carácter de error material que ofrece el padecido por el recurrente, al equivocar la fecha de la Ley, no le salvó de las fatales consecuencias del criterio formalista del recurso supremo. Una lección más acerca del exquisito cuidado que ha de revestir la formalización de los recursos de injusticia notoria y de casación.

30. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: VINCULACIÓN DEL ÓRGANO SUPREMO A LOS HECHOS QUE SE DECLARAN PROBADOS EN LA INSTANCIA: *Es causa de desestimación la negativa pura y simple, en el recurso, sin razonamiento de ninguna índole, de los hechos afirmados en la instancia, ya que en el recurso de injusticia notoria es obligado el acatamiento a los hechos afirmados por la instancia mientras no sean desvirtuados en forma eficaz.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *No pueden invocarse como prueba del error de hecho los mismos documentos que el Tribunal tuvo en cuenta para formular su juicio, pues ello conduce no a acreditar una contradicción, que es lo que ampara la norma legal, sino a aspirar a una sustitución del criterio del juzgador por el de la parte, lo que, caso de intentarse, habría de hacerse al amparo de la causa 3.^a de injusticia notoria y con invocación de preceptos valorativos de la prueba.* [S. de 16 de octubre de 1969; no ha lugar.]

31. INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES DE HECHO: *Según reiterada doctrina de la Sala I, las cuestiones sobre la existencia o inexistencia de un contrato son cuestiones de hecho, al igual que lo son las referentes al pago o no pago de las rentas del arrendamiento, por lo que todas ellas están sometidas a la apreciación del Tribunal de instancia, cuyo criterio sólo puede impugnarse eficazmente alegando y demostrando la realidad de un error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.*

CONFESIÓN JUDICIAL: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LAS PRUEBAS: *La confesión no puede dividirse contra el que la hace. Dentro de la apreciación conjunta*

de la prueba, la fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los restantes medios de prueba y debe ser apreciada en combinación con las demás. [SS. de 27 y 31 de octubre de 1969.]

32. INJUSTICIA NOTORIA: ALCANCE DE LA CAUSA 4.^a: *Si bien la causa 4.^a del artículo 136 LAU no especifica si el error en la apreciación de la prueba a que se refiere comprende, como el número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C., tanto el error de hecho como el de derecho, de la redacción de aquel precepto se desprende, sin duda alguna, que se limita al error de hecho.*

Ocupación por tercero de la cosa arrendada: cuestiones de prueba: *No habiéndose acreditado que las empresas indicadas en las tarjetas de los buzones de correspondencia hayan autorizado, ni conocido siquiera, la circunstancia expresada, ni que se ejerza en los locales arrendados ninguna actividad comercial de los supuestos cesionarios ni acto alguno de posesión, ni siquiera de mera presencia, hay que desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia absolutoria. [S. de 30 de octubre de 1969; no ha lugar]*

VIII. Colaboración de José POVEDA DIAZ

1. AGUAS DE DOMINIO PRIVADO: PRESCRIPCIÓN: COMPETENCIA: *Son aguas de dominio privado aquellas que, aunque su origen tengan el carácter de públicas, discurren, mediante cauces artificiales, por terrenos de dominio privado. En su consecuencia, prescribe su aprovechamiento por el no uso durante más de veinte años, y corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de todos los litigios que se susciten acerca de la propiedad de las mismas, sin que deba en ningún caso intervenir como parte ningún órgano de la Administración.*

RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: *No infringe la Ley la sentencia que aplica las disposiciones legales, aunque no las cite expresamente.*

RECURSO DE CASACIÓN: FORMULACIÓN DEFECTUOSA: *Infringe el artículo 1.720 de la L. E. C. el escrito de interposición que agrupa en el mismo motivo distintos conceptos en que se considera infringida una Ley. [S. de 15 de octubre de 1969; no ha lugar.]*

2. PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES: *La enumeración de elementos comunes que establece el artículo 396 del C. c. no es exhaustiva y por ello no impide a las partes, por virtud del principio de libertad de contratación, hacerla extensiva a otras partes del edificio. Tampoco es obstáculo para considerar a una parte del edificio como elemento común, el hecho de no estar enumerado entre dichos elementos en la escritura, siempre que conste claramente de la misma que dicha parte se destina a servicios comunes, máxime si se tiene en cuenta que en la propiedad hori-*

zontal cada propietario es dueño de cuanto privativamente se le atribuye en el documento constitucional que es la escritura, perteneciendo todo lo restante a la comunidad de propietarios, para su uso y utilización conjunta.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: IDENTIFICACIÓN DE LA COSA: *La apreciación del hecho de estar o no estar suficientemente identificada la cosa objeto de reivindicación, corresponde exclusivamente al Tribunal "a quo". Por otra parte, no puede alegarse falta de identificación cuando las partes litigantes han estado conformes en el conocimiento y circunstancias de la cosa reivindicada.* [S. de 6 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

3. RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: *Las disposiciones secundarias del Reglamento Hipotecario no merecen el concepto de "Ley" o "Doctrina legal" a los efectos de lo prevenido en el núm. 1.º de los artículos 1.691 y 1.692 de la L. E. C.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: *Constituye una conducta procesal ilícita y constantemente reprobada por este Supremo Tribunal, invocar globalmente los múltiples documentos tenidos en cuenta por el Tribunal "a quo", con la finalidad de extraer de la personal valoración del conjunto de ellos un resultado fáctico opuesto al que imparcialmente obtuvo dicho Tribunal.* [S. de 24 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

4. RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: *No puede alegarse la infracción de un artículo en el que es evidente no se ha sustentado la sentencia recurrida.* [S. de 25 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

IX. Colaboración de Manuel TRENZADO RUIZ

1. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIDADES: *La causa de amparo ha de citarse necesariamente para cada uno de los motivos propuestos, por lo que esta omisión de carácter formal arrastra inevitablemente el fracaso de los mismos.* [S. de 7 de febrero de 1969; no ha lugar.]

2. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVO: INEXISTENCIA: *Contra la apreciación de la prueba testifical que hacen los Tribunales de instancia, no se da recurso de casación ni el de injusticia notoria.* [S. de 4 de febrero de 1969; no ha lugar.]

3. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: *El error que la Ley exige tiene que ser manifiesto, lo cual alude a aquello que es patente, evidente e indiscutible.* [S. de 10 de febrero de 1969; no ha lugar.]

4. RENTA: INCREMENTOS: *La parte arrendadora pudo tener en cuenta los incrementos por el concepto de impuestos y contribuciones a la hora de obtener el aumento legal correspondiente al Decreto de 6 de septiembre*

de 1969, aunque en la renta que en aquel entonces viniese percibiendo el arrendador no se incluyeran éstos. [S. de 29 de enero de 1969; no ha lugar.]

5. RENTA: AUMENTO: FORMALIDADES: *No puede ahora valerse el recurrente de aquella primera notificación que no llevó adelante, estimándola inhábil, para aprovechar unos efectos que en su tiempo estimó no alcanzables, pues perdidos sus efectos entonces, está privada de toda consecuencia posterior, pues la renuncia a tal proyecto de revalorización le priva ahora de poder aprovecharla, pues en caso de segunda notificación, sólo ésta puede ser la que rija los aumentos.* [S. de 11 de marzo de 1969; no ha lugar.]

6. RENTA: PLAZO DE PAGO: *Tanto si no se ha fijado plazo por las partes, como si por cualquier circunstancia no aparece delimitado cuál sea éste, el plazo fijado para pago de alquiler se ha de entender que es el pactado para el contrato.* [S. de 18 de marzo de 1969; no ha lugar.]

7. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CIERRE NEGOCIO: PRUEBA: *El cese de unos obreros no acredita por sí mismo que el patrono se haya apartado de su actividad industrial.* [S. de 31 de marzo de 1969; no ha lugar.]

8. CIERRE DEL LOCAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Cuando la posibilidad de ejercitar un derecho pende del transcurso de un plazo al morir el causante, el heredero podrá ejercitario cuando transcurra dicho plazo, incluso sin esperar a la adjudicación, si el vencimiento ocurre antes de producirse aquélla.* [S. de 25 de enero de 1969; no ha lugar.]

9. OBRAS: CONFIGURACIÓN: ALTERACIÓN: FALTA DE AUTORIZACIÓN: *Si la configuración de un local se refiere a la forma del espacio o recinto comprendido entre las paredes y techo que limitan su extensión tanto en sentido vertical como horizontal, se hace lógico que cuando aquel espacio queda disminuido en una cantidad importante de metros cúbicos, que lo fueron por la subposición o infraestructura de un falso techo, que en el presente caso alcanzó los 0,80 centímetros bajo el real o edificado, no ofrece la menor duda que, habiendo faltado para ello el consentimiento del arrendador, se ha incurrido en la sanción establecida por la L. A. U.* [S. de 13 de febrero de 1969; no ha lugar.]

10. TRASPASO: NOTIFICACIÓN: REQUISITOS: *La notificación en cuanto a la decisión de traspasar lleva en sí, únicamente, la existencia de una formal intención de llevar a cabo aquella cesión, pero sin que en este momento del trámite sea obligatorio ni necesario el señalamiento del nombre y demás circunstancias de la tercera persona con la que el arrendatario tiene convenido aquella operación.* [S. de 5 de marzo de 1969; no ha lugar.]

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.