

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVI
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXIII

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

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

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

Estudios monográficos

JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>El complemento de la legítima</i>	3
AMADEO DE FUENMAYOR: <i>La revisión periódica del Código y de las compilaciones civiles</i>	215
JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS: <i>La sucesión de los impúberes en la compilación de Derecho civil de Cataluña</i>	241

Estudios de Derecho extranjero

ANGEL CRISTÓBAL MONTES: <i>Efectos de la insuficiencia de la garantía hipotecaria.</i>	283
--	-----

Vida Jurídica

JOSÉ BONET CORREA: *Las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios.* 309

Bibliografía

Libros 314

Libros recibidos.—ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Representación sindical en España*, por José Bonet Correa.—BATLLE SALES, Georgina: *El derecho de la intimidad privada y su regulación*, por Francisco Lucas Fernández.—DE VITA: *La proprietà nella esperienza giuridica contemporanea*, por Carlos Lasarte.—A. S. DIAMOND: *Primitive Law Past and present*, por M. Alonso Olea.—FAIREN GUILLEN: Víctor: *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, por José Bonet Correa.—JULIEN FREUND: *Le droit d'aujourd'hui*, por M. Alonso Olea.—MARTINEZ PEREDA, José Manuel: *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, por R.

Revistas

A cargo de Antonio M. Morales Moreno 327

Resoluciones de la Dirección General de los registros y del notariado

por José María Chico y Ortiz 335

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas 356

Saneamiento por vicios ocultos en la cosa objeto de la compraventa: valor del plazo de seis meses concedido en el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias, por Rodrigo Bercovitz.

II. Sentencias 362

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 XXVI
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXIII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

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.

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15

Los complementos de la legítima

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. LA ACCIÓN DE SUPLEMENTO DE LA LEGÍTIMA. A) *Derecho romano y común*. 1. Su génesis, hasta las leyes *Omnimodo* y *Scimus* y la Novela CXV, cap. V. 2. Contenido del suplemento y modo de hacerlo efectivo. 3. Personas contra quienes podía dirigirse. 4. Naturaleza de la *actio ad supplementum*. 5. Transmisión del derecho al suplemento y plazo de su prescripción. B) *Código civil*. 6. Prolegómenos y antecedentes legislativos del art. 815, C. c. 7. Sujeto activo del complemento. 8. Sujeto pasivo de la reclamación. 9. Objeto de la acción. 10. Determinación de la cuantía de la reclamación. 11. Medios jurídicos para su obtención. 12. Naturaleza de la acción. 13. Su transmisibilidad y prescripción. C) *Derecho civil de Aragón*. 14. Particularidades derivadas del carácter colectivo de la legítima aragonesa. D) *Baleares*. 15. Particularidades de Mallorca, Ibiza y Formentera. E) *Cataluña*. 16. Peculiaridades anteriores a la Compilación. 17. Regulación en ésta. 18. Naturaleza de la acción de suplemento.

II. INEFICACIA DE LOS GRAVÁMENES "AD TEMPUS" E "IN QUALITATAE". A) *Derecho romano y común*. 19. La ley *Quoniam in prioribus* y el § *Cum autem* de la ley *Scimus*. 20. Asignación de contenido inadecuado. 21. Asignación en nuda propiedad. 22. Asignación en usufructo. 23. Imposición de condiciones. 24. El problema de las cautelas de opción compensatoria. 25. Imposición de una prohibición de disponer o partir, o de un modo de utilización o explotación de los bienes. 26. Aplazamiento de su goce o atribución mediante un fideicomiso. 27. Gravamen de fideicomiso, vínculo o mayorazgo. B) *Código civil*. 28. El art. 813, § 2, y sus precedentes. 29. Asignación de contenido inadecuado. 30. Gravamen con un usufructo o renta vitalicia. 31. Problemas que plantea la interpretación del art. 820, n. 3, C. c. 32. Imposición de una condición. 33. Posibilidad de las cautelas de opción compensatoria. 34. Las condiciones *facillima* y *si voluerit*. 35. Prohibiciones de disponer o partir. 36. Imposición de una forma de explotación personal o social. 37. Aplazamiento de su goce o atribución por medio de una sustitución fideicomisaria. 38. Gravamen con sustituciones vulgar, pupilar o ejemplar. 39. Gravamen con sustitución fideicomisaria. C) *En Aragón*. 40. Regulación de la Compilación. D) *En Baleares*. 41. Particularidades. E) *En Cataluña*. 42. Asignación de contenido inadecuado. 43. Imposición de condiciones, términos, modos, fideicomisos, usufructos u otras cargas o limitaciones. F) *En el Infanzado de Vizcaya*. 44. Gravámenes admitidos y no permitidos. 45. Posibilidad de cautelas compensatorias de bienes troncales por no raíces.

III. REDUCCIÓN DE LEGADOS INOFICIOSOS. A) *Derecho romano y común*. 46. Los cauces de la *actio ad supplementum* y de la *Lex Falcidia*. 47. Naturaleza de la reducción. B) *Derecho de Castilla*. 48. ¿Subsistieron la falcidia y la trebelliánica? 49. La ley 19 de Toro y su interpretación. 50. Naturaleza de la reducción en relación con la de la *actio legis Falcidiae*. C) *Código civil*. 51. Modificaciones introducidas y su génesis. 52. Los arts. 817, 887 y 881, su posible concordancia. 53. Concurrencia en la reducción de legados dispuestos a favor de legitimarios y de extraños. 54. Modo de efectuar la reducción (arts. 820 y 821 C. c.). 55. Naturaleza de la acción. 56. Los efectos respecto del legatario y de terceros adquirentes. D) *Aragón*. 57. Régimen aplicable. E) *Cataluña*. 58. Los capítulos *Raynutius* y *Raynaldus* del *Sexto* de las *Decretales* y su incidencia en el Derecho romano. 59. Trebelliánica y legítima. 60. Falcidia y legítima. 61. Reglas de la Compilación para la reducción de legados inoficiosos. 62. La acción de reducción. F) *Baleares*. 63. Disposiciones de la Compilación. G) *Infanzonado de Vizcaya*. 64. Normas de la Compilación.

IV. COMPLEMENTO DE LA LEGÍTIMA LESIONADA EN LA PARTICIÓN. A) *Derecho romano y común*. 65. La rescisión de particiones en perjuicio de legítimas en Derecho común. 66. Lesión de la partición *parentem inter liberos*. 67. Evicción en perjuicio de la legítima. 68. Reparación de la lesión. B) *Código civil*. 69. Obligación de evicción y saneamiento. 70. Rescisión por lesión. 71. ¿Es rescindible la partición hecha por el testador por lesión en menos de la cuarta parte si afecta a la legítima? 72. Modo de reparar la lesión. 73. Lesión por omisión de objetos o valores. 74. Preterición particional.

V. COMPLEMENTO DE LAS LEGÍTIMAS RENUNCIADAS O TRANSIGIDAS EN VIDA DEL CAUSANTE. A) *Derechos romano y canónico*. 75. Soluciones en uno y otro. B) *Código civil*. 76. El art. 816. C) *Legislaciones forales*. 77. Soluciones del Derecho balear y catalán: supuesto de lesión *ultra dimidium*.

VI. REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS. A) *Derecho romano y común*. 78. Las *querellae inoficiosae donationis vel dotis*. B) *Derecho Real de Castilla*. 79. La ley 29 de Toro. 80. Criterio de los autores castellanos. C) *Planteamiento en los prolegómenos del Código civil*. 81. Dudas en torno a la revindicación contra tercero y la restitución de frutos. 82. Criterio del Proyecto de 1851. 83. Orden de reducción. D) *Código civil*. 84. Determinación del orden para la reducción. 85. Problema en caso de insolvencia de un donatario. 86. Cuándo y quién puede pedir la reducción. 87. Otras cuestiones acerca de la legitimación activa. 88. Modo de efectuarse la reducción. 89. Posición de los terceros adquirentes. 90. Extinción de la acción. E) *Aragón*. 91. Normas de la Compilación. F) *Cataluña*. 92. Derecho anterior a la Compilación. 93. Preceptos de ésta. Naturaleza de la acción. 94. Problemas que suscita la legitimación pasiva. 95. Cuestiones de legitimación activa. G) *Infanzonado de Vizcaya*. 96. Peculiaridad del Derecho foral vizcaíno.

VII. PROTECCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS CONTRA LAS DISPOSICIONES A TÍTULO ONEROSO DEL CAUSANTE, EFECTUADAS CON PRODIGALIDAD, FRAUDE O SIMULADAS. A) *Derecho común*. 97. Planteamiento. 98. Dilapidación de bie-

nes por el causante. 99. Enajenaciones onerosas a precio vil y en fraude de la legítima. 100. Actos simuladamente onerosos. B) *Código civil*. 101. Actos de prodigalidad del causante. 102. Ventas por precio notoriamente de favor. 103. Ventas reales con ánimo de dilapidar el precio y complicidad en el fraude del comprador. 104. Compraventas simuladas. 105. Requisitos formales para la validez de las donaciones disimuladas: alcance de la aplicación del art. 633 C.c. 106. La forma de la donación, ¿es forma del contrato o forma de la transmisión? 107. Panorama de las distintas posiciones del Tribunal Supremo. 108. Posición admensiva. 109. Postura negativa. 110. Posición que niega la legitimación a los herederos voluntarios para impugnar la simulación relativa. 111. Apreciación crítica de ésta. 112. Causas de impugnación de la donación disimulada. 113. Enajenaciones en fraude de la legítima. 114. Alcance posible, en esta materia, del fraude de ley. 115. Legitimación del legitimario para impugnar las donaciones disimuladas. 116. Consideraciones acerca del alcance de su acción.

VIII. SITUACIÓN DE LOS LEGITIMARIOS RESPECTO DE LAS ENAJENACIONES A TÍTULO ONEROSO VERIFICADAS POR EL CAUSANTE DE BIENES A ELLOS PERTE-
NECIENTES, O A ELLOS DESTINADOS POR OTRO TÍTULO. A) *Planteamiento por los autores castellanos siguiendo a los de Derecho común*. 117. Impugnación por el hijo no heredero del padre enajenante. 118. Por el hijo heredero o legatario de éste: diversas situaciones. 119. La cuestión en el período precursor del Código civil. B) *Régimen después de éste*. 120. Posición de la jurisprudencia. 121. Autores que estiman revisada la doctrina clásica. 122. Posición que la estima vigente. 123. Solución según los diversos supuestos. C) *Compilación catalana*. 124. Normas específicas relacionadas con esta materia.

Hemos visto, en trabajos anteriores, que la legítima puede obtenerse íntegramente contra tabulas, previo obtener la invalidación total o en cuanto perjudique la legítima del impugnante, de la institución de herederos.

Pero la legítima puede resultar lesionada sólo en parte y, para ello, las normas que la protegen articulan una serie de medidas protectoras para obtener su complemento.

El contenido de este estudio es precisamente el de los complementos de la legítima. Se trata de examinar su presupuesto y de conocer los remedios disponibles.

La legítima puede resultar parcialmente lesionada por múltiples causas.

Puede serlo, en primer término, por resultar cuantitativamente insuficiente para cubrirla la atribución o atribuciones que el causante haya efectuado a un legitimario. Es el supuesto clásico de la actio ad supplementum.

Cabe también que la insuficiencia no sea cuantitativa sino cualitativa, por asignación pro legítima de bienes no idóneos para cubrirla o de derechos que, por su naturaleza o por las modalidades impuestas, no son adecuadas para satisfacerla. Ahí tenemos la hipótesis de una insuficiencia cualitativa, que debe ser subsanada.

Por otra parte, la legítima puede resultar no suficientemente satisfecha a pesar de que la atribución haya sido suficiente, debido a la imposición

de legados, mandas, fideicomisos o cargas modales que la graven, y que será preciso reducir hasta dejarla cubierta.

Pero la satisfacción incompleta puede no dimanar de las disposiciones testamentarias, sino obedecer a una previa renuncia o transacción o bien a una asignación particional lesiva.

Y, como la legítima se refiere a la suma de lo relicto líquido más lo donado, puede resultar lesionada, incluso totalmente, debido a donaciones inoficiosas otorgadas por el causante, ya sean descubiertas o bien encubiertas, es decir, disimuladas en un acto oneroso simulado. E, incluso, por actos onerosos reales, pero efectuados villore pretio o en fraude de todas o alguna de las legítimas.

En fin, indirectamente, puede dimanar una lesión si, instituido el legítimo heredero del causante, éste hubiese enajenado bienes del peculio del propio legítimo o a él destinados por sustitución fideicomisaria o por reserva legal. En estos supuestos se trata de examinar si aquél podrá obtener la reivindicación del bien indebidamente enajenado por su de cuius, o al menos el resarcimiento, y obtener, además, su íntegra legítima.

Todo esto es lo que, bajo el título enunciado, intentaremos esclarecer en este trabajo.

I. LA ACCION DE SUPLEMENTO DE LA LEGITIMA

A) DERECHO ROMANO Y COMÚN.

1. Es sabido que la querella *inofficiosi testamenti* implicaba inevitablemente una lesión en el honor de quien resultaba vencido en el juicio. Los herederos instituidos incluso podían ser tachados de infamia. Dada esa gravedad, la querella sólo se admitía subsidiariamente cuando se carecía de otro remedio y, para reducir su ámbito, se establecían restricciones a su ejercicio (1).

Inicialmente, en el caso de que un descendiente, con posibilidad de ejercitar la querella, fuera llamado a la sucesión de un ascendiente en una parte menor de la que hubiese obtenido de fallecer este abintestato, quedaba a la apreciación de los centunviro la determinación de si había o no lugar a considerar que el testador hubiera infringido el *officium pietatis* (2). Más tarde, fue fijada en la cuarta parte de la porción abintestato la cuota mínima con la que se estimaba cumplido dicho deber. Así lo refleja ya un pasaje de Plinio (3): "¿Tendrías tú derecho a quejarte si tu madre te hubiese instituido en el todo, encargándote de tantos legados que no te hubiese quedado más que una cuarta parte? Pues has de estar contento si desheredado

(1) Cfr. PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, "Manuel Élémentaire de Droit Romain", 8.ª ed. París 1924, Lib. III-V, tít. I, cap. III, sec. II-I, 3, pp. 917 y s.

(2) FRITZ SCHULZ, "Derecho Romano Clásico", § 480, cfr. vers. al castellano de JOSÉ SANTA CRUZ TEIJEIRO, Barcelona 1960, p. 264.

(3) PLINIO, *Epístolas*, V, 1; cita de MAYNZ, "Curso de Derecho Romano", § 390, cfr. trad. de POU Y ORDINAS, Barcelona 1888, vol. III, p. 407.

por tu madre, consigues de los herederos instituidos una cuarta parte.”

Sin embargo, el testador podía calcular erróneamente su caudal. También cabía que su fortuna aumentase después de otorgado el testamento, de modo que la porción por él dejada a un legitimario no llegase a cubrirle su cuarta. Para evitar que en estos casos se invalidara el testamento con la querella, se introdujo en la práctica que el testador proveyera, en una cláusula, esa posibilidad y ordenara, para ese caso, que se complementara *boni viri arbitrato* la atribución por él efectuada al legitimario. Una Constitución de Constancio y Juliano (4) confirmó la eficacia de esta práctica, excluyente del ejercicio de la querella, al permitir únicamente que el legitimario, en ese supuesto, exigiera el complemento de su porción.

Y Justiniano, en otra Constitución del año 528 (5), conocida por ley “*Omnimodo*” y recogida en el Codex III-XXVIII, 30, pr., “velando siempre por la voluntad de los testadores” decidió “quitar la fácil y frecuente ocasión de destruir las disposiciones de los mismos”, para lo cual dio por implícita la cláusula ordenadora del suplemento, de modo tal que “ora diga el testamento que se complete la porción legítima, ora no, sea ciertamente firme el testamento, pero sea lícito a las personas que podían querellarse contra el testamento como inoficioso; o para destruirlo de otro modo, exigir lo que se les deje de menos en su porción legítima (*quod minus portione legitima sibi relicta est*) para completarla sin ningún gravamen ni demora (*ad implendam eam sine nullo gravamine vel mora exigere*)” (6).

Notemos que, según el inciso final del proemio de esta Constitución de Justiniano, se excluía la querella y sólo había lugar al ejercicio de la *actio impletoria*, tratándose de personas “*quarum mentionem testantes facerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso licet minorem legitima portionem relinquere*”. Otra constitución del mismo año 528 (Cod. h.t. 31) aplicó igual disposición a los testamentos no escritos; en 530 la conocida por ley *Si quando* en su § *Et generaliter* (Cod. h.t. 35 § 2) extendió el remedio del suplemento a aquellos legitimarios a quienes el causante les hubiere donado *inter vivos* o *mortis causa* a cuenta de su legítima, y en 531 la conocida por ley *Scimus* (Cod. h.t. 36), a quienes les resul-

(4) Recopilado en el Código Teodosiano, 2, 19 De inoff. test. 4.

(5) De la lectura del frag. 25, Dig. V-II, podría deducirse que en tiempo de ULPIANO ya se aplicaba el régimen de la *actio ad supplementum*. Pero no es así, pues el texto de este juriconsulto recogido en aquel fragmento de su *Disputationum*, 1, 2, fue interpolado por los compiladores a fin de adaptarlo a las innovaciones establecidas por JUSTINIANO. GIRARD (op. cit., lib. III-V, tít. I, cap. III-II, nota 2, cfr. ed. cit., p. 919) estimó evidente esta interpolación, porque la citada Constitución de CONSTANCIO y JULIANO, recogida en el Código Teodosiano, muestra que en tiempos del emperador Juliano, para que al legitimario no le cupiera ejercitar la querella, era precisa una cláusula testamentaria expresa que le facultase para reclamar el suplemento de su legítima.

(6) Recogió este mismo criterio la Instituta II-XVIII, § 3, ap. 2.º: “*Si vero quantacunque pars hereditatis vel res iis fuerit relicta, de inofficiosa querella quiescente, id, quod iis deest, usque ad quartam legitimaie partis repletur, licet non fuerit adiectum, boni viri arbitrato debere eam compleri.*”

taren incompletas sus legítimas, sea por evicción de la cosa donada *inter vivos* o *mortis causa* o dejada en testamento, o bien a quienes por causa de la ley Falcidia, les hubiesen quedado disminuidos por debajo de su cuarta los legados, fideicomisos o donaciones *mortis causa* que su causante les hubiera atribuido.

Pero en la Novela CXV, cap. III, fue reducido este criterio, hasta entonces en ampliación creciente, al decretarse la procedencia de la impugnación de la institución de herederos, cuando el reclamante no hubiese sido instituido heredero, aunque "*si per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quamquamque modum eis dederint legibus debitam portionem*".

Así bajo este régimen novísimo la querella sólo era excluida, sin otro derecho que el de ejercitar la *actio ad supplementum*, en caso de institución de heredero en cuota menor que la legítima o en bienes que no cubriesen su valor, según el cap. V, inc. 2.º de esa misma Novela. No obstante lo cual, si el hijo aceptara el legado, la querella debía serle rechazada por aplicación del criterio resultante de los textos de Marcelo, Modestino y Paulo recogidos en el Digesto V-II, 10, § 1, 12, 31 y 32, el primero de los cuales concreta: "*Illud notissimum est, eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento-dictorum, nisi id totum illi administravit*". Y, entonces, lo mismo que en el supuesto en que reconveía el testamento o la institución de heredero (7) por haberlos aprobado el hijo preterido o injustamente desheredado, éste conservaba la *actio ad supplementum* si no la hubiese renunciado expresamente, conforme el § *Et generaliter* de la ley *Si quando* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.º) (8).

Así se señalaron dos supuestos en los que cabía ejercitar la *actio ad supplementum*: 1.º) En caso de institución en menor porción que la debida, y 2.º) En el supuesto de haberse recibido menor porción sin haber sido instituido heredero el legitimario pero ha-

(7) Así resulta de los textos Dig. XXIII-III, 12, § 1.º, XXVIII-II, 23 y XXVIII-III, 17, como al glosar el § *Et generaliter* de la ley *Si quando* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.º) anotó ACCURSIO ("*Codicis Iustiniani...*", Lib. III, tít. XXVIII, ley XXXV, gl. a la palabra *iudicium*; cfr. ed. Venecia 1575, vol. III, col. 577, c) y explicó PAULO DE CASTRO ("*Commentarium in Codicem Iustinianum Pars Prima*", Tít. De inoff. testamen., l. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 4; cfr. ed. Lugduni 1531, fol. 150 vto.). Este criterio fue recogido en la ley 5, tít. VIII de la Sexta Partida.

(8) Precisarón que la aceptación de un legado impide el ejercicio de la querella pero no el de la acción de suplemento: RAFAEL FULGOSIO ("*Consilia utriusque Raphaelis [FULGOSIO Y CUMANO], Cons. LXXXIII, n. 2, ed. Lugduni 1548, fol. 120*"); ALEXANDRO DE IMOLA ("*Liber Tertium Consiliorum*", Consil. 8, n. 21; cfr. ed. Lugduni 1549, fol. 10), ANTONIO FABRO ("*Codex Fabrianus*", lib. I, tít. XIX, Def. X, cfr. ed. Nápoles 1765, t. I, p. 182).

Explicaron que la aceptación general del testamento supone la renuncia a reclamar su nulidad y a ejercitar la querella, pero no la renuncia al suplemento: BARTOLOMÉ DE SALYCETO ("*In secunda super III et IV Codicis partem*", lib. III, tít. *De inoff. testam.*, l. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 6; cfr. edo. 1541, fol. 42) y JASON DE MAINO ("*Primam super Codicem...*", III-XXVIII, l. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 4 (ed. Lugduni 1553, fol. 151).

biendo renunciado éste, expresa o tácitamente, al ejercicio de la querrela (9).

Otra modificación fue introducida el año 542 por el mismo Justiniano en el Cap. V de la Novela CXV, que confirmó el derecho a reclamarlo aun contra la expresa voluntad del testador, sin otra consideración que la insuficiencia de la atribución, pues lo confirió "etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti". Con ello el derecho a reclamar suplemento con exclusión del *ius discendi nullum* y de la *querella* dejó de apoyarse en la presuposición de que había existido un error de cálculo en el testador; es decir, escapó de la órbita de su voluntad presunta para depender sólo de la norma.

2. La obtención del suplemento y la acción para reclamarlo fueron muy estudiados por los autores de Derecho común y originaron innumerables discusiones.

a) Acerca de si el suplemento se recibía como sucesión universal, Bartolo (10) dio respuesta negativa: "hodie cum agitur ad supplementum non sit locus simili successioni universali, et sic cessat ius accrescendi". Lo que razonó así: "tunc eum pro quota transirent onera debitorum et creditorum, alias non videtur esse successio"; "sed ista legitima datur aere alieno deducto": "ergo habetur ut particularis successio".

De esto dedujo el mismo Bartolo (11) que el legitimario no adquiriría automáticamente la posesión del suplemento ni podía tomarla por propia autoridad. El argumento contrario, de que: "ubi licet haeredi universali totum occupare propria autoritate nemine possidente": "ergo eadem ratione ei cui competit pars bonorum", replicó: "Illud est verum, quando alicui est debita certa portio rei simpliciter et indeterminate, secus si non simpliciter et determinate, ut hic"... "Ad idem quod dicitur de legatario, qui non potest licere occupare legatum imminente Falcidia": "Ex his puto quod illius pro sua legitima non soluta non possit possessionem sua autoritate occupare, quia non debentur sibi simpliciter, et indeterminate in qualibet re, cum debeatur sibi aere alieno deducto, et nescitur quan-

(9) Cfr. FERNANDO VÁZQUEZ (PINCIANO) DE MENCHACA, "De successionem creatione, progressu et resolutione tractatus", pars. I, lib. I, § X, nn 536 y ss. (cfr. ed. Venetiis 1573, pp. 238 y ss.), que extendió esta solución al supuesto de que el renunciante a la querrela no hubiese recibido nada en virtud de disposición testamentaria pero sí por donación, entendiéndolo, conforme a la letra de la ley *Scimus* (Cod. III-XXVIII, 36), que ésta amplió la regla de la *lex Omnimodo* (C.h.t.30). En cambio, estimó que la renuncia a la querrela por quien nada hubiese recibido del causante le privaba de todo derecho (cfr. *ibid* § X, n. 552, p. 239 y lib. III, § XX, n. 109, p. 665).

(10) BARTOLO DE SAXOFERRATO, "Commentarium in prima Digesta veteris partem", tít. "De inofficioso testamento", *lex Pater filium*, nn. 15 y 16; cfr. ed. Lugduni 1547, fol. 180.

(11) BARTOLO, "In primam Codicis partem", "Ad tertium lib...", tít. "De inofficioso testamento", *lex "Omnimodo"*, n. 5 (cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 105), en rel. con "In tres Codicis libros nunc recens", "Ad decimum lib...", tít. "Quando et quibus quarta pars debetur", *lex "Menimus"*, nn. 3 y 4 (cfr. ed. Venetiis 1885, fol. 20).

tum sit, ideo dico ingrediatur nullis partis possessio ei quaeritur, quia sua legitima incerta est ratione loci, quia pro indiviso”.

Vázquez de Menchaca (12), en cambio, opinó que en los supuestos en que el legitimario hubiese sido instituido heredero *ex asse*, éste “ipse sua propria auctoritate potest possessionem supplementi apprehendere”.

b) Si el complemento se producía *ipso iure*, o bien si era necesario reclamarlo, fue cuestión que dio lugar a dos enfoques desde polos contrarios. Siguiendo a la glosa de Accursio (13), enunció Bartolo (14): “Repletio legitimae sit ipso iure, si petatur”. Es decir, condicionó el complemento a su petición, aunque referido en su cuantía al momento de la muerte del testador y sin que le afectase la ulterior disminución del caudal. Contrariamente, Salyceto (15) entendió que el suplemento se producía *ipso iure*, sin necesidad de que se pidiera, fundándose en que de ser requisito su petición resultaría condicionado a ella, y esa condición significaría un gravamen de la legítima en contra de lo dispuesto en la ley *Quoniam in prioribus* 32 (Cod. III-XXVIII).

El argumento de Salyceto lo vemos recogido, entre los autores castellanos, por Rodrigo Suárez (16): Si la adquisición del suplemento estuviera supeditada a su reclamación: “induceretur in legitima tacita condicio, scilicet si volet et petat legitimam. Sed si non valet talis condicio expresse apposita, immo habetur pro non adiecta, a fortiori tacita”. Pero, esa afirmación de que “ipso iure fit repletio”, no alcanzaba para R. Suárez efecto real, según matizó a continuación: “tamen quod realem effectum acquisitionis est impossibile quod adquiratur, nisi petatur”. Es decir: se adquiriría *ipso iure* el derecho al suplemento, pero no el contenido con el cual se debía realizar.

Gregorio López (17) se inclinó por la opinión de la glosa, que destacó como común opinión, seguida por Bartolo, Baldo, Alberico, Jasón, Paulo de Castro y Antonio Gómez (18), y reconoció, como R. Suárez: “quia respectu realis, et actualis effectus acquisitionis non potest quaeri sine partis petitione”.

Vázquez de Menchaca (19) aplicó también aquí su distinción de atender a si el legitimario a quien compitiere el suplemento hubiese

(12) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cit., lib. I, § X, n. 519, p. 233.

(13) “Accursii Glosa in Codicem”, lib. III, tit. “De inofficioso testamento”, lex *Scimus*, gl. a las palabras “*ipso iure*”, cfr. la reimpresión “Corpus Glossatorum Juris Civilis”, vol. X, Augustae-Taurinorum 1968, fol. 78, gl. p.

(14) BARTOLO, “Im primam Cod...”, “Ad tertium...”, lex *Scimus*, n. 1, cfr. ed. cit., fol. 105 vto.

(15) BARTOLOMÉ SALYCETO, “In tertium et quartum Codicis libros”, l. *Scimus*, § *Repletionem*; cfr. ed. Francofurti 1616, col. 202.

(16) RODRIGO SUÁREZ, “Repetitio legis *Quoniam in prioribus*”, Declaratio legis Regni, Limitat. 3, n. 2, cfr. Opera Omnia, ed. Duaci 1614, pág. 498.

(17) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “que gelo cumpliesen” de la ley 5. tit. VIII, 6 Partida, cfr. ed. traducida al castellano por MARTÍ DE EXILÁ, SANPONS Y BARBA y J. FERRER Y SUBIRANA, Barcelona 1843, vol. III, gl. 32 al tit. VIII, pp. 667 y s.

(18) ANTONIO GÓMEZ, “Variae Resolutiones...”, lib. I, cap. XI, n. 23, cfr. ed. Lugduni 1701, p. 146.

(19) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., pars y § cits., nn. 519 a 523, pp. 233 y s.

...sido instituido heredero *ex asse*, o bien hubiera sido instituido en cosa cierta o llamado como legatario. A su juicio, en aquel supuesto el complemento se adquiriría *ipso iure* de modo real, a pesar de que la ley *Scimus* admitiera la previsión de que se efectuara *boni viri arbitratu*, que equivalía a efectuarse *ex officio iudicis*, pues éste, en caso de haber sido instituido el legitimario *heres ex asse*, resultaba análogo al *officium iudicis assumpti in iudicio familiae eriscundae* o *communi dividundo* (20).

3. c) En cuanto a las personas contra quienes se podía dirigir la reclamación del suplemento, se precisó por Bartolo (21) que el suplemento podía reclamarse no sólo al heredero, sino a prorrata a los legatarios que poseyeren cosas hereditarias, pues en la ley *Scimus* § *Repletionem* del Codex (III-XXVIII, 36, pr.) se disponía que el complemento “hoc debere fieri ex ipsis rebus ex substantia defuncti et sic videtur quod sit onus reale” (22), y que, si bien la Novela CXV, cap. V, versículo “*Coeterum*” impone la satisfacción del suplemento “*ab haeredibus*”, añade “*secundum nostras alias leges*”, por las que los legatarios debían soportarlo también a prorrata, como a su juicio, respecto de la legítima del patrono, determinaba la ley 20, § 2, Dig. XXXVIII-III, *De bonis libertorum*.

Gregorio López (23) explicó que, aun cuando la ley 5 del tít. VIII de la 6.ª Partida, sólo habla de que, reclamado el suplemento, “*e los otros que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer*”, podía decirse, “con Saliceto y otros, que siendo la legítima una especie de deuda, según la ley 8, § 9 Dig. *de inoff. test.* (V-II), se deducirá de la misma suerte que las demás del cuerpo hereditario, pagándose del residuo los legados, detraída la falcidia por el heredero” y, “de esta suerte, pesará en cierta manera el gravamen del suplemento sobre los herederos y legatarios: ahora, si la porción que debiere 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”. El carácter subsidiario de la responsabilidad de los legatarios por el suplemento de legítima lo vemos expresamente subrayado

(20) En los demás supuestos, VÁZQUEZ DE MENCHACA siguió la opinión de RODRIGO SUÁREZ (cfr. nn. 404 y 522, pp. 213 y 234); y con él se mostró de acuerdo JERÓNIMO DE CEVALLOS, “*Practicarum et variarum quaestionum communium contra communes...*”, Quaest 240, cfr. ed. Toleti 1599, p. 335.

(21) BARTOLO, “*Im primam Cod...*”, “*Ad tertium Lib...*”, lex “*Omni-modo*”, n. 4 (fol. 105) en relación con “*In secundam Infortiati Partem*”, Ad lib. XXXV, Dig. “*Ad legem Falcidiam*”, lex “*In quartam*” LXXXIX, nn. 13 y 14 (cfr. ed. Venetiis, fol. 131) donde desarrolla esa cuestión. Cfr. también sus “*Comm. in Prima Digesta veteris.*” tit. “*De inoffic. testam...*” lex Papinianus, § *Quarta* (Dig. V-II, 8, § 9), n. 2 (ed. y vol. cit., fol. 178).

(22) Sigue este criterio ANTONIO GÓMEZ, op. y cap. cit., n. 23 (p. 146), quien afirma “*quod tale supplementum legitimae potest fieri contra heredem et legatarios pro rata*”, precisamente por disponerse por la ley *Scimus* § *Repletionem* que debía satisfacerse “*in bonis et substantia defuncti*”.

(23) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “que son escritos como herederos” de la ley 5, tít. VIII de la 6.ª Partida, o gl. 33 de dicho tít., cfr. ed. y vol. cit., p. 568

por Luis de Molina S. I. (24): “legatarios solum teneri contribuere ad complementum, quando alioquin heredibus non remanent integrae legitimae portione”.

Distinto enfoque, y criterio contradictorio al de la común opinión de los autores, fue el de Vázquez de Menchaca (25), quien proclamó que regularmente sólo los herederos y no los legatarios debían satisfacer el suplemento. De los cinco argumentos que aduce en defensa de esta opinión, subrayamos los dos primeros y el último. Las leyes que trataban de la realización del complemento lo referían literalmente tan sólo a los herederos, como en Castilla la ley 5, tit. VIII, 6.^a Partida, al decir en su último inciso, “*e los otros, que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer*” (26). Si el suplemento se reclamaba por *condictione ex lege*, según entendía la común opinión, y siendo ésta una acción personal, como tal, no podía darse contra los sucesores singulares, como son los legatarios, sino únicamente contra los sucesores universales, como son los herederos (27). Estimado el complemento como un derecho de acrecer y atendiendo a que ese derecho sólo se da entre quienes suceden por el mismo derecho, dedujo que el hijo instituido en la legítima incompleta debía dirigirse a los demás herederos y no a los legatarios, sin perjuicio de que los herederos a quienes, al sufrir la reclamación no les quedare íntegra la falcidia pudiesen, a su vez, dirigirse contra los legatarios (28). Inversamente, opinó que si hubiera sido con institución *in re certa* o con legado como se le cubriese sólo en parte al legitimario la porción debida, éste podía obtener el complemento no sólo de los herederos, sino también de los bienes o cuerpos hereditarios legados, pero no de los legados genéricos o de cantidad que no son *substantia defuncti* (29).

(24) LUIS DE MOLINA, S. I., “De Iustitia et Iure”, Tract. II, Disput. CLXXVII, n. 5 (cfr. ed. novissima Colloniae Allobrogum 1783, vol. I, p. 403). En igual sentido, DIEGO AYLLÓN LAINEZ, *Additiones* a las cit. “*Variae Resolutiones...*” de ANTONIO GÓMEZ, lib. I, cap. XI, n. 23, cfr. ed. Venetiis 1747, p. 70, aclaró que “*hoc ius ad supplementum etiam contra legatarios, competere, intelligendum est, quando heres ex hereditate supplere non potest*”, e invocó a BARBOSA, MERLINO y CANCER.

(25) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cit., lib. I, § X, nn. 390 a 392 (cfr. ed. y vol. cit., pp. 210 y s.) y lib. III, § XX, n. 99 (p. 664).

(26) Notamos que, no obstante, GREGOGIO LÓPEZ, en su glosa a este texto, como acabamos de ver, extendió en la forma explicada la refacción a los legatarios.

(27) Observamos que, como luego veremos, VÁZQUEZ DE MENCHACA afirmó que sólo a falta de otro remedio se daba una *condictione ex lege* y que el suplemento normalmente se debía obtener por la *petitio hereditatis* o por la *actio ex testamento*. Y, por otra parte, también veremos que la mayor parte de los autores que aplicaron como remedio una *condictio ex lege* “*Omnimodo*”, estimaron que respecto de los legatarios ésta se hallaba *in rem scriptam*, como *onus reale, in bonis et substantia defuncti*.

(28) MARCO ANTONIO PEREGRINO, “De Fideicommissis praesertim universalibus”, art. XXVI, n. 152; cfr. ed. Lugduni 1670, p. 526, observó que el heredero podía liberarse de la reclamación del suplemento cediendo al reclamante su *actio petitio hereditatis* contra los legatarios beneficiados inoficiosamente.

(29) También GREGORIO LÓPEZ, versículo final de la glosa a las palabras:

En cambio, Cancer (30) planteó y sostuvo el problema conforme la *communis opinio*. Para reclamar el suplemento, los legitimarios disponían de una *condictio ex lege*, que estaba “in rem scripta, cum debeat de substantia testatoris : et ideo decitur onus reale, et sequitur res hereditarias”. Si bien era cierto asimismo que el suplemento se pedía al heredero universal y que la legítima no podía detraerse de los bienes legados mientras pudiera cubrirse con los bienes del testador que recayeran en el heredero. Pero, de no ser esto posible, el legitimario podía dirigirse contra los legatarios poseedores de bienes hereditarios, sin perjuicio de su acción contra el patrimonio personal del heredero que se hubiese inmiscuido en la herencia sin haber confeccionado su inventario.

En esta polémica se nos pone de manifiesto que, en realidad, el complemento daba lugar a dos diversas acciones que hoy aparecen sustancialmente separadas: la propiamente dicha *actio ad supplemendam legitimam*, dirigida contra los herederos o coherederos, y la acción de reducción de legados, que puede ser ejercitada por el legitimario, sea heredero o legatario, para reducir precisamente aquellos legados que lesionen su legítima.

4. d) Las cuestiones que acabamos de examinar se hallaban íntimamente relacionadas con la que pretendía determinar la naturaleza de la *actio ad supplementum*.

Se pensó en asimilarla: a la querella *inofficiosi testamenti*, a la *actio petitio hereditatis*, y a la *actio ex testamento*, y en calificarla como una *condictio ex lege*.

α) La primera opinión se fundó en que el *ius agendi ad supplementum* se concedía en lugar de la querella: “ergo sapit eius naturae”. Pero el mismo Bartolo —que, como veremos, dedujo alguna consecuencia de esa subrogación— replicó (31), en el punto que aquí tratamos, “quod tunc actio subrogata sapit naturam eius in cuius locum subrogatur quando subrogatur ad idem: secus si ad adversum”. Precisamente se afirma (32) que la *actio ad supplementum* se había introducido “odio eius (querelae) ed eam submovendam, et merito non sapit eius naturam”.

De este último argumento se trató de obtener consecuencias exclusivas. Así nos explica Vázquez de Menchaca (33) que Paulo de

“deuen aver” de la ley 17, tít. I de la 6.^a Partida (cfr. ed. y vol. cit., p. 417, gl. 92), invocando la opinión de PAULO DE CASTRO (Dig. Ad. legem Falcidia), limitó también a los legatarios que lo fueren en especie, sin alcanzar a quienes lo fuesen en cantidad, el deber de suplir a prorrata con los herederos el complemento por cubrir de la legítima.

(30) CANCER, “Variarum Resolutionum Iuris Cesarei, Pontifici et Municipalis principatus Cathaloniae”, pars. I, cap. III, nn. 31 y 32 cfr. ed. Lugduni 1712, vol. I, p. 69.

(31) BAROLO, “Commentarium in prima Digesta veteris partem”, lex “Pater filium”, cit., n. 19; ed. cit., p. 180.

(32) A. GÓMEZ, “Variae...”, loc. cit., n. 23, *Secundo*, ed. cit., p. 146.

(33) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars. cit., lib. III, § XXX, nn. 74 y 75, cfr. ed. cit., p. 662.

Castro, Aretino y Jasón del Mayno estimaron que: “supplementum legitimae non tamen favore liberorum, quam ipsorum testatorum, testamentorum que gratia inductum fuit, et sic principaliter favore testatorum, secundaria vero favorem earum quibus legitima debetur”. Argumento que rechazó el jurista palentino, esgrimiendo que si el testador no podía prohibir que se reclamara el suplemento: “tale supplementum eius favore inductum non videatur saltem principaliter”.

β) Algunos autores, como Gregorio López (34), afirmaron que para la consecución del complemento se concedía la *actio petitio hereditatis*. Azevedo (35), al tratar de la prescripción de la *actio ad supplementum*, arguyó que debía aplicarse a la petición de una parte la misma regla que a la del todo, es decir, de la legítima, reclamable por la *petitio hereditatis*.

γ) Más general fue la opinión de calificarla como una *condictio ex lege*, que vemos ya en la glosa de Accursio (36). Este criterio fue seguido por Rodrigo Suárez (37), quien aseguró que el “ius agendi ad supplementum petatur condictioe ex lege”, que “sit personalis”, y que ésta era la *communis opinio* defendida, entre otros muchos, por Salyceto, Angelo y Baldo. A estos nombres, Vázquez Menchaca (38) añadió los de Odofredo, Petrus de Bellapartica, Paulo de Castro, Paulus Picus, Jasón del Mayno, Alexandro Ruinus; pero expresó su discrepancia en los términos que luego trataremos de resumir.

Antonio Gómez (39) y Jacobo Valdés (40) calificaron esa *condictio* como “personalis vel in rem scripta”, justificando este último carácter por la calificación de *onus reale*, que le asignó Bartolo (41) al indicar que afectaba a prorrata a los legatarios en cuanto poseyeran cosas de la sustancia hereditaria con la que debía realizarse el complemento, conforme el § *Repletionem* de la ley *Scimus*.

δ) Aretino (42) dedujo de la *lex Scimus* (Cod. h.t. 36) que el

(34) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “gelo compliessen”, ley y loc. cits.

(35) ALPHONSO DE AZEVEDO, “Commentarii in Hispaniae Regias Constitutiones”, lib. IV, tít. XV, n. 49; cfr. ed. Lugduni 1737, vol. II, p. 370.

(36) ACCURSIO, “Glossa in Codicem”, lib y tít. cit., *lex Omnimodo*, gl. a la palabra “exigere”, r., ed. y vol. cit., fol. 77.

(37) RODRIGO SUÁREZ, “Repet. Leg. *Quoniam in prioribus*”, Ampl. 10, n. 7 (ed. cit., p. 413) y *Declaratio Legis Regni, Limitatio 3*, n. 2. (p. 498).

(38) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cits., lib. I, § X, n. 517 (ed. cit., p. 233) y lib. III, § XXX, n. 95 (pág. 664).

(39) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., n. 23, p. 123.

(40) JACOBO VALDÉS, *Additio C*, al n. 7 de la *Ampliatio undécima*, de las *Repetitiones*, cit. de RODRIGO SUÁREZ (ed. cit., p. 436): “Sed quamvis esset condictio ex lege et personalis actio, cum sit actio in rem scripta”..., “quia de re agitur et de bonis, a quibus petit supplementum, non a persona possidentis”. En igual sentido los autores que citaremos luego en las notas 43 y 44.

(41) BARTOLO. “In secundam Infortiati Partem”, Ad lib. XXXV Dig. *Lex In quartam LXXXIX*, tít. *Ad legem Falcidiam*, n. 13 (cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 131).

(42) ANGELUS DE ARETINO, “In utroque Iure praeclarissimus super quator libris Institutionum”, Tit. “De inofficioso testamento (II-XVIII), § *Tam autem*”, en rel. § *Igitur quartam*, cfr. ed. Venetiis 1521, fol. CXII.

hijo beneficiado en cantidad inferior a su legítima, se fingía, o bien se entendía *ex legis interpretatione*, llamado en la legítima íntegra lo mismo que si totalmente el testador la hubiese dispuesto a su favor, en virtud de lo cual podría reclamarla: por la *petitio hereditatis*, de haber sido instituido en cuota menor a su legítima, o bien por la *actio ex testamento*, en los casos en que la menor atribución le hubiese sido asignada por los demás títulos incluidos en las citadas leyes *Omnimodo* y *Scimus*, entre los que se comprenden también las donaciones *inter vivos* o *mortis causa*.

e) No faltaron, tampoco, autores que distinguieron, de una parte, los supuestos en los que el testador hubiese dispuesto en su testamento un montante inferior al de la legítima de un legitimario pero sin exigirle que no reclamare más ni prohibirle la reclamación del suplemento, y, de otra parte, aquellos otros casos en los cuales el testador expresamente hubiese manifestado su voluntad de que el legitimario nada más pidiera: para reconocer al legitimario, en este último caso, la *condictio ex lege* o, en el primero, la *actio ex testamento* (43).

La causa de esta distinción se señaló en que, por la presunción formulada en la citada ley *Omnimodo*, se entendía que el testador que dispuso algo en satisfacción de la legítima, pretendió dejarla íntegra; pero que esta ficción que no podía mantenerse en los supuestos en que el testador ordenó expresamente lo contrario. Aunque se objetó que, en este último supuesto, conforme la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32) la expresada prohibición debía tenerse por no puesta (44).

Pero, por otra parte, se observó que la *actio ex testamento*, por ser personal, sólo podía dirigirse contra el heredero, mientras que la reclamación del suplemento de legítima por medio de la *condictio ex lege* (45) cabía que afectase a prorrata los bienes legados, cuando con el activo recibido por los herederos no pudiera cubrirse.

Por esas razones, en general se identificaron ambos supuestos, y se aplicó a los dos el remedio de la *condictio ex lege* (46).

Es de notar que con la *condictio*, el reclamante sólo disponía de acción personal contra el heredero y únicamente *in rem scripta* frente

La opinión de ARETINO fue comentada por VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cit., lib. I, § X, n. 516, pp. 232 y s.

(43) Hallamos expuesta esta distinción por MARCO ANTONIO PEREGRINO, op. cit., art. XXXVI, n. 151, cfr. ed. crit., pp. 525 y s.; por CANCER, op. cit., pars I, cap. III, nn. 16 y ss.; cfr. ed. cit., vol. I, pp. 66 y ss.; por FONTANELLA, "De pactis nuptialibus", I, V, gl. VIII, pas IV, nn. 26 y 27, cfr. ed. LUGDUNI 1667, vol. II, p. 112.

(44) ANTONIO FABRO, "Codex Fabrianus", lib. III, tít. XIX, Definitio X; cfr. ed. Nápoles 1654, vol. I, p. 182.

(45) Cfr. PEREGRINO, loc. cit., nn. 152 y 153, p. 526. Nota este autor que el heredero que no hubiese recibido más de su legítima, podía liberarse de la reclamación del suplemento por otro legitimario no heredero, cediéndole la acción *petitio hereditatis*, contra los legatarios beneficiados en exceso, o la *familiae erciscundae*.

(46) Cfr. PEREGRINO, nn. 151 y ss.; CANCER, loc. cit., nn. 18 y s., pp. 66; FONTANELLA, loc. cit., nn. 28 y ss., pp. 112 y s.

a los legatarios a prorrata cuando hubieran de reducirse los legados (47). Mientras que, en el caso de presumirse legado el complemento como legado de género o cantidad, el legitimario podía gozar como tal legatario de acción hipotecaria que, conforme al Codex VI-XLVIII, I y la Instituta II-XX, § 2.º, garantizaba la efectividad de esos legados. Esta difería del efecto *in rem scripta* de la *condictio*, porque éste recaía a prorrata sobre los bienes legados, en tanto que el legatario podía ejercitar totalmente su hipoteca legal sobre cualquier bien que el heredero hubiese recibido del causante (48).

ζ) Vázquez de Menchaca (49) enunció, como regla general, que “*supplementum vel augmentum est eiusdem formae et naturae, cuius est suum principale*”, lo cual le llevó a distinguir los casos en que el suplemento podía reclamarse por la *actio petitio hereditatis* o por la *actio ex testamento*, supuestos en los cuales quedaba excluida la *condictionem ex lege*, dado su carácter subsidiario, pues sólo en aquellos casos en que no cupiese otro remedio, debía aplicarse dicha *condictionem*. Y, así, fue indicando:

1.º En cualquier supuesto en que al legitimario se le hubiera instituido heredero, en cantidad que cubriese su legítima, pero gravándole con legados que afectaran a su *quantum*, estimó que el suplemento podía reclamarse por la *actio petitio hereditatis*, ya que los legados quedaban *ipso iure* reducidos por la *lex Falcidia* y ese contenido, en que los legados eran reducidos, lo rescataban los instituidos mediante la *petitio hereditatis*.

2.º En el supuesto de que a un legitimario le fuese atribuida a título de herencia menor porción que su legítima, consideró que la obtención del complemento que le correspondiese contra sus coherederos, también tenía su cauce adecuado en la *petitio hereditatis*.

A su juicio, la *petitio hereditatis* era acción “*realem vel in rem scriptam*”, ya que “*inter coheredes nulla personalis obligatio competit*”, y por ello, “*ipse sua propria autoritate potest possessionem*

(47) Cfr. MARCO ANTONIO PEREGRINO, op. cit., art. XXXVI, nn. 152 y ss., p. 526. Justiniano en su Constitución dada en Calcedonia el 15 de las calendas de octubre del año 529, en la que unificó tanto las cuatro clases de legados como los fideicomisos en una sola naturaleza, concediendo “*et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quo tenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae vindicare in rem actione instituenda, et in super utilem servianam, id est hypothecariam, super his quae fuerint derelictae, in res mortui praestare*”. Explicando que admitida la posibilidad de que el testador pudiera dar por testamento hipoteca de sus bienes a quien quisiera, y admitidas también las hipotecas tácitas, no resultaba anómalo que en el caso referido se concediese la acción hipotecaria. El final del texto precisó que la hipoteca no abarcaba todo el patrimonio del heredero, o de la persona obligada a satisfacer el legado o gravada con fideicomiso, “*sed tantummodo eorum quae testatore ad eum pervenerint*”. La Instituta II, XX, § 2, resumió que, según la expresada Constitución, “*ut omnibus legatis una natura sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam*”.

(48) Cfr. PEREGRINO, op. y art. cit., n. 154, p. 526 y CANCER, op. cit., I, cap. III, n. 19, p. 66.

(49) VÁZQUEZ DE MENCHACA, § X, nn. 516 y ss., ed. cit., pp. 233 y s.

eius hereditariae portionis, quae sibi primordially relicta fuerat”.

3.º En caso de instituirsele heredero *in re certa* de menor valor que su legítima o de legársele algo que no alcanzara ese montante (en este último supuesto si renunciaba a ejercitar la querella), estimó que la acción pertinente era la *actio ex testamento*, de carácter personal.

4.º En cualquier otro supuesto (concretamente en el previsto en la *lex Scimus* —Cod III-XXVIII, 36, pr.— de haberse donado al hijo menor porción que la legítima), si éste optare por no ejercitar el *ius discendi nullum* ni la *querella*, a falta de otro remedio, parece que debía competir la *condictio ex lege*.

5. Consecuencias prácticas de los anteriores criterios debían serlo las soluciones que se aplicaran a la transmisión del derecho a reclamar el suplemento y el plazo de su prescripción.

e) Los autores de Derecho común discutieron si el derecho al suplemento no reclamado se transmitía a los extraños herederos del legitimario. Y se propusieron no sólo las soluciones contrapuestas, negativa (que aplicaba la norma de la querella) y afirmativa, sino también una tercera posición que distinguía según el testador hubiese o no prohibido reclamar el suplemento, entendiendo que en el primer caso sólo se transmitía el derecho a exigirlo si el legitimario lo hubiera reclamado, requisito que no se estimaba necesario en el segundo supuesto (50). La más común opinión de los autores fue favorable en todos los casos a la respuesta afirmativa (51).

f) También el plazo de prescripción de la *actio ad supplementum* debía depender de su naturaleza. Según Bartolo (52) prescribía como la *querella* a los cinco años. La común opinión (53) aplicó el

(50) Cfr. este planteamiento en CANCER, op. cit., pars III, cap. II, n. 195; cfr. ed. Lugduni 1683, vol. III, p. 41, y FONTANELLA, op. y loc. cit., n. 23 y ss., pp. 112 y s.

(51) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Decl. legis Regni, L. Limitat 3, n. 2, p. 498; GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “gelo cumpliessen” de la ley 5, tít. VIII, Partida 6.º; ANTONIO GÓMEZ, “Variae...”, lib. I, cap. XI, n. 23, p. 146; VÁZQUEZ DE MENCHACA, “De successione creatione...”, lib. I, § 10, n. 523, p. 234 y lib. III, § XXX, n. 108, p. 665; LUIS DE MOLINA S. I., op. y tract. cit., Disp. CLXXVII, n. 6, p. 403; CANCER, op. cit., pars I, cap. III, n. 16, p. 66 y n. 31, p. 69 y pars III, cap. II, n. 193, p. 41; FONTANELLA, loc. últ. cit.; AZEVEDO, op. cit., lib. V, tít. VIII, lex I, n. 19, cfr. ed. cit., vol. III, p. 234; VALDÉS, Ad cit. al n. 7 de la Ampliat. XI de R. SUÁREZ, letra C, p. 432; JUAN AYLLÓN LAINEZ, Additiones a las “Variae...” de A. GÓMEZ, lib. I, cap. XI, n. 23, vers. “Pulchrum tamen dubbium est”, ed. cit., p. 70.

(52) BARTOLO, “Im primam Codicis...” “Ad tertium Lib.” les *Siquis filium*, XXIV, nn. 2 y 3 (vol. cit., fol. 105).

(53) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampliat. X, n. 7 (p. 413), Declarat Legis Regni, Limitat 3, nn. 1 y 2 (pp. 497 y s.) —que invoca las opiniones de BALDO, SALYCETO y ANGELO PERUSINO—; GREGORIO LÓPEZ, gl. cit.; ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit.; VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cit., lib. I, § X, n. 521 (p. 234) y § XXX, n. 95 (p. 664) —que a la lista de autores que aplican el plazo por asimilación a una *conditio ex lege*, añade a ODOFREDO, PEDRO DE BELLAPARTICA, PAULO DE CASTRO, JASON—; ANTONIO AYERVE DE AYORA, “Tractatus de Partitionibus bonorum”, III, pars. Quaest. XXI, n. 62;

plazo de treinta años de las acciones personales, entre las que se incluían la *condictio ex lege*, así como la *petitio hereditatis* y la *actio ex testamento*. La aplicación en Castilla de la determinación de la ley 63 de Toro, que señaló un plazo de prescripción de diez años para las acciones personales, se soslayó al aplicar el plazo trentenal de la *petitio hereditatis* (54) o bien el de veinte años de las acciones reales y mixtas al considerar esa *condictione* entre estas últimas por ser de naturaleza *in rem scripta* (55).

g) El complemento debía satisfacerse en bienes de la herencia, conforme el texto del versículo *Repletionem* de la ley *Scimus* (Cod. III-XXVIII, 36, pr. versíc. final) que ordenó que "*autem ex rebus-substantiae patris fieri*". Es decir, debía satisfacerse en bienes hereditarios según las reglas generales aplicadas al pago de la legítima en general (56).

Entre éstas conocemos la relativa a la posibilidad de su pago con metálico, si lo había en la herencia, y a la opción, reconocida en caso de no haberlo, entre aceptar dinero extra hereditario o bien exigir la satisfacción en bienes de la herencia, elección que se extendía también a la posibilidad de impugnar la institución en el caso de que se hubiese asignado el metálico a título de legado (57). En estos supuestos, se discutió si el complemento debía satisfacerse en bienes hereditarios o en dinero. Terció en esa cuestión Pedro Antonio de Petra (58), quien decidió que el suplemento debía pagarse en metálico cuando el legitimario hubiera aceptado el legado de dinero que se le otorgó, y, contrariamente, de no aceptarlo, podía exigir que también el complemento se le satisficiera en bienes de la herencia.

B) EN EL CÓDIGO CIVIL.

6. La riqueza de matices y problemática que en el estudio del suplemento de legítima hemos observado entre los autores de Derecho común, incluidos los juristas castellanos del siglo XVI, notamos que se va diluyendo en los posteriores. De tal modo, a medida que

cfr. ed. Granada 1586, fol. 143; LUIS DE MOLINA S. I., op. y disput. cit., n. 6, p. 403; PARLADORIO, "Rerum Quotidianorum", lib. I, § XV, n. 1 (p. 141), "Quotidianorum Differentiarum..." Dif. CXLIX, n. 31, p. 391; AZEVEDO, op. cit., lib. IV, tít. XV, lex 6, n. 48; cfr. ed. cit., vol. II, p. 370; VALDÉS. Ad. últ. cit., p. 432; AYLLÓN LAINEZ, loc. últ. cit.

(54) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit., VÁZQUEZ DE MENCHACA, § X, n. 521; AZEVEDO, ley y pág. últ. cit., n. 49.

(55) JACOBO VALDÉS, Add. últ. cit.

(56) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", II, 4 y 5, cfr. A.D.C. XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 26 y ss.

(57) Cfr. "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", I, A, b, en rel. a, en Estudios Jurídicos varios en conmemoración del Centenario de la ley del Notariado, vol. I, Madrid 1964, pp. 435 a 445.

(58) PETRUS ANTONIUS DE PETRA, "Tractatus de Fideicommissis", Quaest. XV, n. 94 (cfr. ed. Francofurti 1669, p. 574).

nos aproximamos al período codificador, más escuetas son las referencias que hallamos del derecho a reclamarlo.

Señalaremos los textos menos telegráficos que hemos hallado:

— En el compendio de las *Varias* de Antonio Gómez, debido a Joseph Marcos Gutiérrez (59), éste recoge de aquél que el suplemento de legítima “puede pedirse contra el heredero o legatario a prorrata con la condición *ex lege Omnimodo C. de inoffic. testam.* que dura treinta años a causa de ser personal o *in rem scripta*, y se transmite a los herederos con su naturaleza o cualidad...”.

— Y en los romanistas Sala (60), Domingo de Morató (61) y Gómez de la Serna (62), quienes repitieron las mismas tres diferencias, señaladas por los autores anteriores, entre la *actio ad supplementum* y la *querella*, la que aquélla se distinguía: 1.º, por su duración como *condictio ex lege* de treinta años, término ordinario de las acciones personales; 2.º, por su transmisión a los herederos del legitimario aunque no hubiera sido preparada, y 3.º, porque no se entendía renunciada por la aceptación de lo dejado en el testamento ni por la aprobación de éste, si además no se renunciara expresamente a reclamar el suplemento.

El proyecto de 1851, en su art. 645, decía: “El heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta”. Texto al cual Florencio García Goyena (63) dedicó esta glosa:

“Por Derecho Romano y Patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero, faltando éste, el testamento era nulo, aunque dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela 115, capítulo 5, ley 5, título 8, Partida 6.ª: se atendía más al honor del título, que a la realidad de la cosa, o al valor de lo dejado.

“En el caso de preterición puede presumirse la ignorancia o falta de memoria en el testador: en el de este artículo, no; deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso”.

Es decir, según la glosa del Presidente de la Comisión redactora del Proyecto, no se pretendía modificar el derecho a pedir el

(59) JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, “Compendio de las Varias Resoluciones de Antonio Gómez”, I parte, cap. XI, n. 18, Madrid 1789, pp. 81 y s.

(60) JUAN SALA, “Institutiones Romano-Hispaniae ad usum Fororum Hispanorum ordinatae”, lib. II, tít. XVIII, 3, coment. 6 (*Repletur*); cfr. 4.ª ed. Matriti 1823, vol. I, p. 506.

(61) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ, “El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano tomadas en los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de los intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de Juan Sala”, n. 1273, cfr. ed. Valladolid 1868, vol. II, p. 153.

(62) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, “Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano comparado con el Español”, lib. I, tít. XVIII, 3, vers. *Repletur*; cfr. 4.ª ed. Madrid 1869, vol. I, p. 476.

(63) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español”, art. 645, Madrid 1852, vol. II, p. 96.

complemento de legítima excepto en cuanto a ensanchar los supuestos en los que se excluía la posibilidad de ejercitar la querrela de inoficiosidad y en los que sólo cabía pedir el suplemento, que pasaban a cubrir cualquier caso en el cual “*el testador dejase por cualquier título menos de la legítima*”.

El Código civil recoge este criterio (64) en el art. 815: “*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*” (65).

Debemos observar, también, que en el Código civil aparecen bien diferenciadas la acción de suplemento de la legítima y la reducción de legados (arts. 817 y 819 a 822), o mejoras en cosa cierta (art. 829), que prácticamente también se dirige, como asimismo la de reducción de donaciones (arts. 636, 654, 655 y 656), a complementar la legítima en su *quantum* debido.

7. El análisis del derecho al complemento de legítima debemos comenzar con la determinación de los sujetos activo y pasivo de la satisfacción de este complemento.

Sujeto activo es el legitimario a quien no le ha sido totalmente satisfecha su legítima, pero sí en parte.

Esta determinación, genérica y unitaria, sin embargo se diversifica y nos ofrece muy distintos matices cuando contemplamos las varias situaciones jurídicas en las que puede encontrarse el legitimario, según el título en virtud del cual haya recibido sólo parte de la legítima que le corresponda, o según cuál sea la causa por la que le resulte menguada.

En esa perspectiva, podemos observar al legitimario:

— como heredero instituido en porción menor que su legítima, no complementada por otra atribución;

— como heredero instituido en porción mayor o igual a su legítima, pero que por legados impuestos a ella queda menguada a cuantía menor;

(64) Cfr. nuestros estudios “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, n. 22, en A.D.C. XVII-I, enero-marzo 1965, pp. 90 y ss. con las citas contenidas en las notas 242 a 251, inclusive; y “El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles”, 3, en A.D.C., XIX-I, enero-marzo 1967, pp. 11 y s., con las citas contenidas en la nota 38.

(65) El art. 800 del Anteproyecto 1882-1888, ofreció, respecto de la redacción del art. 645 del Proyecto de 1851, las siguientes diferencias: “*haya dejado*”, en lugar de “*dejase*”; y “*de la misma*”, en vez “*de ésta*”.

El art. 815 del Código civil, ofrece como única diferencia respecto de la redacción del art. 800 del Anteproyecto la supresión del adverbio “*sólo*”, que no aparece en el art. 815.

No creemos que a esta supresión pueda dársele trascendencia jurídica, de cuya posibilidad ni siquiera se apercibe MANRESA (“Comentarios al Código Civil Español”, vol. VI, art. 815, *Precedentes*; cfr. 6.^a ed., Madrid 1932, p. 356, pues comenta: “El art. 645 del Proyecto de 1851 innovó esta doctrina que, como dice GARCÍA GOYENA, atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa, y copia de ese artículo es el 815 que nos ocupa”.

— como heredero instituido en cuota hereditaria mayor o igual a la cuota de su legítima, pero hallándose el caudal relicto menguado por donaciones otorgadas a otras personas, que den lugar a que su legítima, computada como determina el art. 818 C. c., no quede cubierta;

— como heredero instituido en cuota suficiente, pero a quien la asignación hecha en la partición efectuada por el mismo testador no le cubra la cuantía de su legítima, o a quien por una evicción sufrida le resulte insuficiente;

— como legatario de parte alícuota, mayor o igual a la cuota de su legítima, pero que sea menguada con legados impuestos a ella que reduzcan su atribución a cuantía menor;

— como legatario de parte alícuota mayor o igual a la cuota de su legítima, pero que, por hallarse el caudal relicto menguado por donaciones, no cubra la cuantía debida;

— como legatario de una parte alícuota mayor o igual a la cuota de su legítima, pero concretada en la partición efectuada por el mismo testador a una asignación que no la cubra o que después quedare reducida por evicción;

— como heredero en cosa cierta o como legatario de cosa específica, si la cosa no cubre el importe de la legítima;

— como heredero en cosa cierta o legatario de cosa específica suficientes para cubrir la legítima, pero menguadas por legados impuestos al mismo beneficiario que reduzcan la cuantía obtenida a un valor menor al de aquélla, o si por evicción sufrida se disminuyese también su valor hasta lesionarla;

— como legatario de cantidad, en los supuestos en que sea posible satisfacer la legítima en dinero, pero que no cubra totalmente la cuantía de ésta;

— como heredero y legatario, como heredero y donatario, o como heredero, legatario y donatario, cuando la suma de lo recibido por todos los títulos no cubra el importe de la legítima;

— como donatario o dotada, si la donación o la dote no cubriese la legítima ni haya preterición, por haberse referido el causante en su testamento a dicha donación o dote, o si el legitimario hubiese renunciado a impugnar la institución o aprobado el testamento sin haber renunciado expresamente a reclamar el complemento de su legítima;

— como donatario de un valor menor que el de la legítima, habiendo sido desheredado sin causa justa o no probada si tal legitimario renunciase a impugnar la institución de heredero en lo que perjudicase a su legítima sin renunciar a pedir el complemento de ésta.

Este panorama, en el cual seguramente podrían captarse aún algunas otras modalidades, nos recuerda el que antes hemos contemplado en el *Codex justiniano*:

— en la ley *Omnimodo* (III-XXVIII, 30), al legitimario a quien en testamento "*minus portione legitima sibi relictum est*", "*in hereditate vel legato vel fideicommissio*";

— en la ley *Quoniam in prioribus* (h.t., 32), al legitimario a quien se le menoscabaran sus derechos por condición, plazo o disposición que cause demora o cualquier gravamen;

— en la ley *Si quando*, § *Et generaliter* (h.t. 35, § 2), al legitimario a quien se le hubiese donado *inter vivos* o *mortis causa* a cuenta de su legítima;

— en el proemio de la ley *Scimus* (h.t. 36, pr.), al legitimario a quien por evicción de la cosa donada, *inter vivos* o *mortis causa*, o dejada en testamento, o por causa de la ley Falcidia, se disminuyeran los legados, fideicomisos o donaciones por causa de muerte, resumiendo: “*ut, sive ad initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualiscunque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleti, et nostrum iuvamen purum filius inferi*”.

Estos textos permitían distinguir:

1.º Los supuestos en los cuales *ad initium minus quam legitima fuerit derelictum*.

2.º Aquéllos en los cuales lo dejado se redujere *extrinsecus qualiscunque causa interveniens*.

3.º Cuando se hubiera impuesto a la legítima algún gravamen *in quantitate*.

4.º O si el gravamen impuesto fuese *in tempore* o si, por otra razón, afectare *in qualitate* a la legítima.

Como luego vamos a ver:

a) los gravámenes *in tempore* y en general todos los que lesionaran *in qualitate* la legítima, fueron tratados con el remedio específico derivado de la ley *Quoniam in prioribus*, que no requería el ejercicio de acción alguna por parte del legitimario;

b) el legitimario instituido heredero y gravado con legados que no le dejaran líquida la cuarta parte de su cuota hereditaria disponía del remedio de la ley *Falcidia*; que así le podía servir para salvaguardar su legítima, y,

c) finalmente, tuvo también un cauce específico la acción de reducción de las donaciones inoficiosas, regulada en el título de este nombre, III-XXIX, del *Codex*.

8. Pero, aun concluidos estos casos, quedaba un abanico de supuestos, en los cuales se discutió por los autores, como antes hemos comprobado, si el legitimario disponía de la *petitio hereditatis*, de la *actio ex testamento*, o de una *condictio ex lege Omnimodo* para reclamar el complemento de su legítima, siendo de subrayar que, conforme la opinión de Vázquez de Menchaca, según cual fuese el supuesto de que se tratase, el complemento podía obtenerse por una u otra vía.

Para ver cómo hoy se concreta esta perspectiva es preciso que, sin perderla de vista, nos fijemos en posibles sujetos pasivos de esta reclamación.

El *sujeto pasivo* del complemento de legítima queda en parte ilu-

minado por el cambiante panorama que acabamos de contemplar de las múltiples situaciones en las cuales puede encontrarse el reclamante, es decir, su sujeto activo, y aclararlo en profundidad volviendo a traer aquí la perspectiva histórica de la debatida cuestión acerca de *contra quién*, podía dirigirse la acción expletoria. A este respecto, con la última glosa a la ley 5, tít. VIII de la 6.^a Partida, vimos que alcanzaba subsidiariamente y a prorrata a los legatarios de cosa específica de la herencia. Pero, hoy posiblemente sea más correcto desgajar esta afección subsidiaria de los legados de cosa cierta para el complemento de la legítima, excluyendo a sus legatarios como sujetos pasivos de la acción expletoria, para trasladar la reclamación contra éstos al tema de la reducción de los legados, que así comprenderá:

a) De modo inmediato, aquellos legados impuestos como carga al legitimario;

b) En forma subsidiaria, los legados que sin gravar de modo personal y directo a ningún legitimario *in concreto*, deben ser reducidos para que puedan complementar su legítima aquellos legitimarios, a quienes se les haya dejado menos de lo que en dicho concepto les correspondiese, tanto si su cuota de institución o de legado parciario fuese menor que la de su legítima, como si, siendo alícuotamente aquélla igual o mayor que ésta, el haber repartible entre los llamados a una cuota se hallare reducido por legados o por donaciones y legados que dieran lugar a que los *quanta* legitimarios no pudieran ser cubiertos sin reducir legados.

Trasladados estos supuestos de complemento de legítima a la acción de reducción de legados y separados también los supuestos de complemento exigible por causa de evicción (art. 1.070, n. 1, inc. final, C. c.) o por lesión en la partición efectuada por el testador (art. 1.075, excepción primera C. c.), que tienen cauces específicos, ya podemos concretar que el sujeto o sujetos pasivos de la *acción para complemento de legítima*, en sentido restringido, siempre es o son uno o varios herederos, ya sean:

— uno o varios coherederos del legitimario reclamante; o bien,

— uno o varios herederos contra quien o quienes pueda dirigir su acción el legitimario que reclame el complemento de lo que haya recibido en concepto de legado o como dote o donación, o en conjunto por varios de estos títulos.

Notemos que los herederos que, a su vez, sean legitimarios, cuando otro legitimario ejercite la acción expletoria, no deben sufrir en el ámbito de su propia legítima los efectos de dicha acción, al no ser incompatibles las condiciones de heredero y de legitimario y por tener derecho quien reúna ambas cualidades a recibir íntegra y sin gravamen su cuota legal (arts. 813, § 2, 817 y 863, § 2) (66).

Esas dos diversas hipótesis nos iluminan dos situaciones muy distintas en la reclamación del complemento.

(66) Cfr. nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", I, § 9, A, b, 2.º, p. 83.

9. *Objeto de la actio ad supplendam legitimam*, es el complemento de ésta.

Esta definición, que parece una perogrullada, está cargada de las mismas cuestiones que hemos visto debatidas al tratar del contenido cualitativo de las legítimas (67). Así podemos hallar posiciones equivalentes a las que allí clasificamos, que respectivamente nos definirán el complemento de la legítima, como:

a) *La parte restante de la pars hereditatis, o cuota hereditaria forzosa, que la ley atribuya directamente al legitimario a quien el testador haya dejado menos de lo que por legítima le corresponda. En este sentido, el suplemento de legítima no sería, en realidad, el complemento de una disposición del causante, sino la parte de la herencia atribuida directamente por la ley al heredero forzoso y que el testador no hubiese individualizado por haber asignado para su pago bienes determinados insuficientes* (68).

b) *Una pars hereditatis, con la cual la ley completa la atribución o atribuciones que el causante haya hecho en uso de la facultad que el Código civil le concede con amplitud "romana (pretoriana) para modelar el título adquisitivo como herencia o como legado", tanto si la atribución insuficiente efectuada por el testador éste la hubiese otorgado en concepto de herencia, de legado o donación. Este complemento, se dice por quien ha defendido esta opinión que "es siempre una participación de herencia: no una prestación abonable por el supuesto heredero extraño o por los demás legitimarios instituidos. Estos no tienen que indemnizar al titular de la acción ni satisfacerle crédito alguno, sino que están obligados a*

(67) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", en *A.D.C.*, XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 14 y ss.

(68) Así: GREGORIO ORTEGA PARDO, "Heredero testamentario y heredero forzoso", en *A.D.C.*, III-II, abril-junio 1950, pp. 344 y ss.; AMADEO DE FUENMAYOR, que había seguido (en "La mejora en el sistema sucesorio español", Coimbra 1946, pp. 33 y ss.) las ideas ya defendidas por FRANCESCO FERRARA, "El sistema de la legítima y la mejora en el Derecho civil español" (cfr. resumido y criticado por JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *R.C.D.I.*, V, pp. 63 y ss.), considerando la mejora como una orden de imputación y adjudicación de lo asignado por la ley a título hereditario, parece que debe ser entendido adecuadamente a este criterio cuando indica ("Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria", V, en *R.G.L. y J.*, 91, 1^{er} sem. 1946, p. 71) que el art. 815 disciplina la acción de suplemento y contiene una norma de imputación de los legados, y al precisar que partición es atribución, ocupándose de qué modos puede el causante cumplir su deber con los legitimarios de conformidad al art. 815: ("Intangibilidad de la legítima", III, 2, en *A.D.C.*, I-I, enero-marzo 1948, pp. 63 y s.); FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, "La herencia legal y el testamento", Barcelona 1956, n. 174, pp. 390 y ss., para quien "la acción de complemento del art. 815 no es sino un caso particular de la petición de cuota", que "ha de ir unida a la *reducción* de actos inoficiosos", salvo en el caso de que "el déficit de legítima tenga su origen en haber dejado cuotas no dispuesta"; si bien entiende que "tiene una significación específica, por lo que debería recibir una denominación especial, que pudiera ser la *petición de cuota*".

recibirlo en comunidad hereditaria con derechos exactamente iguales a los suyos" (69).

c) La porción de la cuota-parte del valor de los bienes de la herencia en que consiste la legítima —cuota que no es *pars hereditatis*, pero en la cual por ministerio de la ley, a título singular, el legitimario es *cotitular de la comunidad hereditaria*— que no ha sido cubierta con liberalidades hechas por el testador, y que sigue siendo una *porción o cuota de comunidad que tiene como contenido concreto bienes de la herencia*, con los cuales debe satisfacerse, en acto partitional, sin convertirse en crédito (70).

d) Aquella parte de la cuota de bienes (*pars bonorum*), reservada por el art. 806 C. c., que el legitimario subsidiariamente puede reclamar de lo que la ley le atribuye abintestato, a fin de complementar las disposiciones con que el causante le hubiese beneficiado insuficientemente, hasta cubrir aquélla (71).

e) La *porción de bienes* (a título de legado) o la *porción de herencia* (a título de heredero) que sea *reducida por inoficiosa* (72). Esta última, en el segundo caso, según una opinión (73), implicaría

(69) Esta es la tesis de FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, "Naturaleza jurídica de la legítima", IX, en *Estudios de Derecho Sucesorio*, conferencias del curso 1945 del Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona 1946, pp. 797 y ss., quien insiste (p. 199) en que la *actio ad supplementum* "tendrá que ir indefectiblemente orientada hacia la *pars hereditatis*: primero, porque nadie más que el difunto testador puede decidir, sobre la creación de nuevos legados, ya que el único origen posible de éstos está en las cláusulas testamentarias; y segundo, porque la fuerza atractiva del concepto de *pars hereditatis*..., tendría que actuar plasmando la estructura de aquélla (...), con arreglo a la suya propia".

(70) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*, en An. Ac. Matr. del Not., vol. II, pp. 540 y s. en la nota, letra e, y pp. 546 y ss. en la nota.

(71) Creemos que esa es la posición defendida por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, en "Estudio sobre el pago en metálico...", loc. cit., pp. 748 y s. y 806 y ss., en especial en la nota 132, pp. 808 y s.

(72) MARIO ARMERO DELGADO, "Testamentos y particiones", vol. I, Madrid 1951, n. 364, p. 441, caracteriza la acción de suplemento de legítima por no ser acción de nulidad de disposiciones del testador sino de reducción en lo necesario para que la cuota legitimaria se complete, cuando resulten insuficientes las disposiciones hechas a favor del legitimario, "ya de una manera directa o en forma indirecta" por limitaciones o gravámenes. Este parece ser el criterio de LACRUZ BERDEJO, "Derecho de Sucesiones. Parte General", Barcelona 1961, n. 167 d, p. 182 y es el de ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA, "La legítima en el Código civil", Oviedo 1964, pp. 142 y s., quien afirma que la acción de suplemento no es una acción autónoma, y que, mediante la reducción de las donaciones inoficiosas, se obtiene por sucesión testada o intestada o mediante una *mortis causa capio* o adquisición *ex lege*. También es, al parecer, el de DIEGO ESPÍN, "Manual de Derecho Civil", vol. V, 3.ª ed. Madrid 1970, sec. IV, cap. III, IV, p. 484.

(73) LACRUZ BERDEJO, loc. cit., quien aplica esta solución al supuesto de institución de un extraño en una cuota hereditaria superior al tercio de libre disposición, que estima debe reducirse en la cuota excesiva, y que ésta será heredada por el legitimario "llamado por la ley, contra el testamento", supuesto en el cual lo que se ha alterado, "no es la asignación de unos bienes a una o a otra persona, como en los legados, sino precisamente la porción en que los bienes deben asignarse".

una vocación legitimaria, subsidiaria o secundaria, “diversa de la abintestato por el patrimonio que sirve de base para computar las cuotas (ampliado en aquella ficticia y, en su caso, efectivamente, con las donaciones realizadas en vida del causante) y por la imperatividad de las normas que la regulan”. O bien, según otra opinión (74), amparada en la prohibición de disponer que implica la legítima, tomada de la parte precisa de la sucesión intestada, y a título de heredero, aunque con aplicación de las reglas de partición e imputación, para recibir el reclamante únicamente lo preciso para completar su legítima.

f) Un *derecho de crédito* para reclamar el suplemento (75), aunque protegido por un *onus reale* o *tacitam hypothecam* y dirigida a obtenerlo “en bienes hereditarios *in natura* según las reglas indicadas en la división de herencia (76), o, específicamente, “de naturaleza indemnizatoria”, que significa un *resarcimiento* al legitimario por el incumplimiento, por parte del *de cuius*, del deber de atribuirle íntegra su legítima, que debe serle satisfecho en bienes hereditarios, conforme el carácter de *pars bonorum* que tiene el contenido de la legítima, salvo los casos en que está autorizado su pago en metálico, y que asegurado con una acción *in rem scriptam*, que le concede efectos reales (77).

g) Partiendo de su distinción, importada de Italia, entre cuota de reserva y cuota de legítima, Guillermo G. Valdecasas (78) distingue dos supuestos que corresponden respectivamente a la violación cuantitativa de una u otra cuota. A su juicio:

— La *cuota* de reserva es deferida al legitimario a título de herencia (*pars hereditatis*) por llamamiento forzoso o una cuota del caudal relicto, dispuesto por la ley, que prohíbe instituir en ella a otra persona, por lo cual el llamamiento testamentario de ésta que viole aquélla será nulo en la medida en que la lesione (*acción de nulidad parcial*). Es decir, “sólo en parte si el testador le dejó algo” al legitimario, supuesto en el cual, “la institución testamentaria es nula sólo en la medida necesaria para dejar a salvo la cuota hereditaria

(74) En este sentido GARCIA BERNARDO, loc. últ. cit.

(75) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, “Instituciones de Derecho Civil”, vol. III, Madrid 1932, Lec. 90, p. 226. Dentro de esta configuración deben integrarse los sostenedores de las tesis que configuran la legítima como derecho contra el heredero a obtener una *pars bonorum*, o en casos excepcionales su equivalente en metálico (JULIÁN DÁVILA GARCÍA, “Herederos y legitimarios”, en *R.C.D.I.*, XVI, 1943, pp. 666 y 670) o bien al legitimario como “un acreedor de la herencia líquida que tiene un derecho intangible por ministerio de la ley a una porción de los bienes que la integran” (FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, “Herederio forzoso y heredero voluntario”, en *R.C.D.I.*, XVIII, 1945, p. 485).

(76) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, “Naturaleza jurídica de la legítima”, *R.C.D.I.*, XVII, 1944, pp. 202 y ss. y, concretamente, p. 206.

(77) Así la describimos en nuestras “Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, 17, b, en *A.D.C.*, XVIII-I, enero-marzo 1965, pp. 67 *in fine* y s.

(78) GUILLERMO G. VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, en *R.D.P.*, XLVII, 1963, pp. 957 y ss. Véase nuestra crítica de esta tesis en “Notas críticas...” últ. cit., en especial II, pp. 57 y ss.

que la ley reserva al heredero forzoso, y que, en este supuesto es deferida por la misma ley contra la voluntad del testador" (79).

— Y la *cuota* de legítima es una cuota del valor de la suma del líquido relicto y lo donado, fijada en el momento del fallecimiento del causante (80), y, para su defensa, dice (81): "No existe en el Código civil una acción de complemento autónomo y perfectamente diferenciada de la acción de reducción", "que recuerda más a la de complemento cuando es dirigida contra el heredero testamentario para reducir su adquisición de bienes hereditarios (no la cuota en que fue instituido)"; pero que (82) "se puede dirigir contra los herederos, legatarios y donatarios", "presupone la validez de las liberalidades otorgadas por el causante y persigue, mediante la reducción de dichas liberalidades, la obtención de los bienes necesarios para completar la legítima".

De todas estas formulaciones que hemos expuesto debemos rechazar de plano aquéllas que consideran que, siempre o en algún caso, el complemento es una *pars hereditatis* o cuota de herencia. Si, como hemos visto, no lo es la legítima íntegra (83), tampoco podrá serlo su complemento. Ya que se trata de cubrir el déficit de un activo neto calculado en la suma de lo relicto líquido y lo donado, consiguientemente el suplemento no puede consistir en una cuota de herencia, ni siquiera en una cuota genérica de bienes de la herencia, sino en uno o varios bienes concretos de ésta o en su equivalente en dinero, en su caso, que deben determinarse y especificarse para su satisfacción.

Si separamos, de un lado, el derecho a reclamar el suplemento al heredero o a los coherederos y, del otro, el del derecho a pedir la reducción de los legados y donaciones inoficiosos y centramos la cuestión en un ámbito más estricto, tampoco para pagar el complemento necesitaremos reducir la cuota de institución de ningún instituido. No olvidemos que toda la herencia puede ser de libre disposición si las legítimas han sido ya cubiertas, y que un extraño puede ser heredero universal si con legados se satisfacen las legítimas. El complemento se concreta a cubrir un déficit que —como antes hemos visto— el versículo *Repletionem* del proemio de la ley *Scimus* disponía que debía "*ex rebus substantia patris fieri*", es decir, debía satisfacerse en bienes de la herencia. Regla general (84) que —aparte del supuesto examinado de legado de metálico aceptado por el legiti-

(79) G. G. VALDECASAS, loc. cit., n. 2, p. 958 y ss.

(80) *Ibid.*, I, 3, a, b y c, p. 961 y III, 1, p. 973.

(81) *Ibid.*, II, 3, p. 969.

(82) *Ibid.*, III, 3, p. 975.

(83) Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima...", II, en *A.D.C.*, XXIII-I, pp. 26 y ss.

(84) Cfr. ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en *R.D.P.*, XXVIII (marzo 1944, pp. 202 y ss., en especial p. 206; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio*, en *Anales Ac. Matr. del Notariado*, vol. II, pp. 546 y ss. y nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", I, § 9, A, b, 1.º, pp. 82 *in fine* y s.

mario, que en este caso también en metálico podría reclamar el suplemento debido—, dada la naturaleza indivisible de los bienes hereditarios, podría dar lugar a la opción de quien tuviere la mayor parte, de pagar en metálico a quien tuviese la menor parte, que normalmente sería el reclamante del suplemento (85).

En síntesis, creemos que del contenido cualitativo del complemento puede decirse lo mismo que de la propia legítima. Por lo cual entendemos que aquél podrá ser satisfecho en metálico en los mismos supuestos en los cuales ésta incluso podría serlo totalmente (86).

Cámara Alvarez (87) ha expuesto que, aun cuando el art. 815 no dice cómo debe pagarse el suplemento, él cree que el legitimario tiene derecho a exigir que se le abone *in substantia*, basándose tanto en sus precedentes históricos —“muy claros sobre el particular”— como en la definición de la legítima, como “*porción de bienes*”, del art. 806 C. c.; pero observa que si el testador ha hecho la división de sus bienes, al amparo del artículo 1.056, la lesión de la legítima se corrige a través de la rescisión de la partición (cfr. art. 1.075) y el heredero o herederos demandados podrán optar (art. 1.077) entre indemnizar en numerario o consentir que se proceda a nueva partición”. El mismo Cámara pregunta si cabría generalizar esa solución y “aplicarla a todos los casos en que la asignación testamentaria sea insuficiente”. Su respuesta es negativa: “Se trata primordialmente (en el art. 1.077) de evitar en lo posible que una partición se deshaga y de respetar las adjudicaciones hechas por el testador. Si no hay partición testamentaria no juega indudablemente la primera razón, y es mucho más aventurado presumir cuál hubiera sido la voluntad del testador de haber sabido que los bienes legados al legitimario no bastaban para cubrir su legítima”.

Entendemos que no todos los supuestos de poderse satisfacer el suplemento de la legítima en dinero quedan subsumidos en el artículo 1.056, §§ 1 y 2, sino que rebasándolos se extienden a todo supuesto de asignación de bienes concretos, aunque por no constituir una partición completa no encajen en dicho artículo, si resulta que por analogía a lo previsto en el art. 821 tales asignaciones no deben contribuir al complemento en más de la mitad de su valor, o bien, pueden considerarse como mejoras incluidas en el artículo 829 C. c.

(85) Cfr. las citas de FERNANDO GÓMEZ-ARIAS DE TALAVERA, TELLO FERNÁNDEZ, JUAN MATIENZO, ANDREA ANGULO y ANTONIO AYERVE DE AYORA, apoyados en la doctrina de BARTOLO Y BALDO *al comentar la ley Sancimus*, § *Ne autem, Cod. De donationibus* (Cod. VII-LIV, 34, § 1.º) y la ley *Scimus*, vers. *Repletionem, Cod. De inoffi. testamen.* (Cod. III-XVIII, 36, pr.) y en la última del tít XVI, 6.ª Partida, que expusimos en “Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes...”, n. 15, a y b, en *A.D.C.*, XXIII-I, pp. 70 y s.

(86) Cfr. “Contenido cualitativo de la legítima”, en *A.D.C.*, XXIII-I, nn. 16 y 20, pp. 73 y ss. y 87 y ss.

(87) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil”, en *Estudios Jurídicos Varios*, con ocasión del Centenario de la ley del Notariado, vol. I, pp. 749 y s.

Por otra parte, el art. 1.077 es aplicable, después de la partición aunque ésta no hubiese sido efectuada por el testador, sino por contador partidador.

10. La cuantía del suplemento de legítima viene determinada por la propia denominación. Es, en cada caso, el importe del complemento preciso para que el legitimario, a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de lo que le corresponda por legítima, obtenga el haber líquido a que, conforme el art. 818 C. c., tenga derecho.

El problema surge con respecto a la legítima de los hijos y descendientes legítimos, al existir una legítima larga y una legítima estricta o corta. Esta de un tercio y aquélla de dos tercios, o en concreto del resto de dos tercios después de reducir de ellos las mejoras expresas.

La solución, en principio, parece fácil habida cuenta de que, conforme unánimemente habían subrayado los autores castellanos (88), el tercio de mejora es legítima frente a los extraños pero no lo es entre los hijos ni respecto a éstos con relación a los nietos y demás descendientes. Criterio que corresponde a la solución que el Tribunal Supremo ha dado para determinar la legítima del hijo injustamente desheredado (89) y, asimismo, al que expusimos hace años (90), partiendo de que la acción de suplemento se dirige a asegurar su mínimo legal a cada legitimario, de lo que dedujimos: que de ser ejercitada esa acción contra un heredero no forzoso por único legitimario, o por todos ellos en conjunto, debe referirse a los dos tercios; pero que ejercitada sólo por alguno de éstos, cuando lo atribuido en total a todos alcance los dos tercios, la acción se ha de limitar a la reclamación de lo correspondiente por legítima estricta al reclamante, o reclamantes.

Pero el problema se complicó en el régimen del Código civil por la pretendida prohibición de las mejoras tácitas.

Por ello, algunos autores (91) fijaron el límite del complemento de legítima en una parte viril de los dos tercios (legítima larga) salvo si el causante hubiere dispuesto mejoras; supuesto en el cual la parte viril se calculaba sobre "el resto que quede de estas dos terceras partes, después de deducido el importe de la mejora".

Como, para nosotros, la pretendida prohibición de las mejoras tácitas no consiste en exigir el uso sacramental del sustantivo "mejora" ni del verbo "mejorar", y la prohibición se concreta a la exclu-

(88) Cfr. las notas 695 y 696 de nuestro estudio "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", vol. cit., p. 629.

(89) S. 23 enero 1959. Cfr. nuestro trabajo "El apartamiento y la desheredación", 43, en *A.D.C.*, XXI-I, enero-marzo 1968, pp. 92 y ss.

(90) "Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios", en *R.D.P.*, XXVII, abril 1948, p. 331.

(91) Cfr. MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 815 y SÁNCHEZ ROMÁN, "*Estudios...*", vol. VI-II- cap. XV, n. 111, pp. 937 y s.; VALVERDE VALVERDE, "*Tratado...*", vol. V, cap. XII, § III, p. 269; ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 174, p. 392.

sión de las mejoras presuntas (92), el problema se concreta a una correcta interpretación de la voluntad del testador según el tenor del propio testamento.

Por eso, salvo en los supuestos en que la atribución, efectuada o reconocida al reclamante, tenga carácter de pura asignación a cuenta de una atribución más amplia de la legítima, o carácter meramente particional, hemos apoyado nuestra opinión de circunscribir al límite de la legítima estricta (93), la reclamación del complemento, dirigida contra otro u otros descendientes legítimos, en el siguiente silogismo (94).

— La voluntad del testador es ley en la sucesión (art. 675). La palabra heredero significa un llamamiento general y absorbente a toda la herencia, o bien a coparticipar de ella con los demás instituidos (S. 16 abril 1947); mientras que el llamamiento concreto a una cosa determinada es siempre un legado (art. 678 C. c.). Por lo cual, el testador que designa un heredero y ordena un legado, expresa claramente su voluntad de que aquél reciba todo el haber, excepto la cosa o porción expresamente legada.

— El límite legal de esa voluntad, habiendo varios descendientes legitimarios, lo constituye para cada uno de ellos respecto de los demás su respectiva legítima (art. 808 C. c.), como antes hemos señalado que unánimemente habían subrayado los autores castellanos.

Luego: si es voluntad del testador dejar a un legitimario tan sólo la cosa que le ha legado, y al no tener esa voluntad otro límite cuantitativo que el de la legítima estricta del propio legatario, éste no podrá exigir sino el complemento de ésta, es decir, el del mínimo legal que le corresponde, o sea, de su parte viril de la legítima corta.

Igualmente, podemos concluir que el complemento se refiere a la legítima estricta si un descendiente legitimario hubiese sido instituido en una cuota menor de la correspondiente como legítima corta, si con las cuotas de institución de los demás legitimarios quedaran cubiertos los dos tercios del haber.

11. La determinación del medio o los medios jurídicos de que dispone el legitimario para reclamar el complemento de su legítima, hemos visto que no fue cuestión unánimemente resuelta por los autores de Derecho común ni por los comentaristas de las leyes de Castilla. Las vacilaciones se han incrementado en la doctrina posterior al Código civil, como puede deducirse de lo que hemos expuesto al tratar del contenido cualitativo del complemento exigible.

Hemos distinguido, de una parte, la reclamación al heredero o herederos, o a los coherederos, del suplemento propiamente dicho

(92) Cfr. nuestro estudio "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", II, 2 y 3, en *Anales de la Ac. Matr. del Not.* VIII, pp. 16 y ss.

(93) Recoge nuestro criterio PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho Civil", V-III, Barcelona 1964, cap. II, 2, III, A, p. 202.

(94) Cfr. "Apuntes...", I, § 9, B, pp. 86 y s. y "La mejora tácita...", V, 5, y VI, 1, vol. cit., pp. 48 y ss.

y, de otra, las acciones de reducción de legados y de donaciones, la de rescisión de la partición efectuada por el testador o el comisario por lesión de la legítima y la de saneamiento por evicción que perjudique la legítima, que examinaremos especialmente por separado. Con ello, tenemos algo más centrado y simplificado el problema aquí contemplado, que así se circunscribe a decidir si el complemento de la legítima debe reclamarse:

— por una *petitio hereditatis* ya sea consecuencia de la pretendida delación forzosa (95), ya del llamamiento abintestato o testamentario (96);

— con una acción de *reclamación de cuota*, ya sea fruto directo de un llamamiento legal autónomo (97) bien consecuencia de la existencia de la reserva del art. 806 C. c. (98);

(95) Para los autores que estiman que el legitimario es un heredero forzoso por delación legal, es lógico que sea la *petitio hereditatis* el vehículo de la reclamación del suplemento. Así es para los autores citados en la nota 661. Así es igualmente para G. G. VALDECASAS respecto de la que denomina cuota de reserva (cfr. *supra* n. 9, g).

También lo es para quienes, como PORPETA (cfr. *supra*, n. 9, b, nota 69), estiman que existe ese llamamiento legal a título de heredero, aunque acepte que la facultad modeladora concedida al testador le permite atribuirle por medio de legados, pues esta configuración no puede extenderse a la parte no dispuesta.

Finalmente lo estima así LACRUZ BERDEJO (cfr. *supra*, nota 73) para el específico supuesto de haber sido instituido un legitimario en cuota menor de la asignada legalmente a su legítima y de haber sido instituido un extraño en mayor cuota que la parte de libre disposición.

(96) Así lo ha entendido GARCÍA BERNARDO, op. cit., pp. 142 y ss.: “La adquisición del suplemento por el legitimario no se verifica en virtud de una acción de suplemento y, por tanto, en virtud de la Ley, sino previa reducción de la disposición o disposiciones inoficiosas”... “como si la disposición inoficiosa no se hubiese hecho en todo o en parte y es necesario en unos casos abrir la sucesión intestada para conferir un título sucesorio a fin de distribuir este remanente, y uno de los herederos abintestato o mejor de los sucesores abintestato es legitimario que ha recibido menos de su legítima; pero en otros casos, no hay necesidad de abrir la sucesión intestada, por haber sido instituido el legitimario sin más límite que el derivado del concurso con otros herederos; en cuyo supuesto, el importe de lo reducido, como tiene título para adquirirlo, se le asignará en la partición y se imputará a la cuota legítima necesariamente”. Asimila este autor la apertura de la sucesión intestada en caso de suplemento de legítima a la abierta en el supuesto de desheredación injusta.

(97) Esta corresponde a la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO (cfr. *supra* 9, c nota 70), aunque este autor parece orientar más bien hacia el ámbito paritacional la reclamación del suplemento.

(98) CÁMARA ALVAREZ (loc. últ. cit., pp. 806 y ss.) propone construir la acción de suplemento “a base del artículo 806, como una aplicación o proyección especial del derecho del legitimario a reclamar la cuota reservada, que en este caso concreto se orienta a integrar o completar aquella cuota” (p. 806). “La acción que compete al legitimario para reclamar su cuota reservada no es una acción dirigida a obtener la nulidad propiamente dicha de las disposiciones testamentarias, sino que persigue sólo la declaración de que al legitimario le corresponde una cuarta parte del patrimonio hereditario líquido. Conseguido este reconocimiento, el legitimario podrá impugnar los actos dispositivos otorgados sin su concurso (aunque sean anteriores) y las disposiciones testamentarias y liberalidades “inter vivos” que resulten inoficiosas” (p. 808). “La acción contemplada tiene quizá cierto

— a través de la actio *familiae erciscundae*, es decir, parcialmente (99);

— mediante una acción personal contra el heredero, como la anterior *condictio ex lege "Omnimodo"*, aunque igual que ésta afectante a modo de *obligatio in rem scripta* u *onus reale* a los bienes hereditarios (100).

Una visión panorámica retrospectiva de esta cuestión en el Derecho anterior al Código civil, nos muestra en este tema:

— que la común opinión estimaba que el suplemento se obtenía por la *conditionem ex lege "Omnimodo"*, si bien para bastantes autores este remedio era sólo supletorio para los supuestos en que se careciese de otro; pues, según Vázquez de Menchaca entendió, el suplemento tenía la misma forma y naturaleza que la disposición a la que complementaba;

parecido con la *petitio hereditatis*"... "no presupone la existencia de un llamamiento general y autónomo a la cuota reservada. Si este llamamiento existiera el legitimario podría en todo caso, rechazar la disposición testamentaria y reclamar la legítima"... "Por otra parte la acción de reclamación de cuota difiere de la acción de nulidad en sentido estricto, y concretamente, de la que ostenta el legitimario en los supuestos de preterición o de desheredación injusta"... "La acción de reclamación de cuota deberá ejercitarse en el juicio declarativo que corresponda. Reconocido el derecho a la cuota, el legitimario podrá plantear el juicio de testamentaria. Tampoco veo inconveniente en que la acción se plantee dentro de dicho juicio si la cuestión se suscita al oponerse el legitimario (por no haber quedado la legítima, o haberlo sido insuficientemente) a la partición realizada por los contadores judiciales" (nota 152, pp. 808 y s.).

(99) Además de la última frase de CÁMARA, que hemos transcrito en la nota anterior, referente a la reclamación del suplemento en el juicio de testamentaria, podemos indicar que GONZÁLEZ PALOMINO (loc. últ. cit., p. 546, nota) subraya que: "Determinado el valor de la legítima, es en la partición donde y como se establece su contenido concreto, y precisamente con bienes de la herencia que es lo que se parte y reparte", y, refiriéndose en concreto al art. 815 (p. 547, nota cit.), señala que "la mayor garantía de los legitimarios es que el heredero no puede actuar casi, ni moverse, sin contar con ellos, durante la partición". También ESPINAR LAFUENTE (op. cit., n. 174, p. 391) ha escrito que "la acción de petición de cuota"— de la cual "la acción de complemento del 815 no es sino un caso particular"— "puede ir también embebida, o anexa, con otra"... "de *familiae erciscundae* (si no se avinieran a liquidar el caudal relicto)". La realización de la partición, extrajudicial o judicial, y conjuntamente con la satisfacción del complemento, la contemplamos en nuestros "Apuntes...", I, § 8, A, c, p. 79) indicando la garantía resultante de la indisponibilidad por parte de los herederos que no representen la totalidad del caudal en el cual el peticionario del suplemento tiene reservada su parte.

Notemos que, como antes vimos, VÁZQUEZ DE MENCHACA (op. y pars cits., lib. I, § X, n. 523, vers *Itaque*, p. 234), al señalar que el *officium iudicis* cumpla el *boni viri arbitratu repleri* de la ley *Scimus*, comentó: "Nec puto, quod officium iudicis hoc casu quicquam differeat ab officio, ut arbitrio iudicis assumpti in iudicio familiae erciscundae vel communi dividundo..."

(100) Hemos visto que este criterio fue el comúnmente aceptado desde la Glosa, luego por BARTOLO y más tarde por RODRIGO SUÁREZ y ANTONIO GÓMEZ. Por él nos inclinamos en nuestros "Apuntes...", I, § 8, pp. 74 y s. y nos reafirmamos, más tarde, en nuestras "notas críticas a la pretendida distinción...", 17, b, pp. 65 *in fine* y ss. Admitiendo que tenga eficacia real, sin duda por su carácter de *onus reale*. También sigue el criterio clásico ROCA SASTRE (loc. últ. cit.).

— que en el supuesto de haberse instituido heredero en cuota menor de la debida un legitimario, algunos autores entendieron que se obtenía por la *petitio hereditatis* o por la *familiae erciscundae* frente a los coherederos;

— que en caso de institución *ex re certa*, o de legado si no se accionase la querella ni el *ius discendi nullum*, se podía pedir por la *actio ex testamento* por presuponerse incluido en el legado también el complemento, e, incluso, para algunos, aún en el caso de que el testador hubiese prohibido reclamarlo, por estimarse que, en virtud de la ley *Quoniam in prioribus*, esta prohibición debía estimarse por no puesta.

A pesar de nuestra declaración de que nos inclinábamos por estimar que el vehículo para reclamar el suplemento es una acción personal, derivada de la vieja *condictio ex lege* se ha dicho que nuestra posición en los “Apuntes de Derecho Sucesorio”, distaba de ser clara (101). Tal vez esta apreciación fue hecha debido a las referencias que allí hicimos a la protección de que se beneficiaba el peticionario. Y es posible que al efectuarlas intuimos algo que ahora, con la lectura de Vázquez de Menchaca y de Cancer, nos ha quedado aclarado. Hoy pensamos que:

— en caso de ser instituido heredero un legitimario, a quien en la partición efectuada por el testador, conforme al art. 1.056, o por el comisario, a tenor del art. 1.057, se le asignasen bienes por valor menor que la legítima: este legitimario podrá reclamar el complemento por la *actio petitio hereditatis* y por la acción rescisoria de la partición;

— en supuesto de institución en cuota menor: la reclamación del suplemento irá unida al ejercicio de la acción *familiae erciscundae*;

— en el supuesto de institución en cosa cierta o de legado de cosa determinada, efectuados a cuenta de la legítima, debe presuponerse que en el llamamiento está incluido el complemento pertinente que, consiguientemente, podrá reclamarse por la *actio ex testamento*;

— en los demás casos, es decir, haber sido otorgado al legitimario un legado sin expresarse su finalidad, o prohibiéndole que reclamare el suplemento, o de haber sido favorecido con una donación, invocada en el testamento: creemos que el vehículo de la reclamación, contra el heredero, continúa siendo el mismo aplicado en el Derecho anterior que el Código debió recoger; es decir, una acción personal pero *in rem scripta*, derivada de la antigua *condictio ex lege “Omnimodo”*.

Lo que seguimos considerando evidente es que no cabe utilizar una acción de petición de cuota fundada en una sucesión forzosa, puesto que ésta no existe, ni tampoco en una sucesión intestada, a la que faltaría todo supuesto previo para que pudiera tener lugar y a la cual sería innecesario recurrir en este caso. Puesto que puede

(101) Así lo hizo notar CÁMARA, op. cit., nota 152, p. 808.

reclamarse sin más el complemento, no es necesario, pues, y ni siquiera lo estimamos conveniente, dar el rodeo de pedir la parte no cubierta de la cuota de reserva derivada del art. 806. El suplemento nunca es propiamente una cuota, ni aún en los supuestos en que la posibilidad de pedirlo dimana de haber sido instituido el legitimario en una cuota menor a la de su legítima, o de habersele legado ésta como *legatum partitionis*, pues el complemento se refiere a bienes líquidos, o en su caso a su equivalente en dinero, por un valor igual a la diferencia entre lo dejado al peticionario y su legítima, calculada como dispone el art. 818 con relación a la suma de *relictum líquido* y *donatum*. Es decir que, como ya había notado Bartolo, el derecho al suplemento nunca se refiere a una cuota hereditaria, sino a los bienes precisos para cubrir la porción no satisfecha de la legítima.

La *reserva* de una porción de bienes que el art. 806 hace, y que se determina aplicando, de una parte, los arts. 807 y 808 y demás pertinentes, para fijar la participación legal, y, de otra, el art. 818, para fijar la base, se realiza por los medios concretos que el Código establece, arts. 814, 851, 782, 813, § 2, 815, 819, § 3, 820, 863, § 2, 636, 654, 652. De todos éstos, el art. 815 —como la vieja ley *Omnimodo*— confiere contra el heredero una acción personal —llámesele reclamado crédito legal a una obligación de complementar o indemnizar, o bien legado o *mortis causa capio* (102)— pero asegura con *onus reale*, como *actio in rem scripta*, en virtud de la *reserva* del art. 806.

12. Es preciso, sin embargo, matizar más la naturaleza de esta acción.

La mayor parte de los autores posteriores al Código civil ha afirmado que se trata de una acción real (103).

Sin embargo, hemos visto antes que tanto la *actio ex testamento* como la *condictio ex lege* “*Omnimodo*” fueron consideradas acciones personales, si bien la primera estaba protegida por una hipoteca.

(102) GARCÍA BERNARDO en su primer estudio “Designación «mortis causa»; vocación hereditaria; y adquisición automática”, VI, C, e, c', 8, en *R.D.N.*, XXIV, abril-junio 1969, p. 112, entre las *mortis causa capiones*, conferidos a título singular por la ley e impropriamente llamados legados legales, incluso: “Los suplementos de legítima referidos en el artículo 815”. Posteriormente, en “La legítima en el Código civil”, p. 143, ha dicho: “El suplemento se adquiere conforme al artículo 658 por sucesión testada o intestada, no forzosa, o mediante una *mortis causa capio* o adquisición *ex lege*”. Antes (nota 73) hemos visto cuando estima que lo adquiere abintestato y cuando por testamento, pero no nos explica cuándo lo obtienen por *mortis causa capio*.

(103) Cfr. MANRESA, op. y vol. últ. cits., p. 361; VALVERDE, op. y vol. cits., p. 268, nota 1; CASTÁN, “Derecho civil Español Común y Foral”, I-2.º tema XCII, III, 2.ª ed., Madrid 1944, p. 881; ROCA SASTRE, “Naturaleza jurídica de la legítima”, loc. cit., p. 206; J. SANTAMARÍA, “Comentarios al Código civil”, vol. I, Madrid 1958, art. 815, pp. 808 y s., y FEDERICO PUIG PEÑA, op. y vol. cits., p. 387, repiten que según la doctrina tiene carácter real. También la califican de carácter real PORPETA, loc. cit., p. 198; CÁMARA ALVAREZ, nota 152, p. 808.

general tácita sobre el patrimonio hereditario y la segunda se estimó *in rem scripta*, es decir, como *onus reale*, en cuanto debía satisfacerse con *substantia testatoris*, que subsidiariamente afectaba a prorrata todos los bienes legados cuando los herederos no pudieran satisfacerla sin mengua de su propia legítima (104).

La *actio ex testamento* y la *actio ad supplendam legitimam*, como la *querella inofficiosi testamenti*, eran acciones personales en el sentido de que se dirigían contra el heredero. Pero el éxito de la acción daba lugar a la invalidación de lo realizado por éste, en cuanto su actuación resultare afectada, respectivamente, por la rescisión del testamento, por el deber de entregar el legado o por el *onus reale* sobre la *substantia testatoris*, en la que se hallaba *in rem scripta*, que en cada caso abría paso sea a la reclamación real de la herencia (*petitio hereditatis*) o bien a la exigencia de la cosa legada o de la *substantia* afectada a la satisfacción del suplemento.

Algo semejante (a diferencia de la reducción de legados) creemos que ocurre hoy con la acción de suplemento propiamente dicha. Va dirigida contra los herederos, y en este sentido es personal; pero está protegida por la *reserva* del art. 806 C. c., que coloca en *potencial* posición de condómino al legitimario no satisfecho, con lo cual,

(104) No tuvo en cuenta nuestras matizaciones y las que a continuación explicamos en el texto, nuestro compañero CÁMARA (nota 148, cit., p. 808) al observar que, en nuestros "Apuntes...", habíamos afirmado que no creemos que la *actio ad supplementum* tuviese la misma naturaleza que la *petitio hereditatis* y comentarlo con estas palabras: "pero entonces parece que hay que atribuir dicha acción carácter simplemente personal, y resulta sumamente discutible en cuanto no se conciba como acción de reclamación de cuota, su posible eficacia frente a terceros. Así las cosas, no podría esgrimirse contra la posibilidad de dejar la legítima en metálico, la consideración de que con ello se debilitan las garantías del legitimario, toda vez que estas garantías vendrían a estar (en cuanto a su eficacia real o personal) en manos del testador quien, prácticamente, podría a través de un legado de valor ínfimo, convertir al legitimario en simple titular de un derecho de crédito".

Aunque nuestra opinión, de acuerdo con lo que explicamos en el texto, no la formulamos tan claramente como más tarde en nuestras "Notas críticas..." (17, b, pp. 67 *in fine* y s.), creemos que en nuestros Apuntes, quedaba indicado: a) Que, atendidos sus antecedentes históricos, la *actio ad supplementum*, a diferencia de la *petitio hereditatis*, "no suponía una delación legal complementaria para el instituido *in minus quam legitimam*, sino la atribución a éste *ipso iure* de una acción personal —o *in rem scripta* según GÓMEZ— para reclamarlo (pp. 75 *in fine* y s.): b) Que la reserva del art. 808 imponía la intervención del legitimario en la partición, aunque sólo recibiera la legítima a título de legado, pues al deber concretarse aquélla en una *pars bonorum*: "No es un simple crédito ni es potestativamente transformable por el heredero y el testador en un mero crédito con o sin garantía *ex re*" (p. 80); ya que: "El testador no puede disponer de aquélla porción de su herencia [reservada por el art. 816] fuera del destino que a la legítima tiene señalado la ley"... "El testador puede disponer de la legítima, pero ha de hacerlo respetando su destino" (p. 39). Pero, precisamente por eso, no hay una delación legal forzosa sino sólo una reserva, que en el supuesto del suplemento de legítima asegura con un *onus reale* la acción personal que reclama su satisfacción.

mientras éste no quede totalmente satisfecho queda limitada la libre disponibilidad de los herederos instituidos (105).

Esta *reserva* —que vamos a ver cómo juega en funciones de garantía— debe naturalmente resultar eficaz contra los terceros adquirentes no protegidos por las normas hipotecarias o del tráfico mobiliario (106) ya que la acción personal contra el heredero dará lugar a la ineficacia relativa de las disposiciones que éste, en violación de la reserva legal hubiese efectuado. En ese sentido, la acción se halla *in rem scripta*, de tal modo que el resultado favorable de su ejercicio permite la reclamación *in re* del complemento. Sin perjuicio de que ambas reclamaciones puedan acumularse, la de ésta dependerá siempre del éxito de aquélla.

La “*reserva*” del 806 C. c. está dotada de un haz de normas protectoras, que constituyen el aspecto normativo de las legítimas; pero, a su vez, aquella “*reserva*” significa “una afección de los bienes a la satisfacción de las legítimas” que “se mantendrá, aunque aquéllos hubiesen pasado a manos de terceras personas” (107): “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 insatisfacción del complemento, como el impago del metálico asignado en el supuesto del art. 1.056 § 2.º, vivifica en cierto modo la potencial cotitularidad reservada al legitimario en los bienes de la herencia (108), que, en el caso de la *actio ad supple-*

(105) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 174, pp. 391 y ss., entendió que el derecho adquisitivo del legitimario es real pero su acción *in personam*: “Lo que ocurre es que el carácter real del *ius ad acquisitionem* queda protegido frente a terceros no con la acción de petición de cuota (*ni, por tanto, con la de complemento de legítima*) sino con las propias acciones (de reivindicación, de reducción, etc.) que el propio particular heredero puede ejercitar utilizando su titularidad de representante gestor de la esfera del heredero”.

(106) CÁMARA ALVAREZ (nota 148, p. 806, op. cit.) después de decir, tal vez con razón, que nuestra opinión en este punto que, a él, “no nos parece demasiado clara”, añade que nosotros mantenemos una posición un tanto agnóstica y hacemos “*depender la efectividad de la acción frente a terceros más de la actuación del sistema hipotecario que de la naturaleza real o personal de la acción de suplemento*”. Sin embargo, lo que examinamos en las pp. 77 de nuestros “*Apuntes...*”, no es la eficacia que nuestro sistema hipotecario concede al legitimario que reclame el complemento, sino al contrario, la eficacia de ese derecho al suplemento a pesar de las normas hipotecarias, protectoras de los terceros adquirentes, impeditivas de su actuación, o determinantes de su ineficacia, ante estos terceros, precisamente por la actuación de los arts. 464 C. c., 85 y 545 C. de c., 34 L.H., en este caso en cuanto la legítima no resulte protegida por la mención prevista en el art. 15 LH.

(107) Así lo expusimos, en nuestros “*Apuntes...*”, II, § 3, E, c, pp. 220 y ss. y en “*Contenido cualitativo de la legítima...*”, 26, en *A.D.C.*, XXIII-I, pp. 107 y s., con referencia a la garantía de los legitimarios al percibo de la compensación en metálico de sus legítimas en el supuesto del art. 1.056, § 2, extensible a los previstos en los arts. 821 y 829 C. c. Pero la misma función puede ser aplicable en los supuestos de atribución de bienes insuficiente para asegurar la satisfacción del suplemento *in natura* o en dinero, según compete.

(108) ENRIQUE FOSAR BENLLOCH, (“*La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056*”, VII, 2, en *A.D.C.*, XVI-II, abril-junio 1963,

mentum, impide la eficacia de la partición practicada por los herederos sin el concurso del legitimario afectado, y permite a éste rescindir la realizada por el propio testador o por los contadores

pp. 415 y ss.), siguiendo el criterio anteriormente formulado por RAMÓN M.^a ROCA SASTRE ("Naturaleza jurídica de la legítima", loc. cit., p. 203), consideró que la garantía resultante del art. 1.052, § 2.º consiste en una hipoteca solidaria, que al ser ejercitada "llevará a enajenar en pública subasta la explotación agrícola o incluso adjudicarla al legitimario en pago de su crédito sin fragmentarla materialmente en el supuesto de división". Aparte de otras dificultades, que expusimos "(Contenido cualitativo...", n. 25, página 106), habíamos observado acerca de esta opinión, siguiendo a CÁMARA (loc. ult. cit., p. 876), 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".

A nuestro juicio, en los casos de los arts. 1.056, § 2, 829 y 821 C. c., la insatisfacción de la compensación en metálico dejaría despejada la posibilidad de un especial ejercicio de la *actio communi dividundo*, o en su caso de la *familiae erciscundae*, y también dotaría de eficacia real al *modus* "testamentario, expreso o implícitamente presupuesto por la ley", implicado en la asignación de la explotación prevista en el art. 1.056, § 2.º, que invalidaría la asignación e incluso la mejora en su aspecto cuantitativo si su finalidad fue la de mantener sin dividir la explotación en la familia ("Contenido cuantitativo...", n. 26, en A.D.C., XXIII-I, p. 110).

FOSAR, en un posterior artículo, "Más sobre el artículo 1.056, 2, del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar" (en R.C.D.I., XLVII, marzo-abril 1971, pp. 225 y ss.) nos ha replicado, insistiendo en su tesis, y ha argumentado en contra de la nuestra y de la de JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE ("La mejora en cosa determinada", Madrid 1961, pp. 219 y ss.) que había considerado como una *obligatio in rem scripta* la de satisfacer la compensación en dinero prevista en el art. 829, C. c.

Trataremos de sintetizar las razones de FOSAR y, muy brevemente, de analizarlas:

a) Respecto de la consideración como *obligatio propter rem* de la tendente a compensar las legítimas en dinero en el supuesto del art. 829 C. c., afirma: "creemos que es incompatible con tal solución la tesis que configura el derecho del legitimario, en tanto no haya sido pagado, como una reserva latente, que repercute en la titularidad del atributario de la explotación. Tal reserva, procedente según el artículo 806, afecta a los bienes al pago de las legítimas, aunque aquéllos hayan pasado a terceros. Pero, en tal caso, el funcionamiento de la reserva como una *actio familiae erciscundae* veda pensar en que el tercer adquirente de la mejora o de la explotación es deudor personal de la legítima; debe soportar simplemente el efecto real de la acción de que hablamos, sin ser deudor personal, ni puede hablarse de débito personal con responsabilidad limitada a la cosa objeto de la mejora o a la explotación".

Esta afirmación la apoya en un concepto doctrinal de las obligaciones *propter rem* que elabora "sobre la marcha". No vamos a discutirlo. Pero sí diremos que la calificación de LÓPEZ JACOISTE coincide con las asignadas al derecho al suplemento de legítima por RODRIGO SUÁREZ, ANTONIO GÓMEZ, CANCER y otros, y que los conceptos jurídicos deben recoger, en su definición, la totalidad de los supuestos que la realidad ofrece, pues de lo contrario su concepto podrá ser más puro, pero no expresará aquello que no recoja, sin que por esto pueda expulsarlo de la calificación más amplia que la palabra definida suponía.

Por otra parte, la historia de los censos nos muestra obligaciones *propter rem* cuyo incumplimiento puede dar lugar al comiso, y creemos que no hay razón seria para poner límites a la riqueza de posibles consecuencias de su incumplimiento. Frente a todas ellas, el tercero titular de la

partidores. El aspecto normativo de las legítimas, de limitación o freno, es decir, negativo, actúa como garantía del efecto positivo del derecho al suplemento. Si bien es verdad que, en estos dos úl-

cosa afectada por la obligación *propter rem*, tiene en su mano poder evitar las consecuencias de su cumplimiento, satisfaciendo la prestación de que se trate. ¿Por qué, pues, ha de ser incompatible esta calificación de obligación *propter rem*, referida a la prestación de la compensación en dinero de una legítima, o a la satisfacción de su complemento, con la existencia de la *reserva* del art. 806? Y, ¿por qué el incumplimiento de ella no ha de poder abrir el paso a una *actio familiae erciscundae* o *communi dividundo*. Esta podrá o no dar lugar a la venta en pública subasta, según sea o no indivisible la cosa o desmerezca o no con su división, para que el legitimario, a quien no se le haya satisfecha voluntariamente su legítima, la reciba con el ejercicio de su acción en bienes o dinero, según el caso, o reciba la parte que le falte para complementarla?

b) Respecto de la consideración como disposición modal de la atribución de explotación, prevista en el art. 1.056, § 2, señala como dificultad el hecho de que muchos aspectos de la aplicación de las disposiciones modales están siendo discutidos por parte de la doctrina y de que son dispares las soluciones que el Derecho comparado ofrece. Argumentos que no podemos aceptar: el primero porque nada puede significar para un jurista, que tiene el deber de investigar lo que es objetivamente verdadero, sin dejarse impresionar por la diversidad de opiniones no decisivamente razonadas; y, el segundo, porque no es el Derecho extranjero sino el Derecho que el Código civil debió recoger, en el que debemos fijarnos si pretendemos entender el sentido de los artículos de éste.

La posibilidad de que el modo imponga un legado, a su obligado, es algo que repugna a FOSAR. Pero, como hemos visto en otro lugar (*Comentario a las Ss. de 4 junio y 18 diciembre 1965, en R.C.D.I., XLIII, 1967, pp. 166 y ss.*), el modo y el legado son figuras "con campos de diversa amplitud, enfocadas desde puntos de vista diferentes", que "pueden coincidir en algunas parcelas que queden situadas en el espacio en el cual se entrecruzan tangencialmente ambas figuras": "el legado es visto como una atribución testamentaria a título singular, y, el modo, inversamente, como una carga impuesta a un heredero o a un legatario". El contenido de éste puede ser muy diverso, "abarcando toda prestación que modalice sin condicionar una atribución principal, y que puede consistir en hacer algo en beneficio, sea: del propio heredero o legatario al que se le impone, del causante o de su alma, o de terceras personas indeterminadas o determinadas, y, en este último caso, supondrá un legado". Así nos lo muestra el repaso de los supuestos prácticos estudiados por los autores de Derecho común. Incluso la calificación como legado de esa segunda atribución a favor de otra persona determinada es explícita en algún autor, como ANTONIO GÓMEZ (Variae Resolutiones Iuris Civile Communi et Regii, lib. I, cap. XII, n. 71) al explicar que al "secundo legatario, in quam modus debet impleri", le compete acción contra "primum gravatum"; es decir, está claro que denomina, en aquel caso, "secundo legatario" al beneficiado con el *modus*.

FOSAR cree que esta tesis nuestra significa la admisión de un "modus" legal. Pero esta calificación no la creemos adecuada. El "modus" que implica la asignación de la explotación hecha con la imposición al asignatario de la carga de compensar en dinero a los demás interesados, es un "modus" *testamentario*, y solamente puede ser calificada de origen legal la *presuposición* de que dicha carga implica un "modus" cuando la disposición del testador ha sido hecha expresando que la verifica para que la explotación no salga de la familia, mejorando para ello al asignatario e imponiéndole que compense en dinero a los demás legitimarios.

Por otra parte, al tratar de la cuestión de si el incumplimiento de la obligación de indemnizar que se impone al asignatario conforme al art. 1.056, § 2.º, permite o no la revocación de la mejora cuantitativamente dispuesta

timos supuestos, de no anotar preventivamente su demanda, puede escapársele al legitimario la efectividad de su acción, ante terceros hipotecarios, por el hecho de que la incompleta satisfacción de la legítima

—cosa que creemos depende, sin duda, de la voluntad del testador que, en principio, debe presuponerse cuando éste haya expresado que dispone la atribución para poder conservar, sin desintegrarla, la explotación en la familia— afirma que el art. 743 se opone a ella. Pero este precepto se ocupa de la revocación de las disposiciones testamentarias, no de su posible resolución, en caso de ser condicionales, en el supuesto de incumplimiento del evento condicionante o de su rescisión, si fuesen modales, cuando no se satisfaga la carga modalizada.

Además, al poner en relación ese efecto rescisorio de la mejora y el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* por parte del legitimario, a quien no se le satisfaga en dinero la compensación de su legítima, parece que considera ambas acciones inseparables y como presupuesto una de la otra y, además, sólo ejercitables sucesivamente en pleitos distintos, por lo cual afirma que tal solución atenta contra la economía procesal. Pero se olvida: 1.º Que puede ejercitarse la acción de división, o la declarativa para rescindir, sin pedir la rescisión de la mejora cuantitativa, es decir, conformándose con ella. En este caso, la economía o la no economía no son procesales, sino una cuestión a estimar por el legitimario, que será quien deberá y podrá juzgarlo, si instar la rescisión de la mejora cuantitativa le resulta o no económicamente interesante. 2.º Que muchas veces la acción que podrá ejercitar no será costosa *familiae erciscundae*, sino la *communi dividundo* que puede resultar más adecuada a los supuestos de los arts. 821, 829 y 1.056, § 2. 3.º Que las acciones pueden acumularse en un solo pleito.

c) Respecto al juego de la "reserva" del art. 806 para abrir paso a una acción *familiae erciscundae* o *communi dividundo* (a la que FOSAR no alude), en el caso de no satisfacer el asignatario la compensación en dinero a los demás legitimarios, afirma que "implícitamente la Ley Hipotecaria, en su artículo 15, rechaza el sistema de la *actio familiae erciscundae*, al regular una mención especial que se consigna en el Registro de la Propiedad al inscribir los bienes a nombre del atributivo de la explotación". Y añade: "Mientras no surge un tercero protegido por la Ley Hipotecaria, el Registro de la Propiedad se declara incompetente, y remite el problema a la legislación civil. Frente a terceros protegidos por dicha Ley, el artículo 15 de la misma, limita, ¡aún más!, los derechos del legitimario. Se prevé un procedimiento especial de consignación forzosa del importe de la legítima y de sus intereses legales, sin necesidad de intervención del legitimario transcurridos que hayan sido cinco años, con la consiguiente cancelación de la mención legitimaria".

Pero, no creemos que el art. 15 L.H. signifique otra cosa que la expresión registral de las preexistentes garantías civiles que aseguran la percepción de aquellas legítimas cuando los herederos instituidos se hallen facultados para satisfacerlas en dinero, o en bienes no inmuebles. Expresión registral que justifica su oponibilidad a los terceros hipotecarios. No se menciona, pues, ni una acción divisoria, ni una acción hipotecaria, sino que únicamente se asegura, aun en el ámbito hipotecario, la eficacia de las normas civiles sean las que fueren que garantizan la satisfacción de la legítima.

El procedimiento de consignación forzosa previsto en el apartado b) núm. 1.º del art. 15 L.H. para el doble supuesto de que hayan transcurrido cinco años y de que el importe de las legítimas hubiese sido fijado por el testador, o por el comisario, contador partidor o albacea con facultad de partir, etc., designados por el testador, nada significa en contra de lo que sostenemos. Como el pago, la consignación de lo debido evita los efectos del incumplimiento. La particularidad del precepto radica en que, ante la inercia del legitimario, se da firmeza con respecto a los terceros registrales, una vez transcurridos cinco años, a esa determinación cuantitativa de las legítimas efectuada por aquellas personas. Pero la determinación cuantitati-

tima no resulta de modo expreso en la inscripción de la partición en el Registro de la Propiedad. Riesgo que es tanto mayor en cuanto esa inscripción no requiere en estos dos últimos casos el concurso del legitimario (109).

13. Al tratar de la atribución del contenido de las legítimas (110), hemos distinguido el derecho a la legítima y el derecho sobre el contenido material de ésta. Aquél es atribuido *ope legis* al fallecimiento del causante, y el legitimario lo obtiene *ipso iure*. En cambio, el contenido material de la legítima no es objeto de *delación legal* específica. Paralelamente, la acción de suplemento no supone una delación complementaria, sino la atribución *ipso iure* de una acción para reclamarlo cuando se da el supuesto de hecho correspondiente. Este criterio lo hemos visto confirmado al estudiar aquí los antecedentes históricos de la acción que examinamos. Se obtiene *ipso iure*, el derecho *al suplemento*; pero no un derecho *en o sobre* su contenido material, que no es objeto de delación legal ni de adquisición automática (111), sino que es preciso reclamarlo y ejercitar con éxito la acción correspondiente si no se satisface voluntariamente.

El derecho al suplemento y, por consiguiente, la acción para reclamarlo debe estimarse transmisible a los herederos del legitimario sin necesidad de que éste haya iniciado su ejercicio (112), conforme al criterio que prevaleció en el Derecho anterior y al carácter transmisible de los derechos que no tengan carácter personalísimo.

La prescripción de la acción para reclamar el suplemento según los autores que la califican (113), entre las acciones reales tiene indudablemente el término de éstas, esto es, el de treinta años. Si bien, como hemos visto antes al examinar los antecedentes históricos, predominó su conceptualización como acción personal, es lo cierto que, aun después de que la ley 63 de Toro redujese la prescripción de estas acciones a un plazo de diez años, en lugar del trentenal anterior, algunos autores (Gregorio López, Vázquez de Menchaca, Azevedo) siguieron aplicándole la de treinta años por identificarla con la

va de un derecho no tiene que ver con su contenido cualitativo ni con la naturaleza de sus garantías.

(109) Cfr. nuestros "Apuntes...", I, § 8, A y B, pp. 76 y ss.

(110) "Atribución y concreción del contenido y extinción de las legítimas" nn. 1 y ss., en A.D.C., XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 5 y s., y, en concreto para el suplemento, nn. 7, pp. 34 y ss.

(111) Contrariamente GARCÍA-BERNARDO, "Designación «mortis causa», vocación hereditaria y adquisición automática", VI, C, e, c', 8, en R.D.N., XXIV, p. 712, coloca los suplementos de legítima "referidos en el artículo 815", entre las *mortis causa capiones*, impropriamente denominadas legados legales que se adquieren automáticamente sin ser precisa la aceptación para adquirirlos.

(112) En este sentido PUIG PEÑA, "Tratado...", vol. V-II, cap. XIV, 3, B, 1, p. 386.

(113) Así, MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 815, p. 361, VALVERDE, op. y vol. cits., p. 268, nota 1, CASTÁN, loc. últ. cit., p. 881, PUIG PEÑA, op. y vol. cits., cap. XIV, 3, C, p. 387 y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., nota 152, p. 809.

petitio hereditatis, y otros (como (Jacobo Valdés) la de veinte años, que en el régimen de dicha ley de Toro, correspondían a las reales y mixtas, aplicable por calificarse la *condicione ex lege Omnimodo* de naturaleza *in rem scripta*. Nos inclinamos por estimar que en nuestro Derecho vigente, a la acción de suplemento debe aplicársele la prescripción de treinta años, por considerar esta acción como mixta, dadas las razones antes expuestas al tratar de su naturaleza.

C) DERECHO CIVIL DE ARAGÓN.

14. El carácter colectivo o electivo de la legítima aragonesa repercute naturalmente en la determinación del sujeto activo de la reclamación del suplemento.

El art. 124 de la Compilación, bajo el epígrafe "*Lesión de la legítima colectiva*", en el indicado contexto, dice:

"No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de los legitimarios a la cuantía de la legítima colectiva, cualquiera de ellos designado heredero, donatario universal o, en otro caso cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, podrá pedir, en cuanto le perjudiquen, la reducción de las liberalidades hechas en favor de no descendientes."

Aun cuando el art. 124 se refiere concretamente a las acciones de reducción de liberalidades, su criterio respecto al sujeto activo debe entenderse aplicable al supuesto en el cual haya lugar a la obtención del complemento frente a un heredero o coheredero extraño.

Explica Lacruz Berdejo (114) que "si el causante instituye heredero a un solo legitimario, a éste corresponden los dos tercios del caudal, con la sola deducción de los bienes concretos (o legados de (parte alcuota, no frecuente en la práctica) asignados *inter vivos* o *mortis causa* a los restantes descendientes". Lo cual no quiere decir que al instituido heredero se le hayan de asignar las dos terceras partes del caudal relicto, "sino que, en cuanto legitimario, tiene derecho él sólo a hacer valer la pretensión legítima, cuya cuantía alcanzará las dos terceras partes del caudal computable. Los demás legitimarios, no herederos, habrán de contentarse con lo que tienen, y ello aunque haya infracción del deber de legítima colectiva".

"Si los legitimarios instituidos herederos por el causante —prosigue Lacruz— son varios, parece que la pretensión de legítima se ha de dividir entre ellos, considerando que a cada uno corresponde una fracción de esos dos tercios del caudal computable proporcional a la cuota en que ha sido instituido heredero. Obsérvese que las pretensiones legitimarias *pro parte*, o la del heredero único nunca podrán hacerse efectivas contra los otros descendientes, sirviendo únicamente para recuperar los bienes atribuidos a terceros extraños por encima de la porción disponible."

Queda claro que en la Compilación aragonesa, así como no hay

(114) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Las legítimas en la Compilación", VIII, en *R.C.D.I.*, XLV, 1968, pp. 519 y s.

legítima individual, tampoco hay ni puede haber reclamación de suplemento de ella. La cuestión no había sido siempre resuelta uniformemente en este sentido. Según nos dice Lacruz (115), la jurisprudencia al aplicar los fueros y observancias decidió en ciertas sentencias que el hijo podía obtener suplemento de legítima cuando los bienes que se le habían dejado eran manifiestamente insuficientes, y, “con relación al Apéndice, alguno mantuvo que la facultad de distribuirlos entre los hijos «discrecionalmente», del artículo 30, incluía ciertas dosis de discreción en el reparto, siendo indiscreto, en circunstancias, dejar a los hijos no herederos una parte simbólica del patrimonio. Mas la opinión mayoritaria, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se inclinó por la libertad absoluta”, sin perjuicio del derecho a pedir alimentos.

Este último criterio es el que resulta claramente de la Compilación vigente.

D) EN EL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES.

15. Rechazada, por la vigente Compilación balear, para Mallorca y Menorca la posibilidad, por la que antes se inclinaban los juristas baleares, de satisfacer la legítima en dinero no hereditario, al disponer, para Mallorca, el art. 46, § 1.º, incis. 2.º, que “*debe ser pagada en bienes de la misma herencia, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador*”, texto aplicable a Menorca (art. 65), no parece que quepa abonar en dinero el suplemento de legítima fuera de los supuestos en que así sea posible conforme al Código civil (arts. 821, § 2, y 1.056).

Contrariamente, en Ibiza y Formentera, sin duda alguna, debe entenderse posible satisfacer el complemento de la legítima también en dinero no herencial cuando se den los supuestos en los cuales, conforme al artículo 81 Comp., la legítima puede no ser satisfecha en bienes de la herencia, específicamente cuando el testador o el donante hayan legado al legitimario, en satisfacción de su legítima, una cantidad insuficiente de dinero.

E) EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA.

16. Los autores catalanes habían seguido la pauta de los del Derecho común, terciando en sus discusiones. Así lo hemos visto antes en Cancr y Fontanella, con la particularidad de ser normal en Cataluña el pago en metálico del suplemento, a partir de que la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585 autorizó que se pagara la legítima “ab diners”.

Finestres (116) explicó que “*iure novo praeter conditionem eadem actione peti posse supplementum, qua petit posse legitima institutionis*

(115) LACRUZ, *ibid*, II, pág. 508.

(116) JOSEPH FINESTRES ET DE MONSALVO, “*Praelectiones cerverienses, sive Commentarii academici ad titulos Pandectorum De inofficioso testamento ac De vulgari et pupulari substitutione*”, ed. Cervera 1752, cap. XII, n. 8, p. 152.

titulo competens, eum non minus intelligatur institutus in supplementi ac in legitima quae per illud completur”.

El punto más estudiado por ellos fue el relativo a si el suplemento podía o no reclamarse por la acción hipotecaria con la que se entendía protegida la legítima dejada como legado de género o de cantidad. Antes (116 bis) hemos repasado esa discusión, referida a los distintos supuestos en los cuales pudiera presumirse que el testador, aun cuando le hubiese legado menos de la legítima, quiso dejársela entera o de que, inversamente, no lo hubiese querido así por haber prohibido expresamente que nada más se le diese al legatario legatario. Cancer (117) expuso la opinión del Cardenal Mantica, de que en el primer caso el suplemento estaba asegurado con *tacita hypotheca*, mientras que, en el segundo, sólo disponía de acción personal *in rem scripta* por una *condictione ex l. “Scimus”*. Pero esta opinión no le convenció: “Et dicit [Mantica] esset diversitatem inter dictos duos casos, quod in priori casu interpretatio deducatur ex mente eiusdem legis; in hoc casu non, sed hoc non satisfacit. Nam difficultas consistit in habendo vel in non per filium supplementum ex voluntate patris. Et quare magis debeat habere in illo caso, quod ego non video.” Según un fallo de la Audiencia de Cataluña del 5 diciembre 1609, en causa de los hermanos Carreras de Perpiñán contra Miguel Ballester (118), así como en opinión de Fontanella (119), no competía acción hipotecaria, sino sólo acción personal, para reclamar el suplemento ni siquiera en los casos en que el testador no hubiera prohibido su reclamación. Criterio que fue mantenido, en el siglo pasado, por Cadafalch y Baguñá (120) y por Falguera (121) y, en el presente, por Borrell i Soler (122).

También se afirmó que la acción se dirigía contra el heredero, y que éste respondería ilimitadamente si no hubiese confeccionado el inventario, mientras que frente a los legatarios poseedores de bienes hereditarios a quienes inoficiosamente les hubiesen sido legados sólo se podrá dirigirla subsidiariamente y a prorrata (123).

Se discutió su transmisibilidad a los herederos, en especial en el caso de que fuesen extraños, del legatario, y aunque éste no hubiese iniciado su ejercicio. La respuesta afirmativa fue considerada indudable cuando el testador no hubiera prohibido su reclamación; estimándose más dudosa en el caso de haber éste ordenado que nada más

(116 bis) Cfr. *supra*, n. 4, d, E. Cfr. más ampliamente tratado en nuestro estudio “La actio ad supplendam legitimam (del Derecho romano a la compilación catalana)”, en *La Notaría*, febrero 1973, pp. 9 y ss.

(117) CANCER, op. cit., Pars I, cap. III, n. 16 y ss., ed. cit., vol. I, p. 66.

(118) Cfr. CANCER, loc. cit., n. 17 *in fine*.

(119) FONTANELLA, op. y vol. últ. cit., Cl. V, gloss VIII, pars II, nn. 51 y 52; p. 97.

(120) JOAQUÍN CADAVALCH Y BAGUÑÁ, “Pontuario de las acciones”, Barcelona 1856, pp. 156 y ss.

(121) FÉLIX MARÍA DE FALGUERA, “Conferencias de Derecho Catalán”, conf. I, cfr. ed. Barcelona 1889, pp. 16 y s.

(122) ANTONI MARÍA BORRELL I SOLER, “Decret civil vigent a Catalunya”, vol. V-II, § 507, b; cfr. 1.ª ed. Barcelona 1923, p. 431.

(123) CANCER, op. cit., Pars I, cap. III, nn. 31 y 32, vol. I, p. 69.

se le diese al legitimario (124). Sin contradicción se entendió que la acción prescribiría a los treinta años (125).

G. M. Brocá y J. Amell (126) y Borrell i Soler (127), sin hacer distinción alguna, afirmaron su transmisibilidad a los herederos, incluso extraños, y le aplicaron la prescripción de treinta años del *usatje* "Omnes causa".

17. La vigente Compilación ha ordenado que:

"La legítima o su suplemento podrán pagarse en dinero o en bienes de la herencia, a elección del heredero que haya de satisfacer una u otro, siempre que a los legitimarios no les haya correspondido recibirlos por vía de institución, de legado, señalamiento o asignación de cosa específica o donación. Comenzado el pago en dinero o en bienes el legitimario podrá exigir el resto en la misma forma inicial" (art. 137, § 1).

"La legítima devengará el interés legal...; también lo devengará su suplemento desde que sea reclamado judicialmente" (art. 139, § 1, inciso 2.º).

"El suplemento de legítima sólo confiere al legitimario acción personal para exigirlo" (art. 140, § 2.º).

"Si con el valor activo hereditario líquido no quedaren al heredero bienes relictos suficientes para el pago de legítimas, de legados en concepto de tales o imputables a aquélla, de suplementos y para retener su propia legítima sin detrimento, los legados a favor de extraños y aun de los propios legitimarios en la parte que exceda de su legítima podrán ser reducidos por inoficiosos o, en su caso, suprimidos, para dejar a salvo ésta" (art. 142, § 1.º).

"La acción para exigir la legítima y su suplemento prescribirá a los treinta años a partir de la muerte del causante" (art. 146, § 1.º).

Al estudio del suplemento de legítima, a tenor de la Compilación catalana, ha dedicado un reciente estudio Pérez Torrente (128), quien deduce de la norma del § 2.º, art. 140 que, en Cataluña, "coexisten en la Compilación dos legítimas distintas: la protegida mediante acción real, y el suplemento de legítima, que atribuye sólo acción personal para exigirlo". Así, la teoría de la *pars valoris bonorum* no es aplicable al suplemento, que es mera *pars valoris*, y el legitimario "en cuanto reclama el suplemento, es pura y simplemente un acreedor de herencia".

(124) CANCER, op. cit., Pars I, cap. III, n. 42, vol. I, p. 70.

(125) Cfr. Sentencia 5 diciembre 1609; CANCER, op. cit., Pars I, Cap. III, n. 16, p. 66; FONTANELLA, op. y vol. últ. cit., gl. VIII, Pars II, n. 51, p. 97.

(126) GUILLERMO M. DE BROCÁ Y MONTAGUT Y JUAN AMELL Y LLOPIS, "Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente", § 747, 2.ª ed. Barcelona 1886, vol. II, p. 437.

(127) BORRELL I SOLER, op. y loc. cit., p. 432.

(128) JOSÉ ANTONIO PÉREZ TORRENTE, "El suplemento de legítima en la Compilación y en la Ley Hipotecaria, en *R. J. de Cat.*, LXXI, enero-marzo 1972, pp. 52 y ss.

Como presupuestos precisos, a fin de que pueda ejercitarse la acción de suplemento, señala los siguientes: 1.º Que el causante haya atribuido al legitimario algún valor patrimonial por cualquiera de los títulos enumerados en los arts. 136, 132, 217 Comp. 2.º Que este valor haya sido efectivamente *recibido por el legitimario*; pues si nada ha recibido conserva la acción real para reclamar la totalidad de la legítima. 3.º Que no se haya dado por pagado de su legítima ni renunciado expresamente al suplemento después de deferida la legítima.

Pregunta, Pérez Torrente, si el derecho al suplemento de legítimas se convierte en real al inscribirse en el Registro. Y responde negativamente, porque la Ley hipotecaria “no añade nada en lo sustantivo, a la naturaleza del derecho del legitimario”; por lo cual, si en la Compilación el legitimario no dispone de acción real para reclamar el suplemento, “tampoco dispondrá de ella aunque se inscriba su derecho”. La única garantía registral que tiene el legitimario para asegurar el suplemento —concluye— no está en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, sino en el artículo 140 de la Compilación: la anotación preventiva de la demanda que lo reclame.”

18. Creemos que en estos dos supuestos no se trata de dos tipos de *legítima distintos*, sino tan sólo de *dos situaciones distintas dentro de la dinámica de una misma legítima*, que corresponden a *momentos diversos de la pendencia* de su satisfacción.

Es de notar que la situación del legitimario era en el Derecho Catalán anterior a la Compilación, y parece que debe continuar siéndolo, diferente según reclamase a la vez todos sus derechos legitimarios o bien pidiera el suplemento una vez recibida la atribución dispuesta a su favor por el causante. A esta última hipótesis se referían a la Sentencia de la Audiencia de Cataluña y el dictamen de Fontanella, antes indicados, y sólo a ella misma, que por otra parte constituye el supuesto propiamente dicho de reclamación del suplemento, creemos que se refiere al párrafo segundo del artículo 140 de la Compilación.

Es decir, entendemos que el resto de la *pars valoris bonorum* de un *legitimarius* solamente se reduce a ser mera *pars valoris*, cuando la atribución que el testador le haya hecho de un valor patrimonial insuficiente sea efectivamente percibida por el legitimario.

Así, resulta que es *un hecho propio* del legitimario lo que determina que éste pierda la garantía de la afectión real de todos sus bienes de la herencia y que no pueda ejercitar acción real para reclamar lo que le falte para cubrir su legítima. Esta aceptación, voluntaria del legitimario, que podría confundir a los terceros adquirentes de otros bienes de la herencia, justifica teleológicamente esa desaparición de la garantía *erga omnes*. *No depende, pues, pura y exclusivamente de la voluntad del causante, ni de la forma en que éste haya ordenado la satisfacción de la legítima, la disyuntiva de que el legitimario disponga de acción real o sólo de acción personal para obtener completa su legítima.*

Consiguientemente, el legitimario instituido heredero en una cuota menor o llamado como legatario por un valor inferior de su legítima, puede reclamar —conforme previene el art. 140 § 1.º— su íntegra *pars valoris bonorum*, incluyendo en ella lo atribuido por el testador y aún no recibido por el reclamante y descontando las donaciones imputables a la legítima, pues, de no haberse recibido éstas expresamente como pago o anticipo de ella, parece que la donación sólo *a posteriori* resulta imputada a la legítima, la cual se reclama entera aunque aceptando que de ella se descuenta lo que a ella deba imputarse por determinación legal.

Creemos que el art. 136 Comp. confirma esta interpretación, puesto que dispone:

“La institución de heredero, el legado, la donación y el señalamiento o asignación en concepto de legítima o imputable a ella no privarán de su cualidad de legitimario a los favorecidos.”...

“Si lo recibido por dichos conceptos fuese inferior a la legítima correspondiente, podrá el legitimario exigir el suplemento, excepto si después de deferida aquélla, se hubiese dado por completamente pagado de su legítima o hubiese renunciado expresamente a su derecho al suplemento.”

Notemos que la expresión “*Si lo recibido*” es condicionante y, en su virtud, mientras no se haya recibido lo atribuido por el causante para satisfacerla, sigue viva la acción para reclamar la legítima íntegra aunque concretada a exigirla precisamente mediante lo atribuido más lo que faltare hasta completar toda la *pars valoris bonorum* debida.

Por consiguiente, no vemos antinomia real alguna entre el artículo 140 § 2.º Comp. y el art. 15 L. H. El § 2.º del apartado *a* de éste, prevé que la mención legitimaria *quedaré sin efecto* si el legitimario “hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta en pago de su legítima”, y que producirán los efectos de los números 2.º y 3.º de la letra *b* si él mismo sin recibirla hubiera aceptado la determinación o fijación de la cantidad cierta a que monte, o “concretado su garantía en uno o más bienes inmuebles de la herencia”. Es decir, la ineficacia o la concreción de la mención en el Registro dependen también de un acto propio del legitimario: la primera de la percepción de lo atribuido, y la segunda, de la aceptación por él de la fijación o concreción establecidas.

Recibida una insuficiente atribución, la escritura que acredite la entrega bastará, pues, para cancelar la mención del art. 15 L. H.; y, entonces, el legitimario para garantizarse la obtención del suplemento sólo dispondrá, conforme al § 3.º del art. 140 Comp., de la posibilidad de anotar preventivamente la demanda que lo reclame.

Creemos, también, que resulta claro que el derecho a reclamar el suplemento se adquiere *ipso iure*, según se deduce del art. 258 § 3.º Comp. Cat.; pero que su contenido es preciso reclamarlo y obtenerlo en las formas previstas por sus arts. 137, 142 y 143

II. LA INEFICACIA DE LOS GRAVAMENES "AD TEMPUS" E. "IN QUALITATE"

A) DERECHO ROMANO Y COMÚN.

19. Si las leyes *Omnimodo* y *Scimus* del Codex (III-XXVIII, 30., y 36) han constituido, fundamentalmente, la base de la ulterior regulación del complemento de la legítima disminuida *in quantitate* por el causante, la ley del mismo título *Quoniam in prioribus*, 32, ha sido la base de la regla que considera como no puestos los gravámenes *ad tempus* e *in qualitate* de la legítima.

Esta ley, que recoge una Constitución dada por el Emperador Justiniano en Constantinopla el 1 de las Calendas de Abril del año 529, después de referir cómo en leyes anteriores se había dispuesto que no hubiera lugar a la *querella inofficiosi testamenti*, sino al complemento de la legítima, para que "ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur", declara que "hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabuntur, inminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset". Es decir, ordenó la supresión ("*tollatur*") de la condición, plazo o disposición que cause demora o cualquier gravamen sobre la legítima, y que se procediera como si nada de ello se hubiese añadido al testamento ("*quasi nihil eorum testamento additum esset*").

Rodrigo Suárez (129) señaló la diferencia que mediaba entre la remoción de los gravámenes *in quantitate* y de los *in qualitate*. Para remediar un gravamen en el *quantum*, pese a las palabras de la ley *Scimus*, era necesaria la reclamación del legitimario pues: "in effectu impossibile est supplementum nisi petatur". En cambio, para remover los gravámenes en el *quale*, conforme la ley *Quoniam in prioribus*, no era necesaria reclamación alguna por parte del legitimario, pues toda condición, dilación o prohibición de enajenar "ex se removetur", por lo cual "ad illud tollendum non est necesse facere aliquam actum facti" y "non habet necesse filius aliquid petere", "et filius absque aliquo actu consequitur effectum remotionis". La diferencia, con respecto al caso de no haber recibido el legitimario el *quantum* debido, ofrecida para el supuesto de habersele impuesto algún gravamen en el *quale*, radica en el hecho de que: "ipse sit possessor, cui contrarium est in petitione supplementi".

Sin embargo, pese a esta regla general, los autores de Derecho común discutieron abundantemente los numerosos supuestos.

(129) RODRIGO SUÁREZ, "Repetit", cit., *Ampliat.* X, n. 8, ed. cit., p. 413.

concretos relacionados con esta disposición así como con el § *Cum autem* de la ley *Scimus* (Cod. h.t., 36, § 1).

De ello nos hemos ocupado detenidamente en otro lugar (130). Aquí nos limitaremos a ofrecer una breve síntesis, para la cual distinguiremos los principales supuestos.

1.º *Asignación de un contenido inadecuado para satisfacción de la legítima.*

20. Este contenido no podía consistir (131): en una *res deteriori*, en metálico no hereditario, en una cosa ajena, en una nuda propiedad, en un usufructo u otro derecho desgajado de alguna cosa, de varias o de todas las integrantes del caudal relicto.

La regla, en estos casos, consistió en tener por no puesta la asignación inadecuada; por lo cual, el legitimario podía reclamar su legítima en bienes adecuados de la herencia, sin perjuicio de poder contentarse con la atribución testamentaria. Es decir, se le reconoció una opción entre una u otra posibilidad. Sin embargo, con respecto a la asignación de un usufructo también fue propuesta otra solución, tomada de lo dispuesto en el § *Cum autem*, de la ley *Scimus*, para los supuestos de gravarse la legítima con una sustitución fideicomisaria y, viceversa, de atribuirse un fideicomiso en satisfacción de legítima.

Lo cierto es que el criterio de permitir al legitimario optar entre entender por no puesta la determinación del objeto inhábil para satisfacer la legítima, conforme al criterio de la ley *Quoniam in prioribus*, o bien por aceptar la atribución dispuesta por el testador, la vemos sostenida por importantes sectores de los autores, en los siguientes supuestos:

a) *Disposición ordenando el pago en metálico de la legítima.*

En este caso, el criterio expresado tenía, además, el refuerzo del texto de Papiniano, recogido en el Digesto y conocido por ley *Si libertus* del título *De bonis libertorum* (XXXVIII-II, 41), que concedía opción al patrono legitimario para elegir entre recibir el legado en dinero y manumitir al esclavo o bien no aceptar aquél ni manumitir a éste y exigir la legítima. Para la legítima de los hijos la opción enunciada fue sostenida por Guilielmus y seguida por Baldo, Bartolo, Paulo de Castro, Jasón, etc. (132) y, entre los autores castellanos, por Rodrigo Suárez (133), que consideró común esta opinión,

(130) "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", I, vol. cit., pp. 434 y ss., o en la versión más abreviada "Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima", V, en A.D.C., XVI-II, abril-junio 1963, pp. 295 y ss.

(131) Cfr. nuestro trabajo, "Contenido cualitativo de las legítimas...", II, 4, en A.D.C., XIII-I, pp. 26 y ss.

(132) Cfr. nuestro estudio "Cautelas de opción...", I, A, b, vol. cit., pp. 444 y s.

(133) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., ampl. XI, nn. 1 a 4, pp. 441 y ss.

y Pedro de Peralta (134) quien dictaminó: “quod filius cui pater in testamento relinquit quantitatem pecuniae pro sua legitima, potest eam spernere, et petere ubi assignari legitimam in rebus hereditariis in hereditate patris repertis”.

b) *Disposición de cosa ajena en pago de su legítima.*

Baldo (135) aplicó a este caso la misma solución de conceder una opción al legitimario, consecuente con el anterior criterio que entre los castellanos siguió también Rodrigo Suárez (136).

c) *Disposición ordenando el pago de la legítima en nuda propiedad, es decir, con el gravamen de un usufructo.*

21. Este supuesto fue de los más debatidos por los autores de Derecho común. Discutióse si la ley *Uxori meae* (Dig. XXXIII-II, 37), aplicada con el criterio de la ley *Omnium* del título *De usufructu* (Dig. VII-I, 29 [36]), de estimar el usufructo capitalizándolo, había sido o no derogada por la ley *Quoniam in prioribus*, por la Constitución de Justiniano del año 536, *De triente et semisse*, cap. *Prohibemus* (Nov. XVIII, cap. III), y su extracto de la *Authentica novissima*. Frente a la opinión de Dyno, de Angelo degli Ubaldi, con su *cautela Angeli*, y de Caepolla, predominó el criterio derogatorio sostenido por Accursio, Alberico, Bartolo, Baldo, Paulo de Castro, Jasón, Decio, Voet, Merlino, Richeri, en virtud de la cual el usufructo debía ser reducido para que la legítima se recibiera en plena propiedad (137). Pero, en el siglo XVI se inició una posición intermedia, que ha predominado en los Códigos modernos, que fue defendida por Marcus Antonius Cuccus (138) y por Charles Dumoulin (139), de conferir opción al heredero entre soportar el usufructo o entregar al usufructuario la plena propiedad de la parte de libre disposición.

Entre los autores castellanos:

— La inmensa mayoría (Díez de Montalvo, Segura, Peralta, Cifuentes, Rodrigo Suárez, Antonio Gómez, Quesada, Spino, Azevedo,

(134) PETRUS DE PERALTA, “Praellectiones...”, 1. 3, *Qui fideicommissum, ff. de heredibus instituendis*, n. 60, en “Relaciones Praecellentis”, en *Opera Iuridica*, vol. II, ed. Salmanticae 1563, fol. 193, col. 2.^o.

(135) BALDO DE UBALDIS, “Commentaria in Sextum Codicis Libris”, Tit. *De legatis*, lex *Cum rem alienam* (VI-XXXVII, 10), cfr. ed. Lugduni 1535, f. 138 vto.

(136) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. XI, n. 6, p. 443.

(137) Cfr. nuestros estudios “Cautelas de opción...”, I, D, b, loc. cit., pp. 485 y ss.; “La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible”, en *A.D.C.*, XV-III, julio-septiembre, 1962, pp. 589 y ss., y “¿Cabe aplazar el goce de la legítima? ¿Qué eficacia tiene tal disposición?”, en *Rev. Notarial*, nn. 755-756, Buenos Aires, julio-octubre 1964, pp. 944 y ss.

(138) MARCUS ANTONIUS CUCCUS, “Commentarius seu repetitio in Auth. Novissima, C. De Inoffic. Testament. seu Tractatus De Legitima”, cap. “Legitima pleno iure relinquenda”, n. 2; ed. Papias 1574, fol. 103.

(139) CAROLUS MELINOEUUS, “Coutumes de la Prévoté et Vicompté de París” de 1510, art. 92.

Valdés) siguieron la común opinión que redujo el gravamen del usufructo a afectar la parte libre.

— Palacios Ruvios (140) y Fernando Gómez Arias (141) siguieron la opinión de no estimar inoficioso el usufructo, ni por tanto reducirlo, sino en el caso de que capitalizado de acuerdo con la ley *Hereditarium* excediese del valor del quinto.

— Jerónimo de Cevallos (142), aplicó el criterio de capitalizar el usufructo y de entregar su equivalente en pleno dominio en cuanto éste cupiera en el quinto.

— Ayerve de Ayora (143), en el supuesto de que el usufructo, capitalizado conforme las leyes *Cum Titio* o *Hereditarium* del tít. *Ad legem Falcidiam* del Digesto, no excediese del valor del quinto disponible, estimó que los legitimarios podían optar entre aceptar el gravamen del usufructo o bien liquidarlo y abonar el usufructuario su estimación en bienes o en dinero. Sin embargo, esta solución fue rechazada por otros autores (144) salvo si hubiese sido expresamente propuesta por el testador.

d) *Disposición de un usufructo en satisfacción de la legítima.*

22. Creemos que la aplicación de la ley *Quoniam in prioribus* podía enfocarse desde dos puntos de perspectiva.

Uno, estimar que el usufructo constituía una determinación inadecuada y conceder, por consiguiente, al legitimario una opción entre aceptar el usufructo en satisfacción de su derecho, sin perjuicio de reclamar en plena propiedad el complemento de lo que capitalizado faltare a aquél para cubrir la legítima, o bien reclamar toda su legítima en bienes de la herencia en pleno dominio. Este criterio es el que sigue el art. 810 del vigente *Codice civile* italiano.

Otro, considerar que la atribución en usufructo de cuya nuda propiedad se priva al legitimario, es una *pars domini* que debe ser

(140) JUAN LÓPEZ DE VIVERO o de PALACIOS RUVIOS, "Repetitio rubricae et capituli *Per vestras* de donationibus inter virum et dixorem", Rubr. § 25, n. 4 (cfr. ed. Lyon 1537, fol. 22 vto.).

(141) FERNANDO GÓMEZ-ARIAS DE TALAVERA, "Subtilissima nec non valde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges: Tauri", ley XLVIII-17, ed. Complutensis 1542, fol. 234.

(142) JERÓNIMO DE CEVALLOS, "Speculum practicarum et variarum quaestionum communium contra communes", Quaest. 68, n. 2, ed. Toledo 1599, p. 146.

(143) AYERVE DE AYORA, "Tractatus de Partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filium ac heredes eorum", Pers II, Quaest. XXI, nn. 60 y ss.; cfr. ed. Granada 1586, fol. 96 vto.

(144) Cfr. JUAN GUTIÉRREZ, "Practicarum Quaestionum Civilium", lib. V, Quaest. XVIII, nn. 1 y ss., cfr. ed. novissima Lugduni 1730, vol. II, pp. 46 y ss.; JUAN AYLLÓN LAINEZ, "Add... ad Varios resolutiones Antonii Gomecii", ad lib. I, cap. XI, n. 26, vers *Sed his non obstantibus*, ed. Venecia 1747, p. 71; PEDRO SANZ MORQUECHO, "Tractatus de bonorum divisione", lib. IV, cap. 11, n. 56, ed. Madrid 1601, p. 437; JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, "Quotidianarum controversiarum Iuris", lib. I, *De usufructu*, cap. XLV, n. 11, ed. Lugduni 1667, vol. I, p. 176; GASPARD RODRÍGUEZ, "Tractatus de annuis et menstribus", lib. I, Quaest. V, n. 23, ed. Medina del Campo 1604, fol. 23 vto.

complementada con su nuda propiedad hasta el montante de la legítima, sin perjuicio de que el mismo legitimario conserve el usufructo que recaiga sobre la parte de libre disposición. Este fue el criterio de Petrus de Ancharano (145): “quod ususfructus debet intelligi coniunctus eum dominium et proprietate rerum in quibus reparitur relictus usque ad legitimam”, por lo cual “usque ad legitimam dictum onus... reiicitur a iure”, mientras “ultra legitimam lex non supplet et modificavit voluntatem patris sicut facit intra ad legitimam”.

Combinando ambos puntos de vista, Jasón (146) propuso, como solución, que el legitimario podía optar entre aceptar el usufructo, sin perjuicio de reclamar su complemento en propiedad si su capitalización no alcanzaba el valor de la legítima, o bien reclamar su legítima en plena propiedad sin perjuicio de recibir el resto en usufructo si el testador se lo hubiese extendido a la parte disponible.

2.º Imposición de una condición afectante a la legítima.

23. La cuestión básica discutida por los autores de Derecho común se concretó en determinar si el *ius vetus* (147), que permitía instituir bajo *condición potestativa* al hijo en potestad, o *suus heres*, y, en cambio, decretaba la nulidad del testamento en que se le instituyese bajo *condición causal o mixta*, había sido o no derogado por la ley *Quoniam in prioribus*, que ordenó que la condición se tuviese por no puesta: “*inminuta esse videantur, ipsa conditio*”..., “*et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset*”.

De ella dimanaban las cuestiones concretas que vamos a bosquejar.

a) Para la *condición causal mixta*, siguiendo la opinión de Accursio, de la que discreparon Cyno de Pistoia y Baldo entre otros autores, impuso Bartolo la opinión derogatoria del *ius vetus* por la ley *Quoniam in prioribus*, que pasó a ser opinión común (148).

La ley 11, tit. IV de la 6.ª Partida, en su disposición final, dijo que “...mas ninguna de las otras condiciones [las que no son «en poder del fijo de la cumplir»] assi como las que acaescieren por aventura, o las que son mezcladas según diximos en las leyes ante

(145) PETRUS DE ANCHARANO, “Consilia sive responsa”, Consil. CXXVIII, nn. 2 y 3, cfr. ed. 1532, fol. 48.

(146) JASON DEL MAYNO, Mediolanensis, “In primam Codicis Partem Commentaria”, Tit. *De inoffic. testam.*, *Authent. Novissima*, n. 45, cfr. ed. Augustae Taurinorum 1576, fol. 140.

(147) Ese *ius vetus* en la materia que examinamos, la concretaban fundamentalmente los autores en los siguientes textos: 1. *Suis quoque*, ff. *De hereditibus instituendis* (Dig. XXIII-I, 4), 1. final ff. *De conditionibus instit.* (Dig. XXVIII-VII, 28); 1. *filius a patre*, al principio (ff. *De libre et posthu* (Dig. XXVIII-II, 28, pr.), 1. *Lucius Tititus*, ff. *De conditionibus, et demonstr.* (Dig. XXXV-I, 83 [81]); 1. *Libertinus*, ff. *De bonis libertorum* (Dig. XXXVIII-II, 20, § 4) y 1. *Si pater*, C. *De instit. vel. substit. seu restit. sub condit.* (Cod. VI-XXV, 4).

(148) Cfr. nuestro estudio “Cautelas de opción...”, I, B, a, loc. cit., pp. 458 y ss.

desta, non las puede poner. E si las pone, non empecen al fijo heredero, maguer non cumplan".

Notemos que las Partidas fueron anteriores a Bartolo, y que la solución transcrita, duramente criticada por Rodrigo Suárez (149), que la calificó de *terribilis*, y defendida por Gregorio López (150) y Vázquez de Menchaca (151), fue intermedia entre las dos posiciones extremas de los autores de Derecho común, como indicaron el Doctor Molina Morales (152) y Castillo Sotomayor (153).

El Derecho antiguo anulaba la institución; el nuevo (I. *Quoniam*) tenía por no puesta la condición sólo en cuanto a la legítima; y la ley de Partidas, la tenía por no puesta en toda la institución, pues "*Nom enim potest institutio scindi*".

Sin embargo, al permitir la ley 27 de Toro que se impusieran gravámenes a la mejora siempre que fuesen dispuestos a favor de descendientes legítimos, pudo lograrse que la condición causal y mixta afectare a la mejora y a la parte de libre disposición, atribuyéndolos como prelegados separadamente de la legítima, e imponiendo la condición separadamente sobre aquéllos (154).

b) La *condición potestativa*, válida en el *ius vetus* para el *suus heres*, se entendió también por no puesta conforme la ley *Quoniam in prioribus*. Pero se suscitó el problema de si ocurría así con la potestativa *facilis*, "*quae nimis non gravat*", y con la *si voluerit* o *facillima*.

La ley 11, tít. IV y de la 6.^a Partida, al principio de su segundo apartado, decía: "*Pero si el padre quisiere establecer su fijo por heredero en más de una parte legítima, en aquello que le dexa de mas, bien puede el padre poner aquella condición que es en poder del fijo de la cumplir*".

Gregorio López (155), basándose en las últimas palabras de este inciso, entendió: "Por ahí se ve que se desecha toda condición potestativa que grava la legítima, aunque dicha condición sea de fácil cumplimiento; al paso que subsiste respecto de la parte en que la disposición excede de la legítima. Es consiguiente que también se desecha la condición *si quisiere*, cuando pesare sobre dicha parte".

Esta había sido la común opinión de los autores, encabezados por

(149) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. prima, Additio, p. 382.

(150) GREGORIO LÓPEZ, gl. 65 al tít. IV, 6.^a P., a las palabras *valdría el testamento* de la ley 11 de dicho título.

(151) VÁZQUEZ DE MENCHACA, "De successione creatione...", § X, nn. 245 y 347, fol. 212 y fol. 226.

(152) DOCTOR LUIS DE MOLINA MORALES, "De primogeniorum Hispanorum origine ac natura", lib. II, cap. I, n. 35; cfr. novae editio Lugduni 1769, pp. 232 y ss.

(153) JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, "De conjecturis...", cap. LXIV, en "Quotidianorum Controversiarum Iuris", lib. V; cfr. ed. novae, Calloniae Allobrogum 1752, pp. 44 y ss.

(154) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit. y los autores que citamos en las notas 138 a 147, de nuestro estudio últ. cit., pp. 464 y s.

(155) GREGORIO LÓPEZ, gl. 64 h. t. a las palabras "que es en su poder" de la ley 11, tít. IV, 6.^a Partida.

Baldo y por Juan de Imola (156), aunque no faltaron las excepciones como lo fueron, en Castilla, Vázquez de Menchaca (157) que admitió la validez incluso en cuanto a la legítima de las condiciones potestativas *facilis* y *facillima* o *si voluerit*, y Antonio Gómez (158), que rechazó la primera y admitió la segunda. De esta última José Vela (159) distinguió la *si non abstinerit* que no consideró condicional y, por tanto, estimó válida la sustitución vulgar para el caso de que el legitimario “heres esse noluerit”.

24. Efectivamente, la sustitución “si heres esse noluerit” no condicionaba la institución, sino la sustitución, haciéndola pender del hecho de que el instituido se abstuviera por la razón que fuera, v. gr., por preferir una atribución distinta en cuanto al título, la calidad o la cantidad, ofrecida “si noluerit” la legítima pura y simple. He ahí el juego lógico de las cautelas de opción compensatoria de la legítima (160).

(156) Cfr. nuestro cit. “Cautelas de opción...”, I, B, b, pp. 462 y s.

(157) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars. cit., lib. I, § X, n. 227 (fol. 207), 243 (fol. 212) y lib. III, § XXX, nn. 119 y 122 (p. 214).

(158) ANTONIO GÓMEZ, “*Variae...*”, lib. I, cap. XII, n. 29 y n. 31, pp. 149 y s.

(159) JOSEPH VELA, “*Dessertationes Iuris Controversi in Hispalensi “Senatu”, Dissert. XI, nn. 41 y 42, cfr. ed. Granada 1638, fol. 93 vto.*”

(160) Al estudio de estas cautelas hemos dedicado nuestros citados trabajos “Cautelas de opción compensatoria de la legítima” y “Perspectiva histórica...” de dichas cautelas. En la introducción del primero (loc. cit., pp. 405 y ss.) y en los epígrafes II y III del segundo (A.D.C. XVI-II, pp. 285 y ss.) hemos expuesto las diversas fórmulas que, desde el siglo XIV, la historia del Derecho nos ofrece con las denominaciones, más o menos ajustadas, de cautela *Socini*, cautela *Angeli*, cautela *Durantis* o *Gualdensis*, cautela *Cumani*, *casus Decii*. Como resumen esquemático podemos indicar que:

En el siglo XIV: *Angelo degli Ubaldis* al comentar la ley *Quotiens* del tít. *De fideicommissis*, del *Codex* (VII-XLII, 11) relató que en Perusa era costumbre, practicada por los padres acaudalados de hijos disolutos, disponer que si éstos incumplieren su prohibición de enajenar bienes inmuebles antes de cumplir determinada edad, éstos se adjudicarían a iglesias u hospitales dichos bienes. En cambio, la llamada *cautela Angeli*, referida en sus comentarios al § *Prohibemus* de la *Authentica de Triente et Semisse*, era algo muy distinto, pues trataba de compensar, sin opción para el legitimario, ni darle alternativa alguna, sino imponiéndole la compensación, el mayor *quantum* de la nuda propiedad de la parte de libre disposición con el menor *quale* de la legítima gravada con el usufructo universal, generalmente del viudo. De su hermano Baldo también conocemos dos textos que admiten sendas cautelas del tipo que examinamos: Al comentar la ley única Cod. VI-XLI admitió la validez de la disposición dirigida al heredero: “non molestare uxorem in quodam legato, et si molestaverit privavit eum hereditate”, que referida a un heredero forzoso (cuestión que allí no plantea) sólo podría referirse a la parte de libre disposición. Y al comentar la ley I, Cod. X-I, admite la revocación del legado prevista para el supuesto de que el legitimario rechazare una condición o restitución respecto de su legítima.

En el siglo XV, CUMANO y PAULO DE CASTRO aceptaron una cautela igual a la Perusiana referida por ANGELO, y además hallamos las cautelas de *Cumani* y de *Ruini*.

RAPHAEL DE RAYMUNDIS, conocido por CUMANUS o COMENSEN, en sus *Consilia* XXV, LII y en su comentario al § *Cum filio* de la ley *Coheredi* (Dig. XXVIII-VI, 1), a través de la cláusula *omni meliori modo*, presupuso que al

Sin embargo, estas opciones han sido objeto de diversas objeciones, algunas muchas veces repetidas con olvido de su anterior refutación. Los principales argumentos aducidos en contra de su admisión (161) pueden sintetizarse en los siguientes:

hijo instituido heredero universal con prohibición de detraer legítima y trelbiánica, se le ponía en la alternativa, en virtud de aquella cláusula, de aceptar esa disposición o devolver al fideicomisario no sólo la parte libremente disponible, sino los frutos percibidos por éste hasta un importe igual al de su legítima.

CAROLUS RUINOS, que rechazó la validez de esta cautela Cumani, aceptó en cambio que pudiera condicionarse una atribución futura a la aceptación de un gravamen.

El siglo XVI es el siglo en el cual hallamos más fórmulas del tipo que examinamos admitidas por los autores. Sistematizando, podemos clasificar así las fórmulas:

Cautelas que imponían la *privación de la parte de libre disposición* en caso de incumplimiento de una prohibición de disponer referida a la legítima —como en la vieja cautela Perusina— que vemos aceptada por OPIZON, ALCIATO, CEPHALUS, SOCINO IUNIOR, SURDUS, etc.

Cautela *Durantis* o *Gualdensis*, de *institución en mayor porción* con gravamen fideicomisario, que es la XXXI del *Arte testandi* de Jo Guilielmus Durantes el Gualdense, que brindaba la alternativa entre la institución de toda la herencia con gravamen de fideicomiso universal o sólo la institución de la legítima estricta pero pura y sin gravamen.

La fórmula de *legado en lugar de la legítima*, que vemos puesta en el testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus, quien legó a su hijo Juan Bautista varios bienes largamente superiores a su legítima, pero gravándole con fideicomiso "*si sine liberis masculis decederit*" a favor de sus hermanos supérstites, añadiendo que, en cualquier caso, si su hijo Juan Bautista no estuviere conforme con esta disposición se entendería privado de dicho legado e instituido tan sólo en su rata porción legítima. Fórmula respecto de la cual dictaminaron favorablemente Felipe Decio, Mariano Socino el joven (de ahí el nombre de cautela *Socini*), Francischinus Curtius iunior y Petrus Paulus Parisius iunior.

La fórmula del *prelegado* para caso de aceptar el gravamen puesto a la institución de la legítima, aceptada por MENOCHIO, MANTICA, PEREGRINO, FUSARIO, BARBOSA y otros.

La opción propuesta al heredero, conforme la solución de CHARLES DUMOULIN o CAROLUS MOLINEUS, entre soportar el gravamen de usufructo en sus *propres* o entregar la parte disponible al beneficiario del gravamen.

La opción impuesta al hijo instituido heredero universal o mejorado con tercio y quinto, entre admitir el mayorazgo impuesto por el testador o contentarse con la atribución de la legítima estricta pero pura y sin gravamen ni limitación alguna, aceptada como válida por los juristas castellanos RODRIGO SUÁREZ —que expuso esta opinión antes de publicarse en Italia el dictamen de SOCINO—, COVARRUVIAS, GASPAS BAEZA, los dos LUISES DE MOLINA, el doctor y el jesuita, PELÁEZ DE MIERES, JUAN GUTIÉRREZ, DEL CASTILLO SOTOMAYOR.

La fórmula testamentaria expresa de ofrecer la elección entre la institución universal gravada con usufructo universal o sólo la legítima en pleno dominio la vemos admitida implícitamente por PEDRO DE PERALTA y explícitamente por VOET, JUAN GUTIERREZ, SANZ MORQUECHO, JUAN DEL CASTILLO DE SOTOMAYOR.

Esta última opción continuaba siendo expresamente admitida en el siglo XVII, por MERLINO, GASPAS RODRÍGUEZ, JEAN MARIE RICARD, RENUSSON y, más modernamente, por LEBRUN, FEBRERO, RICHERI y otros.

(161) Cfr. nuestros estudios "Cautelas de opción...", II, loc. cit., pp. 547 y ss. y "Perspectiva histórica...", VI, loc. cit., pp. 304 y ss.

α) Apoyándose en la *Scimus*, § *Cum autem*, Cod. III-XXVIII, 36, § 1, en el siglo XVI, *Hippolitus Rimynaldus* y, con parecido razonamiento, pocos años después, Simón de Praetis, estimaron que al tenerse por no puesto el gravamen sobre la legítima sólo el exceso podía estimarse válidamente gravado.

Pero, como replicaron, v. gr., Gaspar Baeza y Juan Gutiérrez, dicho § *Cum autem* se refería al supuesto de dejarse al hijo algo *ultra legitimam* sin condicionarlo a la aceptación del gravamen sobre la legítima y no al de exigirse que el legitimario hiciese algo para conseguir la atribución del exceso.

β) La validez de la condición puesta pugnaba con el brocardo “quod non valet per modum dispositionem, non valet etiam per modum condicionem”, que opusieron Ruinus y Rimynaldus a la cautela *Cumani*, pero no a otras que admitieron expresamente.

Pero la réplica no era difícil, pues como, a principios del siglo XVII, razonó Jo. Franciscus Andreolus (162), si el testador podía no instituir al hijo en el residuo, tanto más había de poder instituirle bajo condición, “quia plus est non facere, quam facere cum qualitate”.

γ) También se argüía que el legitimario al aceptar una limitación de sus derechos a la legítima podía llegar a perjudicar a sus descendientes o, en su caso, a sus ascendientes.

Objeción atajada por Palacios Ruvios, en el § 47 de su comentario a la *rúbrica* del capítulo *Per vestras*: “Puede el hijo repudiar y no por eso se dice que disminuya su patrimonio, sino que no quiere adquirir”: “tanto más, pues, ha de poder consentir la carga impuesta a su legítima; ni podrán los hijos suyos conseguir lo que él renuncie o condone, derecho o lucro; *quod sperat futurum*”. Peláez de Mieres precisó como requisitos que la renuncia debía hacerse *cessante fraude* y *quando ius non est iam acquisitum*.

δ) En el texto de Scaevola, recogido en el Digesto XXXV-II, 27, y conocido por ley *Seius et Agerius* o *Augerius*, fue utilizada contra la cautela *Cumani*, también por Ruino y Riminaldo junior, en virtud de cuya ley se estimó por no puesta, al haberse impuesto por causa de fraude, la condición de renunciar a la cuarta Falcidia, contentándose con recibir una suma en dinero, impuesta a la institución de herederos. Así, se dispuso que Seyo y Agerio se entenderían por lo instituido, sin estar sujetos a cumplir condición alguna. A esta alegación opuso Marcus Antonius Cucchus que en el supuesto de esta ley se pretendía imponer al heredero la elección entre recibir menos de lo que en virtud de la Falcidia le correspondería, o bien ser privado totalmente de la herencia, supuesto en el cual “*apparet manifeste fraus*”, mientras que en la cautela de opción contemplada, se ofrecía todo lo debido por legítima o bien una porción mayor pero afecta a un gravamen, por lo cual “*non nocebit hoc filium, nec per obliquum legitima oneri subiecta cencebitur*”. Por eso, observó Cucchus que no puede calificarse de fraude a la legítima lo que no la

(162) JO FRANCISCUS ANDREOLUS, “*Controversiarum Forensium*”, Pars III, contr. CCL, n. 98, cfr. ed. Venecia 1662, p. 102.

lesiona, y que cuanto sobrepase de la legítima puede el padre incluso echarlo al mar o dejarlo a quien quiera.

Al argumento de que no es lícito hacer por modo indirecto lo que no puede hacerse por modo directo, Andreolus le dio la vuelta, diciendo que si es lícito instituir al hijo sólo en su legítima y disponer libremente del residuo, tanto más ha de poder hacerse indirectamente esto mismo que directamente puede ordenarse: “Ni puede decirse impedido —añadió— quien puede remover el impedimento, ni gravado quien puede remover el gravamen, como el hijo que puede elegir su legítima pura e intacta”.

c) Las condiciones *dandi vel faciendi* se consideraron gravámenes *in quantitate* y no *in qualitate* (163). Por ello, algún autor entendió que debían cumplirse sin perjuicio de poderse reclamar el complemento con otros bienes de la herencia, conforme la ley *Omnimodo*, de la cuantía en que aquéllos afectaren a la legítima (164). Pero no faltó quien se inclinara por estimarlas no puestas en cuanto disminuyeren la legítima (165).

d) *La invalidez de las condiciones puestas para favorecer al legítimo a quien afectaban* fue discutida.

La Constitución de Diocleciano y Maximino dada en Antioquía el 4 de las nonas de julio del 301, recogida en el Código de Justiniano, III-XXVIII, 25 y conocida por ley *Filius, matrem*, había reconocido que estaba declarado por el derecho que una madre, que sospecha malas costumbres de su marido, puede mirar por sus hijos de manera que los instituya herederos con la condición de que fueran emancipados por el padre.

Pero los autores plantearon si esta disposición había sido derogada por la ley *Quoniam in prioribus*, que es posterior. La vigencia de aquélla fue sostenida por la glosa ordinaria, Jacobo de Bellvisio, Angelo de Perusa, Baldo, Jacobo Butrigarius, Salyceto, etc.; y su derogación, por Bartolo, Jasón, Paulo de Castro, Fulgoso, Alejandro de Imola, etc. Esta última opinión fue sostenida por algunos de los autores castellanos (166). Pero no faltaron quienes defendieron lo contrario, como Rodrigo Suárez (167), basándose: 1.º En que la

(163) Así, RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. 10, n. 48, p. 428.

(164) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars cits., § XXX, n. 122, p. 214.

(165) Cfr. ANDREA ANGULO, “Commentaria ad leges regias meliorationum”, ley II, glos. 3, n. 4, cfr. ed. Madriti 1585, fol. 214.

(166) Cfr. en este sentido ANTONIO GÓMEZ, “Upus... super legibus Tauri”, lex XLVIII, n. 11, fol. 242, y “Variae...”, lib. I, cap. XI, n. 27, vers “Sed his non obstantibus”, p. 148; MATIENZO, op. cit., lib. V, tít. I, lex 9, gl. 2, n. 14, fol. 39. Con otras razones, JACOBO VALDES, Add. a la Limit. I de RODRIGO SUÁREZ, A, pp. 467 y s.

(167) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., *Limitatio* I, n. 1; p. 457. Siguieron esta opinión VÁZQUEZ DE MENCHACA, “De successione creatione”, lib. I, § X, n. 406, p. 215; JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, “De coniecturis et interpretatione ultimarum voluntatum”, cap. LXIV, n. 16, en “Quotidianarum Controversiarum Iuris”, lib. V; cfr. ed. Coloniae Allobrogum 1752, vol. V, p. 39; JUAN YAÑEZ PARLADORIO, “Quotidianarum differentiarum Sesqui-centuria”, Diff. CXXIII, nn. 10 y ss., cfr. ed. Coloniae Allobrogum 1761, pp. 359 y s.:

ley *Quoniam* dice que se tienen por no puestas cargas y gravámenes, pero si la condición es puesta a favor y beneficio del hijo no puede estimarse como gravamen. 2.º Y que la ley *Quoniam in prioribus* fue dictada para los supuestos en que se daba la *querella* y ésta no podía ejercitarse en el derecho anterior en el supuesto contemplado por la ley *Filiis matrem*.

e) La posibilidad de imponer la compensación de la condición que afecta a la legítima con la atribución de un mayor *quantum* fue discutida por los autores (168), siendo también común la opinión negativa entre los autores castellanos (169). Tampoco se estimó legalmente impuesta al legitimario una opción para elegir entre la mayor atribución con la condición expectante a la legítima o ésta pura y simple, sino en el caso de haber sido establecida expresamente en el testamento (170).

3.º *Imposición de una prohibición de disponer o de partir o la sumisión a determinado modo de utilización o explotación de los bienes.*

25. La ley *Quoniam in prioribus* ordenó que en cuanto menoscabe los derechos legitimarios se supriman, entre otras limitaciones, "modum vel aliud gravamen". Sin embargo, la cuestión no resultó tan simple contemplada en concreto, especialmente cuando la limitación se hubiese puesto en beneficio del mismo hijo.

Hemos visto especialmente estudiadas las prohibiciones de enajenar, de dividir los bienes y la impuesta por la madre o ascendientes maternos de que el padre administre los bienes dejados por los hijos con cargo a su legítima.

a) La *prohibición* impuesta a un hijo de enajenar los bienes integrantes de su legítima se hizo girar: en torno a si era puesta o no en beneficio o utilidad del hijo, y que según fuera perpetua o limitada hasta cierto tiempo o edad del hijo.

En contra de su eficacia opinó Aretino (171) y también Antonio Gómez (172) quien estimó que, al requerirse autorización judicial

JUAN AYLLON LAINEZ, Add. a las *Variae* de ANTONIO GÓMEZ, lib. I, cap. XI, n. 27, p. 71.

(168) JUAN DE IMOLA al comentar la ley XXVIII-VII, 28 del Digesto estimó que correspondía a las leyes *Cum ex filio*, Dig. XXVIII-VI, 3 y *Si pater puellae*, Cod. III-XXVIII, 12, negando que hubieran sido derogadas por las *Omnimodo* y *Quoniam in prioribus*, lo rechazó, pero si las consideró derogadas por la *Scimus* § *Cum autem*. PAULO DE CASTRO al comentar la misma ley 28 Dig. h. t. estimó derogadas las leyes *Cum ex filio* y *Si pater puellae*, citadas, por la *Quoniam in prioribus*.

(169) Así, RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. VI, nn. 1 y ss., pp. 392 y ss. y VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., pars y lib. cit., § X, n. 244, fol. 212.

(170) Cfr. "Cautelas de opción...", III, C, pp. 652 y ss. y "Perspectiva histórica de...", VIII, C, pp. 329 y ss.

(171) FRANCISCO DE ACOLITIS, ARETINUS, "Consilia seu responsa", Consil. XVIII, nn. 4, 5 y 6 (fols. 25 vto. y 26) y Consil. XIX, nn. 3, 6, 7, 8, 9 y 10, fol. 26 vto. y 27.

(172) ANTONIO GÓMEZ, "Variae...", cap. cit., n. 27, vers *Ex quo notabiliter infero contra Doctores Pala. Rub.*, p. 148. También rechazó esta posibi-

para enajenar inmuebles de menores de edad, la prohibición impuesta al padre de éstos excluiría la posibilidad de enajenar ni aun con autorización judicial, por lo cual significaría gravamen y perjuicio para el hijo.

En cambio, Palacios Ruvios (173) y Diego Castillo (174) entendieron válida la prohibición impuesta hasta que el hijo cumpliera la mayor edad o tratándose de un hijo dilapidador o poco apto para regir los bienes. Y, también, Rodrigo Suárez (175), quien señaló que tal prohibición sólo podía admitirse "*in commundum filii*" y que, por consiguiente, si cesare dicha conveniencia y resultase de evidente utilidad la enajenación: cesaría la eficacia de dicha prohibición.

b) La *imposición* a los legitimarios de que *continúen en la comunidad hereditaria*, chocaba con el texto del Codex III-XXXVII, 5. No obstante lo cual, Boerio (176) aceptó su validez en caso de que la impusieran los padres temporalmente, pero no si la hubiesen ordenado a perpetuidad.

c) La *prohibición de que el padre usufructúe* los bienes correspondientes a sus hijos por legítima de la madre o de los abuelos maternos, que fue rechazada por Luis de Molina S. I. (177), es paralela a la discutida condición de igual contenido que antes hemos examinado.

4.º *Aplazamiento del goce de la legítima por su atribución mediante un fideicomiso.*

26. La posibilidad de atribuir la legítima mediante un fideicomiso universal fue especialmente contemplada en una Constitución de Justiniano del año 531, conocida por ley *Scimus*, en su § *Cum autem*, Cod. III-XXVIII, 36, § 1.º, en ella, el Emperador, después de recordar que en su anterior Constitución [1. *Quoniam in prioribus*, 32 h.t.] dispuso que se debía suprimir toda dilación y toda demora en la percepción de la legítima, precisó: "*Así, pues, mandamos que la restitución de la cuarta parte se haga desde luego, sin esperar a la muerte del heredero, ni a intervalo de tiempo y que lo demás que reste después de la porción legítima se restituya cuando el testador dispuso. De esta manera, pues, tendrá el hijo su porción íntegra y tal cual las leyes y nuestra constitución dispusieron, y el heredero gozará con legítima reducción, de los bienes que el testador le dejó*".

lidad LUIS DE MOLINA, S. I., "De Iustitia Tract. II, Disput. CLXXVIII, n. 11, p. 404.

(173) PALACIOS RUVIOS, "Repetitio...", Rep. capituli, § 3, nn. 3, 4 y 5, fol. 136 vto., col. 2 y fol. 137.

(174) DIDACUS CASTILLO, "Utilis et aurea glossa... super legibus Tauri", ley XXVII, n. 9, cfr. ed. Metynnae Campi 1553, fol. 121.

(185) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., limitat. I, n. 7, p. 460. También COVARRUVIAS, In tit. *De Testamentis*..., cap. *Raynutius*, n. 3, Cuarta, vol. cit., p. 102, admitió la validez de la prohibición.

(176) NICOLAUS BOERIO, "Descisiones aureae", Pars prima, Quaest. LXXXVII, nn. 2, 5, 6 y 7; ed. Lugduni 1547, vol. I, p. 240.

(177) LUIS DE MOLINA, S. I., loc. últ. cit.

Paralelamente el hijo instituido *post mortem uxoris* debe entenderse puramente instituido en cuanto a su legítima, sin perjuicio de que quede aplazada la percepción del resto de la herencia (178).

5.º *Imposición de un fideicomiso, vínculo o mayorazgo sobre la legítima.*

27. El gravamen de la legítima por un fideicomiso debía entenderse por no puesto conforme la ley *Quoniam in prioribus*. Esta concluía disponiendo que "...*vel alia dispositio moram vel quodquunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamentum additum esset*".

Sin embargo, no dejaron de discutirse algunas cuestiones.

a) El *fideicomiso recíproco*, basándose en las leyes del *Codex*: "*Si pater puellae*" III-XXVIII, 12; II-III, 1; II-IV, 11, y Digesto XXVIII-VI, 39 [37], se afirmó que no podía considerarse dañoso para el hijo, por lo cual Azón (179) aceptó su plena eficacia "quia no magis quamlibet filiorum gravavit quam quilibet providit". Pero Acursio (180) afirmó que la ley *Si pater puellae* había sido derogada por la *Quoniam in prioribus* y por la *Authentica Novissima*.

La común opinión de los autores de Derecho común (181), que en Castilla siguió Rodrigo Suárez (182), se inclinó por esta derogación. Pero no faltaron sustentadores de la contraria solución (183), como los castellanos Palacios Ruvios (184), Vázquez de Menchaca (185), Pedro de Peralta (186) y Antonio Pérez (187).

b) En caso de atribución de mayor *quantum* al legitimario gravado totalmente en el *quale* por el fideicomiso, vínculo o mayorazgo, también fue discutida la solución.

Se afirmó que cabía imponer, o incluso si se presuponía impuesta, la compensación de este gravamen por aquella mayor atribución en el supuesto de haberse establecido aquél al constituir la dote de la hija (188).

(178) En este sentido JOAN MARTI MIRALLES, "Principis del Dret-Successori", Barcelona 1925, 4.ª lectura, 2.ª fórmula, p. 176, o versión en castellano del In. N. Estudios Jurídicos, Madrid 196, pág.

(179) AZÓN o AZZO DEL PORCI, "Aurea Summa", In Tertium librum Codicis", *De inoff. test.*, n. 22, cfr. ed. Lugduni 1550, fol. 48.

(180) Accursius, "Codicis Iustiniani...", lib. III, tít. XXVIII, lex XII, *Si pater puellae*, gl. c, ed. cit., col. 557.

(181) Cfr. nuestras citas en "Cautelas de opción...", I, E, b, α, pp. 515 y s.

(182) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., ampl. VI, nn. 4 y s., pp. 493 y s.

(183) Como enumeramos en nuestro trabajo últ. cit., pp. 516 y ss.

(184) PALACIOS RUVIOS, "Repetit... *Per vestras*", *Rubricae*, § 50, Limitat secundo, n. 11, vers. *Ad cuius confirmationem*, fol. 46.

(185) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars. cit., lib. I, § X, n. 250, fol. 215.

(186) PETRUS DE PERALTA, "Commentaria in tit. ff. De legatis secundo", L. *Cum patronus*, n. 24; en *Opera Iuridica*, Salamanca 1563, vol. I, p. 310.

(187) ANTONIO PÉREZ, "Prelecciones in duodecum libros Codicis Iustiniani Imp.", lib. III, tít. XVIII, n. 42, ed. Nápoles 1755, t. I, p. 104.

(188) Así, siguiendo la opinión de DYNÓ, lo entendió PAULO DE CASTRO, en el *Consilium* 78 de sus "Consilia et allegaciones", col. 3, cfr. ed. Vene-

Pero, en los demás supuestos la opinión común (189) rechazó tanto la compensación automática por el mayor *quantum* del gravamen en el *quale*, como la opción forzosa *ex lege* entre aceptarla o contentarse sólo con la legítima pura y simple; y, apoyándose en el § *Cum autem* de la ley *Scimus* se entendió que el legitimario podía retener su legítima libre de la afección fideicomisaria y conservar con este gravamen el remanente. Criterio que vemos ya en un dictamen de Bartolo (190). Rechazándose la necesidad de tener que aceptar la legítima y repudiar la herencia (191) para liberarse del gravamen, sin perjuicio de aceptar la validez de la imposición de dicha opción, y la necesidad de usarla, si expresamente hubiera sido impuesta por el testador (192).

B) CÓDIGO CIVIL.

28. La regla general, en el Código civil, se opone a los gravámenes *in tempore* e *in qualitate* de la legítima, la hallamos en el art. 813, § 2:

“Tampoco podrá imponer sobre ella [el testador] gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.”

La genealogía de este artículo asciende desde el art. 798 del Anteproyecto 1882-88, con el que literalmente coincide y que se remite al art. 643 del Proyecto de 1851, “sustituido” —dice— por el art. 808 del *Codice civile italiano* (193) de 1865. Sin embargo, su redacción resulta en lo esencial mucho más próxima a la de aquél, que a la de éste (194).

cia 1477, y lo sostuvo MENOCHIO, “*Consiliorum sive responsorum*”, lib. I, Consil LXXI, n. 10, cfr. ed. Venecia 1575, fol. 205 vto.

(189) Cfr. “Cautelas de opción...”, I, E, b, β”, pp. 522 *in fine* y ss. y “Perspectiva histórica...”, V, loc. cit., pp. 295 y ss.

(190) BARTOLO, “*Consilia Quaestiones*”, cons. XXXIV, cfr. ed. Augustae Taurinorum 1589, fol. 12 vto.

(191) Así, entre los autores castellanos FERNANDO GÓMEZ ARIAS, op. cit., ley XIX de Toro, nn. 27 y 28, ed. cit., fol. CXXXI; RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. VI, n. 1, p. 392; VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., pars y lib. últ. cit., § X, nn. 244 y s., fol. 212; ANTONIO GÓMEZ, “*Variae...*”, lib. I, cap. XI, n. 25, p. 147; COVARRUVIAS, “*In tit. testamenti...*”, cap. *Raynutius* 16, § XI, nn. 5 y 6, p. 94; GASPAR BAEZA, “*Quae de non meliorandis filiabus dotis ratione loquitur*”, cap. 8, n. 10, cfr. ed. Granada 1566, fol. 43 vto.; PETRUS DE PERALTA, op. cit., *Praelec.* I, 3, § *qui fideicommissis*, ff. *de heredib. instit.*, n. 56, op. cit., vol. II, p. 180; Dtr. LUIS DE MOLINA MORALES, op. cit., lib. II, cap. I, n. 29, p. 231; LUIS DE MOLINA, S. I., op. cit., Tract. II, Disposit. CLXXVII, n. 9, vol. I, p. 403; CASTILLO SOTOMAYOR, op. cit., lib. V, cap. LXVI, nn. 46 y ss. y 58 y ss.; pp. 46 y ss., cap. LXXIX, nn. 4 y ss., p. 189 y ss., cap. CVII, nn. 45 y 46, pp. 760 y ss., y n. 76, p. 779.

(192) Cfr. “Cautelas...”, loc. últ. cit., pp. 534 y ss.; II, B, a, 6.ª y 7.ª, pp. 603 y ss. y III, B, pp. 647 y ss. y “Perspectiva Histórica...”, V, loc. cit., pp. 295 y ss.

(193) Cfr. la versión cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, vol. cit., pp. 245 y s.

(194) Decía así, traducido al castellano, el art. 808 del Código Italiano: “*La porción legítima es cuota de herencia; se debe a los hijos, descendientes*”

Así, el art. 645 del Proyecto de 1851 decía: "La legítima no admite gravamen ni condición ni sustitución de ninguna especie".

García Goyena (195), después de señalar la conformidad de este artículo del Proyecto con los "725 Sardo, 577 de Vaud y 774 Austriaco", indica su procedencia de la ley *Quoniam in prioribus*, Cod. III-XXVIII, 32, y de las leyes 17, tít. I y 11, tít. IV de la 6.^a Partida: "Libre e quita, sin embargo, e sin agravamiento, e sin ninguna condición, e si las pone, non empescen al fijo heredero, maguer non las cumpla". Y glosa: "Esto es consiguiente al concepto de *deuda natural*, que dan las mismas leyes a la legítima; y el deudor no puede dictar leyes al acreedor en el pago".

Hemos visto que en el Derecho anterior estos gravámenes *intempore* o *in qualitate* se entendían *por no puestos*. Lo mismo debe entenderse, en consecuencia, en el régimen vigente. Ahora bien, existen unos supuestos en los cuales se concede una opción al legitimario, con lo cual se remite a ella el resultado, como también ocurría en el Derecho anterior. Y, por otra parte, ello no significa que el legitimario no necesite tomar la iniciativa y demandar cuando no sea poseedor de los bienes hereditarios, pues la actitud pasiva sin detrimento de sus derechos sólo le resultará posible cuando los posea, en cuyo caso podrá considerar por no puestos los gravámenes sin necesidad de entablar procedimiento alguno, ya sean términos, condiciones, modos, prohibiciones, limitaciones o sustituciones, dispuestos por el testador sobre la legítima.

Conviene, sin embargo, que una vez expuestas estas generalidades, analicemos separadamente, como hemos hecho antes respecto del Derecho romano común, los diversos supuestos comprendidos en la regla general, a fin de fijarnos en las variedades que, para su solución, se dan en nuestro Código civil.

1.º *Asignación de un contenido inadecuado para satisfacción de la legítima.*

29. El testador puede señalar un contenido inadecuado para satisfacer la legítima, y así ocurre si lo determina:

- en cosa perteneciente al heredero;
- en cosa ajena;
- en derechos por él creador sobre la herencia de bienes de ésta, como *verbi gratia* en el usufructo de una cuota o de bienes determinados;
- en dinero no hereditario, fuera de los supuestos en los cuales el Código civil lo señala como medio de satisfacerla.

En todos estos supuestos, entendemos que la asignación significa un gravamen que el testador no puede imponer sobre la legítima y que debe entenderse por no puesto, a no ser que el propio legitimario lo acepte. Así, de hecho, el legitimario, en estas circunstancias, podrá

o ascendientes en plena propiedad y sin que el testador pueda imponer sobre ella ningún gravamen o condición."

(195) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. cit., art. 643, vol. II, p. 94.

optar entre aceptar la asignación inadecuada, sin perjuicio de poder reclamar el suplemento de su legítima si cuantitativamente hubiese lugar a él, o bien, por tener la asignación por no puesta y reclamar su legítima pura y simple (196).

La S. 19 abril 1963 resolvió claramente que no era adecuado y, consiguientemente, no computable como pago de la legítima el derecho de usufructo sobre bienes pertenecientes al causante asignado por éste en bienes de su plena propiedad, al considerar que partiendo de la base que la legítima es de orden público, de la que no puede disponer el testador por venir impuesta por la Ley ni hacer recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los bienes y derechos que integran su contenido, "fácil es comprender que el usufructo no reúne esta cualidad o característica de libre disposición, porque aún estimándolo como derecho autónomo e independiente con sustantividad propia, es de naturaleza temporal, puesto que se extingue por la muerte del titular (artículo 513), y por consecuencia no es transmisible por acto *mortis causa* ni tampoco en forma absoluta por actos *inter vivos*, porque conforme al art. 498 del Código civil, el usufructuario que enajenase o diera en arrendamiento derecho de usufructo será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas, restricciones que menguan los derechos del legitimario y consiguientemente atacan al dispositivo del artículo 806 del Código civil" y "el del 813".

Notemos que en el supuesto contemplado en esta sentencia, referente a una partición testamentaria, la sentencia recurrida había concedido un plazo al coheredero demandado para que optase por que se procediera a una nueva partición o por indemnizar en dinero, indicando que en este caso quedaría subsistente la totalidad de la adjudicación en usufructo, o, si se completase la legítima con el pleno dominio de bienes asignados en usufructo, subsistiría éste en el exceso. Contra esta solución versó el tercer motivo del recurso, alegándose que al completarse en pleno dominio la legítima de la demandante sin reducirse el usufructo sobrante, le corresponderían derechos por la doble vocación legal y testamentaria, planteando el tema de la interpretación del testamento. Pero el último considerando de la sentencia del Tribunal Supremo rechazó también este motivo, aceptando la interpretación de la Sala, entendiéndose que ésta valoró la

(196) Respecto al legado de cosa ajena dispuesto en pago de la legítima, cfr. nuestros "Apuntes...", II, § 5, pp. 281 y s., II, § 5, pp. 287 y ss. Notemos que la institución o el legado de ese contenido inadecuado, significa de una parte una institución o un legado, títulos aptos ambos para satisfacer el deber legitimario, y de otra la asignación de un contenido no apto para satisfacerlo. Por eso la ineficacia de esta asignación, no significa preterición del legitimario a quien se le haya atribuido, sino la validez del legado, o la institución sin concreción de contenido, a no ser que el asignatario opte por aceptarlo. Cfr. nuestra nota 4 de nuestro trabajo "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil", en A.D.C. XXIII-I, enero-marzo 1970, pp. 12 *in fine* y s.

disposición fundamental del testamento de instituir herederos por partes iguales a ambos hijos.

2.º *Gravamen de la legítima con un usufructo o una renta vitalicia.*

30. El art. 820, n. 3.º, del Código civil lo previene: “*Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador*”.

El art. 805, n. 3.º del Anteproyecto de Código civil 1881-88 y el 649 n. 3, del Proyecto de 1851 son los precedentes del vigente artículo 820, n. 3. El texto del Proyecto de 1851 era una traducción literal del art. 917 del Código de Napoleón. El segundo término de la elección “ou de faire l’abandon de la propriété de la quotité disponible” fue traducido por “o abandonar la porción disponible”, corregido en el art. 805 del Anteproyecto por “o abandonar la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador”, y, finalmente, en el texto definitivo del art. 820 C. c. la palabra “abandonar” ha sido sustituida por la expresión “entregar al legatario”.

García Goyena (197) glosó así el texto 649, n. 3 del Proyecto 1851: “Es el artículo 917 francés, 965 holandés, 1.486 de Louisiana”. Y, según los autores franceses (198), el Código de Napoleón se inspiró en una solución de *l’ancien droit*, si bien ésta se refería a supuestos más extensos y no había sido unánimemente aceptada en el *Droit coutumier* que en definitiva presentó un panorama semejante al del Derecho común (199).

Realmente, los precedentes que, al respecto, hallamos en Castilla no difieren tampoco mucho de los del Derecho común. Como antes hemos visto, pueden observarse entre los autores de los siglos xv y xvi los siguientes criterios para el caso de dejarse al cónyuge viudo el usufructo universal quedando hijos del testador:

— que el cónyuge viudo sólo debía recibir el usufructo del quinto. (Diego Segura, Alonso Díaz de Montalvo, Antonio Quesada, Alfonso de Azevedo) sin posibilidad de que el viudo pudiera exigir que se le compensase la reducción con la propiedad del quinto (Pedro de Peralta, Rodrigo Suárez, Antonio Gómez) ni de que los hijos tuviesen que optar por soportar el gravamen o cederle la nuda propiedad del quinto al viudo (Juan Gutiérrez, Ayllón Lainez, Sanz Morquecho, Juan del Castillo Sotomayor, Gaspar Rodríguez), sin perjuicio de que el testador pudiera imponerles expresamente esta opción entre aceptar la disposición o entregar al viudo la propiedad del quinto;

(197) GARCÍA GOYENA, op. cit., vol. III, art. 649, p. 99.

(198) Cfr. DEMOLOMBE, “*Cour de Code de Napoleon*”, vol. XIX, “*Traité des donations vifs et des testaments*”, vol. II, París 1876, n. 432, pp. 427 y ss.; PLANIOL, RIPPERT, TRABOT, LAUSSOUARN, “*Traité Pratique de Droit Civil Français*”, vol. V, 2.ª ed. París 1957, n. 128, p. 168.

(199) Cfr. nuestro estudio “La opción legal del legitimario...”, en A.D.C. XI-III, julio-septiembre 1962, pp. 594 y ss. y 598 y ss.

— que el usufructo que debía recaer en los cuatro quintos había de computarse capitalizándolo con arreglo a la *Ley Hereditarium* y no debía reducirse, sino si su capitalización excediera del valor del quinto de libre disposición (Palacios Ruvios, Fernando Gómez Arias).

— que, en cuanto el usufructo legado rebasase del usufructo del quinto, debía satisfacerse en su equivalencia con la propiedad de éste (Jerónimo de Cevallos);

— que los hijos debían optar, aunque el testador no lo impusiera, entre aceptar el usufructo universal del viudo o compensarle de su valor con bienes o con dinero hasta el importe del quinto (Ayerve de Ayora).

El Código civil recoge, pues, a través del art. 917 del *Code civil* francés, el último de estos criterios propugnados en el Derecho común, seguido también con ciertas variantes por algún otro autor castellano.

31. Este precepto, como sus análogos franceses y 550 del italiano vigente, no deja de presentar algunos problemas que es preciso resolver.

I) Por identidad del *ratio*, el art. 820, n. 3, debe aplicarse también a los supuestos análogos de atribución de derechos de uso y habitación y, por razón de *maioris ad minorem*, a los de rentas temporales y de alimentos (200).

II) En el supuesto de haberse dispuesto varios legados conjuntos o sucesivos de usufructo o renta vitalicia, o sendos de ambas especies o, muy especialmente, de haberse dispuesto otro u otros legados afectantes a la porción disponible además de un usufructo o renta vitalicia, entendemos que el art. 820, n. 3, es igualmente de aplicación sin perjuicio de que entre los legatarios afectados deba tener lugar la reducción que corresponda, según las normas que regulan su concurrencia, si no bastare la parte disponible para satisfacerlos todos (201).

III) Las expresiones referidas al usufructo o a la renta vitalicia, "*dont la valeur excède la quotité disponible*" (917 C. c. fr.) y "*cuyo valor se tenga por superior a la cuota disponible*" (820, n. 3 C. c. Esp.) han dado lugar a problemas, que no existen en el *Código civile italiano* (tanto en su versión de 1865, art. 810, § 1, como en la de 1942, artículo 550) puesto que dice "*el cui reddito eccede quello della porzione disponibile*". La interpretación de aquéllos ha dado lugar a las siguientes posiciones (202):

Primera opinión: Debe hallarse el valor del usufructo o la renta vitalicia fijando su valor venal, y sólo en el caso de que dicho valor exceda de la cuota disponible, podrán los herederos cumplir abandonando la propiedad de la porción disponible que el testador les hubie-

(200) Cfr. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, "El párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil", en *A.D.C.* XIX-IV, octubre-diciembre 1961, p. 880, nota 11 bis y p. 887 y ss.

(201) En contra de GULLÓN BALLESTEROS (pp. 880 y ss.) defendimos esta tesis en "La opción legal...", pp. 605 y s.

(202) Cfr., más detalladamente, en nuestro estudio últ. cit., pp. 607 y ss.

se atribuido (203). Criterio que correspondería al de la lex "*Uxori meae*" y a las viejas opiniones de Angelo, Caepolla, Palacios Ruvios, Gómez Arias, etc. y se ha pretendido apoyarle en el texto del artículo 813, en su inciso final.

Pero, según la interpretación usual ese inciso final del art. 813, "*salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo*", sólo se refiere al usufructo legal de éste (arts. 834 y ss. C. c.) e, implícitamente, se excluye cualquier otro usufructo. Además la legítima del Código civil es, en principio "porción de bienes" (art. 806), *in natura*, y no desintegración de éstos en derechos creados por el testador al efecto sobre los bienes que se atribuyan en pago de la legítima. Crear sobre ellos un usufructo es aplazar el disfrute de ésta (204).

Segunda opinión: El precepto del 820, n. 3, trata precisamente de evitar que el usufructo o la renta vitalicia tengan que ser valorados, dadas las dificultades de su valoración, y deja a la libre determinación del heredero la elección de lo que estime más conveniente, según su personal y subjetiva apreciación del valor del gravamen impuesto, sea mayor o menor, objetivamente apreciado, que la parte disponible.

Es el criterio que sostuvo García Goyena (205) al razonar el artículo 649 del Proyecto 1851: "Los legatarios del usufructo o de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador; los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que *son libres* de ejecutar la disposición, *si creen que no es inoficiosa o excesiva*, o en reemplazarla, cediendo la parte disponible *si creen lo contrario*".

Después del Código civil, Manresa (206) y Sánchez Román (207) fueron de esta opinión.

Tercera opinión: Lo que se prevé es la posibilidad de que el usufructo, o la renta vitalicia, afecte a *bienes que excedan de la parte disponible* o a *una cuota parte superior a la de libre disposición*.

Lacruz Berdejo (208) lo ha entendido así: "la palabra *valor* está referida a los bienes gravados y no al valor de la capitalización del gravamen, de otra manera el artículo sería inútil, pues si lo supe-

(203) Han defendido esta tesis en España JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos (Derecho civil común)", en *R.D.P. XXIII*, mayo 1936, pp. 160 y ss. y "Estudios de arte menor de Derecho sucesorio", en *An. Ac. Matr. del Not.* II, Madrid 1946, II, "El crecimiento en la mejora", pp. 546 y ss., y ALVARO D'ORS y JOSÉ BONET CORREA, "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)", en *A.D.C. V-I*, p. 117.

(204) En este sentido, ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", *R.D.P. XXVIII*, pp. 203 y ss. y FLORENCIO PORPETA, loc. cit., pp. 194 y ss.

(205) GARCÍA GOYENA, loc. últ. cit., p. 199.

(206) MANRESA, "Comentarios...", vol. VI, arts. 820 a 833, p. 386 de la 6.ª ed.

(207) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", VI-II, cap. XV, n. 114, 3.º, 5.º, p. 967.

(208) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Notas a la traducción española a la 2.ª ed. alemana del "Derecho de Sucesiones" de JULIUS BINDER, Barcelona 1953, § 32, p. 301.

rior a la parte disponible es el valor de capitalización del usufructo o la renta, resulta claro que tales disposiciones lesionan la legítima y no es preciso dar opción alguna al legitimario”.

Cuarta opinión: La opción o elección se concede al heredero cuando el goce o disfrute del usufructo o las rentas legadas excedan del goce o la renta de la porción disponible.

Este es el criterio del *Codice civile italiano*.

Quinta opinión: Debe distinguirse entre usufructo, para el cual debe atenderse a si el valor de los bienes usufructados excede de la porción disponible, y la renta vitalicia, respecto de la cual deberá atenderse a si la pensión excede de las rentas de la porción disponible.

Sexta opinión: En principio debe atenderse el valor de los bienes gravados con relación al valor computable a efectos de fijar las legítimas, pero: a) si el gravamen no absorbe totalmente las rentas de los bienes especialmente gravados, deberá fijarse proporcionalmente la porción gravada y la libre, de estos bienes, para realizar la comparación sólo con aquella parte; y b) si se trata de una renta deberá capitalizarse este interés legal sin hacer deducción alguna por su carácter temporal o vitalicio y compararse, la capitalización obtenida, con el valor total computable para calcular la legítima; a fin de ver si tal capitalización sobrepasa o no la porción disponible.

Esta solución parece que es la que mejor responde a una más exacta determinación de qué parte resulta gravada con la disposición testamentaria. Si en la herencia hubiesen capitales inactivos pero fácilmente enajenables (lingotes de metal, cuadros de valor, joyas, dinero depositado, solares, etc.) parece que lo más justo es hallar su valor venal para compararlo con el necesario para producir el interés legal de la porción legada (209).

IV) El ejercicio de la opción prevista en el art. 820, n. 3.º, en el supuesto de ser varios los legitimadores afectados por el usufructo da lugar a cuestiones semejantes a las planteadas por los autores franceses respecto del art. 917 del Código francés y por los italianos en torno al art. 810 del *Codice* de 1865, resueltas en el art. 550 del *Código* de 1942 (210).

Pueden ofrecerse las siguientes soluciones respecto la realización de la opción:

a) De no haber unanimidad en cuanto al ejercicio, o no, de la opción, el legado será directamente ejecutivo en los términos dispuestos por el testador” (211). Pero, este criterio parece difícilmente compaginable con la intangibilidad de la legítima determinada por el art. 813 C. c., pues con él se impondría a los legitimarios disconformes el gravamen del usufructo, en contra de su voluntad.

(209) Cfr. GULLÓN, loc. cit., pp. 885 y nuestro estudio “La opción legal...”, pp. 610 y s.

(210) Cfr. “La opción legal...”, loc. cit., pp. 611 y s.

(211) Criterio de JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “Estudios de arte menor...”, II, “El acrecimiento en...”, “Anales...”, vol. II cits., p. 554, nota 1.

b) Es precisa la unanimidad, pero para poderse ejercitar la opción en el sentido de aceptar el gravamen del usufructo sobre la legítima; de no haber unanimidad, habrá de cederse al usufructuario la propiedad de la porción disponible (212), a no ser que del testamento resulte la posibilidad del ejercicio individual de la opción legal por cada legitimario.

c) En caso de no obtenerse la unanimidad, deberá resolver la autoridad judicial, análogamente a lo previsto en el art. 839 C. c. para la conmutación de la cuota legal usufructuaria (213). Pero dejando aparte las cuestiones que suscita la interpretación del artículo 839 (214), es lo cierto que en la hipótesis del art. 839 se trata de conmutar una cuota usufructuaria de carácter legitimario, o sea, legal, mientras que en el supuesto del art. 820, n. 3.º, la conmutación se refiere a un usufructo voluntario que grava las legítimas y que sus titulares no tienen por qué soportar, ni cabe que la imponga la autoridad judicial.

d) La opción para aceptar el gravamen sólo puede ser ejercitada individualmente por cada legitimario afectado, en cuanto a su porción respectiva, pues si el legado constituye un gravamen sobre la legítima individual de cada legitimario, su admisión no puede dejarse al arbitrio de nadie más (215); sino al de cada afectado que lo soportará si no quiere perder el beneficio respectivo que tenga asignado en la parte disponible.

3.º *Imposición de una condición afectante a la legítima.*

32. Según el art. 813, § 2.º C. c., no puede imponerse sobre la legítima *condición alguna*.

Pese a su sencillez y claridad, esta respuesta legal, cuando es puesta en contraste con la compleja realidad y a la luz de la finalidad perseguida, no deja de plantear algunos problemas. Creemos de especial interés examinar aquí el de las condiciones impuestas a favor del propio legitimario; muy sucintamente el de la validez y eficacia de las cautelas de opción compensatoria de la legítima, dependiente en buena parte de que erróneamente se consideren como supuestos de condición puesta a la legítima, y el de la condición *facillima* o *si volerit*.

α) Las *condiciones puestas en beneficio del legitimario*, se tratan de formular como un refuerzo de una prohibición de disponer, partir

(212) Solución igual a la aceptada por el art. 550 del *Código civile* de 1942: "se i legittimari sono piu occorre l'accordo de tutti perché la disposizione testamentaria abbia esecuzione".

(213) Cuestión planteada por JOSÉ MANUEL IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, "Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicia del cónyuge viudo", en *R.G.L. y J.* 188, septiembre 1950, p. 279.

(214) Cfr. nuestro estudio "Contenido cualitativo de la legítima viudal del Código civil", 5, 5.º, e, en *R.D.P.* LIV, febrero 1970, pp. 115 y s.

(215) Cfr. IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, loc. cit., y GULLÓN, loc. últ. cit., pp. 886 y s. A este criterio nos adherimos en "La opción legal...", loc. cit., p. 613.

o administrar impuesta ya sea al propio legitimario o bien a sus representantes legales.

Así, es frecuente la preocupación de la madre, o del padre o de los abuelos, por evitar que la administración de cuanto dejan a sus hijos o nietos quede en manos del cónyuge viudo o de su hijo, yerno o nuera, de quien ya desconfían. Razón que les mueve a prevenir otra administración y a encomendarla a personas de su confianza. Estos deseos pueden ser fácilmente satisfechos respecto de la parte de libre disposición, e incluso de la de mejora si su incumplimiento favoreciese a otros descendientes del testador.

Pero el problema no tiene, por el contrario, solución satisfactoria tratándose de la legítima estricta, o incluso de la mejora si el incumplimiento de la condición no pudiese favorecer a otros descendientes, sea por no haberlos o bien por no quererlos favorecer en tal circunstancia.

Parece que una condición que impone la pérdida de lo dejado a un legitimario en el caso de no ser aceptada una limitación o una modalidad impuesta para favorecerle, difícilmente puede estimarse realmente favorables al mismo si su incumplimiento le acarrea una pérdida sin compensación alguna.

Por eso, la posibilidad de alcanzar una solución se reconduce al juego de las cautelas de opción compensatoria del gravamen que, a favor del legitimario, se imponga a su legítima. La mecánica de la opción legítima estricta, pero pura, o una mayor porción con la prohibición de que el padre o madre del legitimario menor de edad la usufructúen y administren. Nótese que esta opción no puede ser ejercitada por ese padre o madre a quien la elección del segundo término de la opción le privaría del usufructo legal y de la administración de los bienes heredados por uno o varios de sus hijos. Pero precisamente esta circunstancia fundamenta una incompatibilidad de intereses entre aquél y éstos, en lo referente al ejercicio de la opción. Por eso parece que debe ser un defensor judicial quien deberá usar de esa facultad de preferir la mayor atribución, con exclusión del usufructo y administración paternos, o la menor de la legítima pura pero estricta.

33. β) Las *cautelas de opción compensatoria de la legítima* han sido consideradas por algunos autores como *condiciones ilícitas* porque ponen al legitimario en el trance de escoger entre su legítima pura pero estricta o la mayor porción a él relicta pero con el gravamen afectante a aquélla. Así se ha dicho (216) que se halla incluida entre las prohibiciones del art. 792 C. c., y se las ha tachado de

(216) En este sentido, ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 175, p. 300, nota 189.

ilícitas (217) e, incluso, se ha dicho de ellas que castigan a quien ejercita su derecho (218).

Sin embargo, creemos que al oponer estas objeciones se incurre en una confusión inicial. Al testador no le es lícito —ciertamente— gravar a su hijo en la legítima; pero, en cambio, no es en modo alguno ilícito que el hijo acepte, por la razón que sea, cualquier gravamen sobre su legítima.

La licitud de la condición no se refiere a la disposición ordenada por quien la puso, sino al acto que debe realizar en cumplimiento de la condición aquél a quien ésta se impuso. Como se expresó en la ley 3, tít. IV, 6.^a Partida, en su apartado final: “E generalmente son llamadas imposibles segund derecho todas las condiciones que son contra la honestad *de aquel a quien son puestas* [subrayamos nosotros] e contra buenas costumbres e contra obras de piedad”. La ley 3 del tít. VI de la misma Partida señala como ejemplo de condición inmoral: “Establezcote por mi heredero, si non saçares a tu padre de captivo e si non le dieres que coma”, que evidentemente exigen un acto inmoral del instituido. Por el contrario, no es inmoral que el legítimo renuncié a su legítima o acepte el gravamen de la misma.

De ese modo resultaba ya de la Constitución de Justiniano del año 528 recogida en el *Codex VI-XLI, única*; que, según dice Lambert (218), el art. 900 del Código de Napoleón, paralelo al art. 792 del español, no hace sino reproducir. Como este jurista francés explica, dicho artículo 900: “Obstaculiza que el testador y el legatario de común acuerdo, deroguen reglas de orden público, pero no les prohíbe dejar de lado disposiciones del Código que no tiendan sino a proteger los intereses particulares”... “La jurisprudencia reconoce que el artículo 900 no prohíbe más que las condiciones contrarias a las reglas de orden público. El orden público exige que el heredero no pueda ser privado de la reserva, pero ¿está interesado en que el heredero no consienta nada contrario a esta prohibición? Nadie osaría sostenerlo. La condición que impone ese consentimiento al reservatario no puede caer bajo el golpe del artículo 900”.

Por otra parte, recordemos que —como mostró Andreolus (220)—

(217) Así, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS en su contestación a nuestro discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pues, a su juicio: “Las leyes tienen una finalidad que cumplir, y la finalidad de los preceptos protectores de la legítima, aún no siendo ésta de orden público, quedan más o menos frustradas con las *cautelae*. En las inteligencias sencillas de los juristas de nuestros días, quizá no quepa que algo que esté prohibido de modo directo, esté permitido de modo indirecto dando un rodeo” (Cfr. en *R.D.N.* XLV-XLVI, julio-diciembre 1964, p. 372).

(218) Tales como JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “Estudios de arte menor”, loc. cit., pp. 549 y s.; LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La cuota viudal y su regla fija”, en *R.G.L. y J.* 180, 2.^o sem. 1946, p. 394; IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, loc. cit., p. 284 y JUAN BAUTISTA FUENTES TORRE-IZUNZA, “El usufructo viudal universal (una cláusula de estilo)”, en *R.G.L. y J.* 189, 1er. sem. 1961, p. 706.

(219) EDOUARD LAMBERT, “De l'exhéredation et des legs faits auprofit d'héritiers présomptifs”, París 1895, § 897, p. 678, y § 907, p. 689.

(220) Cfr. *supra* nota 162.

no puede decirse en estos casos, que se consigne indirectamente lo que no es posible obtener directamente, pues directamente es posible que el legitimario acepte el gravamen de su legítima, que no se le impone puesto que en su mano está aceptar ésta, pura pero estricta. Razón por lo cual, si así puede aceptarla directamente, con más motivo podrá el testador dejársela indirectamente, con tal de que esté en mano del legitimario optar entre la legítima o bien admitir su gravamen, si prefiere otra atribución que, si bien implique la aceptación de aquél, cuantitativamente sea mayor. Esta es realmente la que lo condiciona a que el asignatario la prefiera a su legítima pura y estricta.

Es cierto que a veces estas cautelas se redactan incorrectamente en forma de sanción o prohibición. Pero no basta que una redacción sea torpe o incorrecta para que pueda tachársela de inmoral e inválida. Hay que penetrar en el fondo de la disposición para juzgarla. Al legitimario con la formulación penal de la cautela no se le priva de nada que hubiera sido suyo antes de heredar al testador, ni de nada que legalmente debiese corresponderle después. En definitiva, se le atribuye y deja reducido ni más ni menos a lo único que tiene derecho. No hay, pues, verdadera pena, y la privación de la parte disponible podría evitarla si la prefiriese a su legítima pura y simple, es decir, al otro término de la alternativa que se le plantea al serle condicionada la mayor atribución.

Aparte de los autores españoles últimamente citados y de algunos otros que se muestran vacilantes o reticentes (221), la mayor parte de la doctrina capitaneada por Roca Sastre (222) y Amadeo de Fuenmayor (223), ha aceptado entre nosotros (224) la validez de estas cautelas.

(221) Así, ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, "Extensión a la legislación castellana del usufructo viudal aragonés", en *I Semana de Derecho Aragonés*, Jaca 1942, pp. 38 y ss.; L. DONDERIS TATAY, "De la cautela gualdense o de Socini", en *R.G. de D.I.*, n. 4, enero 1945, pp. 13 y ss.; FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ, "El usufructo viudal universal en el Derecho civil común español", en *R.C.D.I.* XX, 1947, p. 482.

(222) ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, cap. V, pp. 275 y ss.

(223) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, "Intangibilidad de la legítima", en *A.D.C.* I-I, p. 67.

(224) Entre quienes así lo han entendidos en el régimen del Código civil podemos citar también a ANTONIO BELLVER CANO, "La viudedad universal en los territorios de Derecho común", en *R.G.L. y J.* 176, 2.º sem. 1944, pp. 476 y ss.; FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, "Herederos forzosos y herederos voluntarios...", en *R.C.D.I.* XVIII, 1945, p. 493; GREGORIO ORTEGA PARDO, "Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima", II, 2, pp. 85 y ss. y III, II, § 3.º, b, pp. 160 y ss.; MANUEL GITRAMA, "La administración de la herencia en el Derecho español", cap. III, n. 14, nota 125 bis y 126 bis, pp. 172 y ss.; ALVARO D'ORS y BONET CORREA, loc. cit., pp. 105 y s.; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Notas* cits. § 32, p. 301; RAFAEL GÓMEZ PAVÓN, "Socino", en *R.C.D.I.* XXVI, enero 1953, pp. 34 a 41; GARCÍA-BERNARDO, "La legítima...", p. 149; PUIG PEÑA, "Tratado...", V-II, cap. XIV, 4, D, g, pp. 392 *in fine* y s. notas 22 y s., pág. 393; PUIG BRUTAU, "Estudios...", V-III, 2, c, 1, pp. 164 y ss.; BONET RAMÓN, "Compendio...", vol. V, n. 96, B, pp. 554 y s.

Cfr. nuestros estudios cits., "Cautelas...", II, pp. 547 y ss. y "Perspectiva histórica...", VI, pp. 304 y ss.

El Tribunal Supremo, en SS de 29 enero 1939 (que pese a referirse a un supuesto regido por el Derecho catalán, esgrimió razones de carácter general) y 12 diciembre 1958 aceptó la validez de cautelas de opción compensatoria de la legítima, y éstas están muy generalizadas en la práctica notarial española (225).

No son de este tipo las cautelas dirigidas a impedir la invalidación del testamento, la intervención judicial en la testamentaría, la impugnación de la partición efectuada por el mismo testador o encomendada a los contadores partidores o comisarios. Respecto de éstos, el Tribunal Supremo ha admitido la impugnación: siempre cuando esto se ha basado en lesión de las legítimas, y tan sólo han aceptado el juego de la condición contra el reclamante en algunos casos en los cuales la impugnación del actor no tuvo éxito (226).

34. δ) La posibilidad, o no, de afectar la legítima a una condición *facillima* o *si voluerit*, que antes hemos visto admitida por Antonio Gómez y por Vázquez de Menchaca, no deja de ofrecer hoy interés práctico.

Esta cuestión no afecta al tema de las cautelas que acabamos de repasar: pues en éstas, en todo caso, actúa una condición "*si non abstinerit*", mientras que la *si voluerit* afecta propiamente a la mayor atribución que es ofrecida en compensación de la aceptación del gravamen.

Pero sí que interesa, para nuestro tema, el examen de la condición *facillima* referida a la aceptación de una sustitución fideicomisaria impuesta sobre la legítima sólo para el supuesto de fallecer intestado el legitimario, es decir, de que éste no hiciera testamento ordenando otra cosa.

Es evidente el interés práctico de este problema, que suele presentarse a testadores con hijos o nietos, o incluso sobrinos, en edad de testar, pero menores, cuando la voluntad de aquél es la de pretender que nada de lo que deje a éstos, sea heredado por el padre o la madre consorte o por otro familiar, a quien abintestato podría corresponderle heredar al legitimario o a los legitimarios de que se trate, bien sea para evitar que los bienes cambien de línea, en los supuestos que escapan a las reservas binupcial y lineal, bien para impedir que vayan a parar a un cónyuge, hijo, yerno, nuera u otro familiar, al que estiman no merecedor de recibirlos, ni aún a pesar de que su conducta no encaje en supuestos de desheredación, o de que la prueba de esto sea difícil o incómoda o de que lo aconsejen las condiciones de hecho, situación, aptitudes, vicios, limitaciones de aquel a quien se le quiere excluir.

Un correcto enfoque de esta cuestión, sin embargo, tal vez, aconseje distinguir previamente dos cuestiones que se subsumen en el problema planteado: 1.º Si cabe imponer una sustitución fideicomi-

(225) Cfr. "Cautelas...", II, B, d, pp. 624 y ss.

(226) Cfr. "Cautelas...", *Introducción*, pp. 408 *in fine* y ss. y en especial notas 5 y ss.

saría a una legítima para el supuesto de fallecer intestado el legitimario. Tema que corresponde tratarlo después, y 2.º Si la condición de fallecer *ab intestato*, puesta al fideicomisario ordenado para ese supuesto constituye una condición *facillis* o *facillima* y si éstas son o no admisibles sobre la legítima. Este tema fue incansablemente discutido, por los autores de Derecho común, sin que lograran llegar a acuerdo alguno, según antes vimos.

4.º *Imposición de prohibiciones de disponer o partir, o de modalidades relativas a la administración y explotación del contenido recibido como legítima.*

35. α) Puede tratarse de una *prohibición* impuesta a un legitimario de *enajenar*, ni siquiera con autorización judicial, *hasta alcanzar cierta edad o en cierto tiempo, o a su padre o bien a su madre como representante suyo mientras ostenten la patria potestad* del legitimario.

Sin duda, se trata de disposiciones efectuadas por el testador para beneficiar a un legitimario. Pero, concretamente, pueden resultarle beneficiosas o perjudiciales, en un momento que escapa al juicio del disponente, y del cual, en cambio, una vez llegado pueden juzgar con pleno conocimiento de las circunstancias, ya sea el legitimario mayor de edad y capaz o bien quien ostente su patria potestad o su tutela. Por eso, nos inclinamos a entender no sólo que son ineficaces, sino que deben serlo, respecto de la porción legítima, sin perjuicio de que aquel juez a quien compete conceder o en su caso denegar la autorización para enajenar bienes inmuebles de un menor tenga en cuenta esa prohibición al valorar las circunstancias que deban determinar su resolución.

β) Puede también consistir en la *imposición de permanecer en la comunidad hereditaria sin pedir su disolución.*

Es frecuente que al manifestar la intención de testar sea expuesto al Notario el deseo de que la herencia no se divida y que los bienes continúen en comunidad mientras viva el cónyuge viudo del testador o bien en tanto no alcance el menor de sus hijos determinada edad. ¿Pueden ser complacidos esos deseos?

Esta cuestión se halla contemplada expresamente en el art. 1.051 C. c.:

"Ningún heredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.

»Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad" (227).

(227) El precedente legislativo del art. 1.051 C. c. es el art. 1.068 del Anteproyecto 1881-88, de idéntica redacción en su primer párrafo y con variantes en el inciso final del segundo que se remitía a "las causas por las que se anula o disuelve la sociedad o la comunidad". Se indica en el Anteproyecto (cfr. la versión cit. cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS,

Esta referencia plantea varias dudas al aplicar al art. 1.051, § 2, las cuatro causas establecidas en el art. 1.700 para la extinción de la sociedad. En especial:

I) Si puede trasladarse su causa 3.ª, admitiendo, para el supuesto del art. 1.051, la eficacia de la disposición del testador que ordene la continuación de la comunidad de sus herederos con los herederos de aquél de ellos que muera antes de ser disuelta (228).

II) Si el plazo de diez años, previsto en el art. 400 C. c., como límite al pacto de continuar en comunidad, y la posibilidad de su prórroga por otros diez, también prevista en el art. 400, es aplicable a la comunidad hereditaria refiriéndola a la disposición del testador, que ordene la prórroga. Se han sostenido:

— Que ese plazo de diez años actúa como término máximo (229).

— Que cabe elevarla a veinte años, al sumar a los diez primeros los de la prórroga de otros diez años (que el art. 400 admite que pacten los comuneros) (230).

— Que no existe límite temporal a la prohibición, ya que las de los arts. 400 y 1.051 tienen distinto origen, y éste no se remite a aquél, sino a las causas de extinción de la sociedad, que no lo tienen fijado (231). Si bien, por ello, alguno de estos autores cree que por asimilación de la causa 4.ª del art. 1.700, cuando el testador no hubiese fijado el plazo de indivisión pueden “los coherederos instar la partición cuando las circunstancias sobrevenidas lo hagan necesario” (232) o bien si la prohibición no correspondiese a “algún interés económico o familiar semejante al que fundamenta el art. 1.056, § 2.º, o ha entendido que a través del art. 1.707, puede llegarse a permitir que por circunstancias graves y urgentes sea posible a los herederos recu-

p. 330): que estaba tomado del art. 4.041 del Código mexicano y del 942 del anteproyecto belga, pero es lo cierto que ninguno de los artículos invocados admitía la prevención expresa del testador en contra de la prohibición. Este criterio absolutamente negativo era el que, siguiendo la rigurosa prohibición del *Codex III-XXXVIII*, 5, había adoptado el art. 815, § 1, del Código de Napoleón. Pero ese rigor fue atenuado al añadirse unos párrafos 3.º y 4.º por D. 17 junio 1938, L. 20 julio 1940 y L. 15 enero 1943, así como antes lo había sido en el art. 1.038 Sardo, el 1.030 Albertino, el 948 del Italiano de 1865 ampliado en el 713 del vigente *Codice civile* (Cfr. nuestro estudio cit. “Cautelas...”, I, C, b, pp. 475 y ss.).

(228) En este sentido, PASCUAL LACAL FUENTES, “La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo”, en *R.C.D.I.* VII, 1931, p. 580.

(229) Así han opinado SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, VI-III, cap. X XVIII, n. 51, p. 1983; JOSÉ FERRÁNDIZ VILELLA, “La comunidad hereditaria”, Barcelona 1954, cap. V, n. 5, C, 1.º, pp. 163 y ss.; LACRUZ BERDEJO, “Derecho de sucesiones...”, ed. Barcelona 1961, n. 374, p. 468. Estima que esta es la solución más segura PUIG BRUTAU, “Estudios...”, V-III, cap. V, 2, III, p. 500.

(230) Opinión de MUCIUS SCAEVOLA, “Código...”, vol. XVIII, ed. Madrid 1901, p. 237.

(231) Ese es el criterio de MANRESA, “Comentarios...”, vol. VII, arts. 1.051 a 1.055, cfr. 6.ª ed. Madrid 1963, p. 614; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. VI-I, 7.ª ed. Madrid 1960, § CXLI, III, 5, A, a, p. 262; ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol. II, § 84, IV, 2, p. 25; CÁMARA ALVAREZ, “El legado de cosas ganancial”, IV, B, en *A.D.C.*, V-II, abril-junio 1952, pp. 546 y ss.

(232) CASTÁN TOBEÑAS, loc. últ. cit.

rrir a la autoridad judicial y con su permiso proceder a la división (233).

— Que el testador no tiene más límite que el dimanante de la aplicación analógica del art. 781 C. c. (234).

Pero de más concreto interés es aquí, para nosotros, determinar si la prohibición de partir dispuesta por el testador *puede o no afectar a la legítima* de los llamados herederos forzosos:

— algunos autores (235) lo rechazan,

— presupuso que sí, Lacal (236),

— otros aconsejan reforzar la prohibición con una cautela de opción compensatoria (237).

El T. S. en S. 12 diciembre 1958 aceptó por válida la cláusula que ordenaba la indivisión “mientras viva mi mujer” impuesta a sus descendientes por el testador que había establecido la sanción de privar del tercio de mejora a quien reclamare su legítima.

36. γ) Cabe que se trate de *imponer a los legitimarios una determinada forma de explotación, personal o social, de determinados bienes*:

Se trata generalmente de una modalidad unida a la exigencia de que la herencia o determinados bienes de la misma continúen en comunidad entre los herederos. De menor a mayor, puede consistir en imponer:

I) La determinación de quién deba ser el administrador, gerente o representante de la comunidad, ya sea el cónyuge viudo, un determinado hijo u otra persona; a quien en ciertas ocasiones, además, se le exonera de rendir cuentas, o bien, es formulando un ruego en este sentido a los herederos.

II) Las normas por las que deba regirse la gestión de la comunidad. Algún autor (238) las cree aludidas en el art. 292 C. c. cuando habla éste de “disposiciones especiales” y las entiende provenientes de una voluntad externa a la comunidad “que no pueden ser en nuestro caso más que las emanadas del testador o de expresas normas legales”. Son de especial interés las relativas a la conservación en comunidad de la empresa individual del testador.

III) La constitución de una sociedad mercantil, mediante la cual se explote el negocio industrial o comercial que, hasta su

(233) LACRUZ, loc. últ. cit., p. 468.

(234) MARIANO MUÑOZ DE DIOS, “La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones...”, en “Estudios de Derecho Civil en honor del Pr. Castán Tobeñas, vol. VI, Pamplona 1969, pp. 631 y s., y GARCÍA-BERNARDO, “La legítima”, p. 147.

(235) GITRAMA, loc. cit., cap. XIV, 6, p. 406, nota 48; LACRUZ, loc. últ. cit., pp. 468 *in fine* y s., éste dubitativamente; GARCÍA BERNARDO, “La legítima...”, p. 147, y J. M. MUÑOZ DE DIOS, loc. cit., pp. 624 y s.

(236) LACAL, loc. cit., p. 581.

(237) ASÍ, FUENMAYOR, “Derecho civil de Galicia”, VI, en “Nueva Enciclopedia Jurídica Española SEIX”, vol. I, Barcelona 1930, p. 265, y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 120.

(238) GITRAMA, op. y loc. cits., p. 405.

muerte, lo había regido personalmente el testador quien, en su testamento, dejó establecidas las normas suficientes para la constitución de aquélla (239), o bien la imposición a los herederos de que la constituyan y aporten a la misma la empresa que el testador les asigna, indicándoles tan sólo las líneas generales básicas de la misma.

La eficacia de estas disposiciones presenta con respecto a las legítimas las mismas o mayores dificultades que las observadas para la imposición de continuar en comunidad. El art. 813 sigue siendo un obstáculo.

Es cierto que con referencia a una sucesión regulada por el Derecho anterior al Código civil, el Tribunal Supremo en S. 15 diciembre 1922, declaró que, "aun cuando se admitiese que la mejora distribuida entre la totalidad de los herederos pierde su carácter para adquirir el de aumento de legítima, siempre sería de tener en cuenta que ningún precepto ni aún esa ley [27] de Toro, que es la 11 del Tít. VI del lib. X de la Novísima Recopilación relativa a las mejoras, prohíben la restricción temporal en el manejo de dicha clase de bienes, restricción que sólo impropiamente pudiera calificarse de gravamen" (240).

Este fallo fue duramente criticado por la Redacción de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (241), que sostuvo la procedencia de la casación rechazada, observando que "aun siendo

(239) ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", en *R.C.D.I.*, XXIII, 1937, p. 596, ha considerado imposible que el título hereditario sustituya al contrato como acto constitutivo de la sociedad. Sin embargo, la cuestión no se plantea con referencia únicamente al testamento que contenga no sólo los estatutos sino todos los demás requisitos, como distribución de las cuotas, participaciones o acciones en que se divida la sociedad, determinación de los administradores, inicio de las operaciones, etc., sino complementado además de con el certificado de defunción y de últimas voluntades unidos a la copia autorizada del testamento, con la escritura de aceptación de los herederos, debidamente liquidada, el certificado del registro de sociedades, etc. Así, JULIÁN DÁVILA GARCÍA, "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", en "Anales Ac. Matr. del Notariado", vol. III, 1946, pp. 576 y ss., en este sentido almite el establecimiento de un estatuto testamentario. Véase también JOSÉ PUIG BRUTAU, "El testamento del empresario", X, en *R.D.P.*, XLVI, 1960, p. 487.

(240) El supuesto contemplaba una cláusula testamentaria en la que se disponía que un cortijo y alguna finca más, se entregara en administración a un hijo de la testadora que la llevaría gratuitamente de por vida, dividiendo con sus hermanos por partes iguales las rentas líquidas anuales. Ese cortijo y las fincas que cupieran debían imputarse al tercio y al remanente del quinto, y, a medida que fuesen falleciendo los hijos de la testadora pasarían a sus respectivos descendientes legítimos por estirpes en plena propiedad. En un posterior codicilo, la testadora había determinado que si su hijo encargado de la administración falleciere antes que sus hermanos, ésta correspondería llevarla a la persona que el mismo hubiera designado. Así ocurrió, y designada por dicho hijo su viuda para que le llevase, esa determinación fue impugnada por uno de los nietos de la testadora, basándose en que la administradora no era descendiente legítimo de la testadora.

(241) "Sección de Consultas. 153.—Inviolabilidad de la legítima...". I, en *R.G.L. y J.*, 150, 1.º sem. 1927, pp. 127 y ss.

restricción temporal en el manejo de los bienes, implica una limitación en las facultades dominicales”, concretamente “en la facultad de administrar inherente al dominio”, restricción que “era un gravamen, pues coartaba la libertad de administrar, y aún más, afectaba hasta la esencia del dominio, porque la cosa sujeta a la administración de otro vale menos que libre, que una “administración impuesta a favor de persona distinta del dueño, es un atentado a la propiedad legitimaria”, pues “prohíbe al dueño despedir al administrador y tiene que soportarlo, constituyendo esa situación un gravamen similar a un despojo, con mengua no sólo del derecho privado, sino también del derecho público” que “ampara los derechos legítimos”.

La compensación del gravamen, que significa esta modalidad impuesta, con el mayor *quantum* atribuido no creemos que pueda derivarse de los principios generales de nuestro Derecho sucesorio. Ni tampoco creemos que pueda ser impuesta por el testador. Ni siquiera la opción legalmente conferida, que es posible encajar en el § 2.306 del B. G. B., para elegir entre la legítima pura y estricta o la aceptación de la atribución testamentaria con la modalidad impuesta, tampoco parece posible fundarla en el Código civil. Queda sólo al testador la posibilidad de establecer expresamente en el testamento una cautela de opción compensatoria de la legítima que imponga esa elección.

5.º *Aplazamiento del goce de la legítima o su atribución mediante un fideicomiso.*

37. El criterio de las leyes *Quoniam in prioribus y Scimus § Cum autem*, resulta implícitamente recogido en el art. 813, § 2.º C. c., aunque no habla de plazo ni de demora como la primera, ni regula expresamente el supuesto concreto que era regulado en el citado párrafo *Cum autem*.

La solución consiste en entender que el legitimario había sido instituido puramente en cuanto a la legítima, en considerar como no puesto el plazo, o en cuanto a ella por inválido el primer llamamiento dispuesto a favor de otra persona, y, por ello, entender al legitimario directamente llamado en esta porción, sin perjuicio de que en cuanto al remanente que le haya sido asignado, siga aplazado su llamamiento y siendo válidos los anteriores respecto de cuyos beneficiarios continuará siendo fideicomisario.

No vemos, pues, base legal para apoyar una compensación legal de esos gravámenes *ad tempus* con el mayor *quantum* atribuido, ni base suficiente para entender legalmente establecida la necesidad de optar entre aceptar la atribución mayor con su aplazamiento o contentarse con la legítima pura pero estricta. Esa opción es preciso que sea establecida expresamente por el testador, que condicione la mayor atribución, aplazada en una u otra forma, a la aceptación del plazo o del anterior llamamiento de otra persona como fiduciario.

El Tribunal Supremo en S. 11 julio 1906 estimó que era atentatoria al derecho de los hijos a su legítima la facultad concedida por el testador a sus albaceas, de modo general, para que retuvieran bajo su administración, los bienes integrantes del caudal hereditario.

En cambio, con referencia al tercio de mejora en S. 15 diciembre 1922, admitió que unos bienes, sujetos a sustitución fideicomisaria en favor de los descendientes de ulterior grado de sus hijos legítimos, fueran administrados por uno sólo de los hijos del testador designado por éste, así como en orden sucesivo por los otros hijos que, en caso de fallecimiento de aquél, deberían sucederle en dicha administración.

6.º *Gravamen de la legítima con sustituciones.*

38. El art. 813, § 2.º C. c. al ordenar que el testador no pueda imponer "*sustitución de ninguna especie*", sigue la vieja norma de la ley *Quoniam in prioribus*. Pero conviene que maticemos su prohibición, refiriéndola en concreto a cada una de las distintas especies de sustituciones.

I) La *sustitución vulgar* de un legitimario no atenta a su legítima, puesto que precisamente es prevista para el supuesto de que éste no llegue a ser legitimario (242). Sin embargo, se ha estimado que puede atentar contra otras legítimas, por cuanto al no haber nacido la de aquél tiene lugar el acrecimiento de las de otros. Así, la muerte de un hijo, da paso a las de los nietos, la de todos ellos o del único, a la de los ascendientes. En estos supuestos sólo es posible la sustitución vulgar de aquel presunto legitimario si está establecida a favor de quienes en su defecto serían, a su vez, legitimarios. Con ello se evitaría su preterición; pero, en cambio, atentaría contra ellos la sustitución vulgar efectuada a favor de terceras personas. Es de notar que, si en estos casos el llamamiento de estas otras personas se hubiere efectuado a título de institución de herederos no sólo se tendría por no puesta la sustitución en cuanto a la legítima, sino que además, los ulteriores pero no previstos legitimarios no mencionados resultarían preteridos (243), y, por tanto, sería totalmente impugnabile la sustitución vulgar cuando la muerte de un legitimario da lugar a que se amplíe la legítima de sus colegitimarios, tal como ocurre siempre en el supuesto de repudiación conforme resulta del art. 985, § 2 Código civil (244).

II) Las *sustituciones pupilar y causi pupilar o ejemplar* previstas respectivamente en los arts. 775 y 766 C. c., no afectan a la legítima del descendiente sustituido, puesto que propiamente no se trata de una sustitución, sino de una verdadera designación de heredero hecha

(242) En este sentido, ESPINAR LAFUENTE, op. cit., y PUIG PEÑA, "Tratado...", V-II, cap. XIV, 4, B, p. 391.

(243) Cfr. nuestro estudio "El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y la preterición...", 16, c, en A.D.C., XX-I, pp. 54 y ss.

(244) Cfr. GARCÍA BERNARDO, "Designación *mortis causa* y...", pp. 132 y s. y "La legítima...", p. 147.

por comisario, legalmente admitida, ya que se trata de un ascendiente que por autorización de estos preceptos designa, en testamento, heredero a un descendiente, función que no puede ser ejercitada por varios de ellos, sino con la prelación establecida por el art. 211 C. c. (245). Así resulta de la S. 13 diciembre 1909 que declaró la imposibilidad de que ambos cónyuges ejercitaran simultáneamente la facultad conferida por el art. 755, ni en caso alguno la madre cuando el padre retuviera la patria potestad, y de la S. 6 febrero 1907 referente al ejercicio de la facultad conferida para testar por y en nombre del descendiente incapaz, prevista en el art. 776, declara, en virtud de entenderlo así, que no se puede estimar que el incapaz sustituido haya muerto intestado, porque el testamento en que se le sustituyó produce los mismos efectos que si hubiese sido otorgado por el mismo.

Por ello, estas sustituciones, que no tienen por qué considerar la legítima del sustituido —en contra cfr. la S. 9 julio 1917— no pueden, en cambio, dejar de respetar las de los legitimarios de éste. De ahí la disposición del art. 777 C. c.:

“Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos”.

39. III) *Las sustituciones fideicomisarias* no pueden gravar las legítimas. El código civil en el art. 782 así lo declara:

“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio dedicado a mejora sólo podrán hacerse en favor de los descendientes”.

Doctrina aplicada al fideicomiso de residuo por el Tribunal Supremo en S. 26 noviembre 1968.

El segundo apartado del art. 782 C. c. concuerda con la norma del art. 824:

“No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes.”

La claridad de esta doctrina no deja a la discusión, sino el tema relativo a la sustitución prevista sobre el residuo de que el legitimario no hubiese dispuesto *inter vivos* ni *mortis causa* (246). Tema en el cual volvemos a rozar de nuevo el de la posibilidad o no de imponer a la legítima una condición potestativa *facilis* o incluso lindante con la *facillima* o *si voluerit*. Puede argüirse que con el fideicomiso así condicionado en nada se grava al legitimario, sino que tan sólo se des-

(245) Cfr. BONET RAMÓN, “Código civil comentado”, art. 775, ed. Madrid 1964, p. 776.

(246) LACRUZ BERDEJO, “La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa”, V, 2.º, en “Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas”, vol. II, Pamplona 1968, p. 296, cree admisible esta posibilidad en el Código civil cuando falten legitimarios del descendiente, por lo cual, añade que, de estimarse así, la regla 2.º del art. 125 de la Compilación aragonesa “resultaría entonces más limitativa que permisiva”, pues requiere que no quede ningún descendiente del causante.

vían las reglas de su sucesión intestada, preestableciendo otras que está en manos de él rechazarlas, testando, y que el único límite no salvable se refiere a las legítimas debidas a su vez por el legitimario sustituido.

El problema tiene especial interés en los supuestos antes contemplados cuando un ascendiente desea que sus bienes no vayan a parar abintestato a otro ascendiente, incluido su propio consorte, o el cónyuge viudo de un hijo o nieto.

Si se considera esta figura de fideicomiso condicional como un gravamen de la legítima de aquél a quien se le pone, no tendría eficacia en cuanto a ésta. En cambio, si no se estimara así, pero se la considerase como gravamen a la legítima de los legitimarios del mismo, tendría eficacia en aquella parte de la suya no afectada por la de éstos.

Dejando como dudosa esta cuestión, el tema se presenta con otra perspectiva si se ofrece como opción compensatoria de la legítima una mayor atribución totalmente sometida a fideicomiso.

Ello ha sido tomado como blanco de vieja objeción, ya rechazada en nuestro supuesto por los autores castellanos del siglo XVI, de que si quienquiera que deba legítima no puede dilapidar sus bienes en fraude de sus legítimos sucesores, tampoco ha de poder gravarlos de tal modo que excluya el derecho de sus hijos a reclamar la legítima. Esta objeción ha sido reproducida, agregando que ni el padre al testar, ni los hijos al aceptar, pueden hacer permutas ni otros trueques con la parte legitimaria, que sólo puede ser objeto de aceptación o repudiación en bloque (247).

Lo contrario había opinado a principios del siglo XVI Palacios Ruvios (245): "Puede el hijo repudiar la herencia y no por eso se dice que disminuya su patrimonio, sino que no quiere adquirir"... "Tanto más, pues, ha de poder consentir la carga impuesta a su legítima; ni podrán los hijos suyos conseguir lo que él renuncie o condone, derecho o lucro: *quod sperat futurum*". Criterio compartido por otros prestigiosos juristas castellanos (249), entre los cuales Peláez de Mieres (250) precisó la exigencia de dos requisitos, a saber, que se hiciese: *cessante fraude y quando ius non est iam acquisitum*, es decir, que la aceptación debía ser hecha antes de haber sido adida la herencia.

Como ha dicho Roca Sastre (251), "quien puede lo más (renunciar la legítima), puede lo menos (admitirla con gravamen) una vez se haya deferido la legítima, pues es un valor puramente patrimonial

(247) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 175, pp. 398 y ss., notas 198 y 199.

(248) PALACIOS RUVIOS, "Repetitio...", cit., Rubr. § 47, n. 3, fol. 41 vto.

(249) Tales como RODRIGO SUÁREZ, COVARRUVIAS, JUAN GUTIÉRREZ, BURGOS DE PAZ, JACOBO VALDÉS, *entre otros*. Cfr. nuestras citas en "Cautelas...", II, A, a, β, pp. 549 y ss. y en "Perspectiva histórica...", VI, A, a, γ, pp. 306 y s.

(250) MELCHOR PELÁEZ DE MIERES, "Tractatus de Maioratum et meliorationum Hispaniae", Pars IV, Quaest. XXXIII, n. 59, cfr. ed. Granatae 1575, fol. 497.

(251) ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, cap. V, p. 176.

que pretende entrar en el patrimonio del legitimario y es libre de hacer él lo que guste”.

Notemos que en el supuesto de ser el legitimario menor de edad o incapaz y de actuar, como representante legal suyo, una persona (v. gr., el padre tratándose la herencia de la madre o de algún abuelo) a quien la aceptación de la mayor atribución gravada con el fideicomiso pudiera perjudicarle en caso de darse el evento condicionado de éste (sustitución *si sine liberis deceserit*, generalmente), existirán intereses contrapuestos entre éste representante legal y el representado, que deberá dar lugar a que el ejercicio de la opción tenga que efectuarse por un defensor judicial.

C) EN EL DERECHO ESPECIAL DE ARAGÓN.

40. La Compilación del Derecho civil de Aragón, en su art. 125, declara:

“Los gravámenes sobre la legítima se tendrán por no puestos, salvo:

»Primero. Aquéllos dispuestos en beneficio de otros descendientes legítimos.

»Segundo. Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiese dispuesto.

»Tercero. Las prohibiciones de enajenar u otras limitaciones establecidas con justa causa.

»Cuarto. Los demás gravámenes y prohibiciones previstos por la Compilación”.

Lacruz Berdejo (252) ha glosado este artículo y su glosa vamos a sintetizarla a continuación:

1.º Si la legítima aragonesa es global, es decir, que el testador puede distribuirla entre sus descendientes, “se deduce la posibilidad de gravar a unos en beneficio de otros”, incluidos los nietos y los descendientes de ulterior grado. “No es preciso que los legitimarios favorecidos [por el gravamen] sean descendientes (ni menos, descendientes inmediatos) del legitimario gravado; precisamente uno de los más frecuentes gravámenes, la sustitución *si sine liberis*, presupone falta de descendientes, y cuando se impone al legitimario suele ordenarse en favor de sus hermanos o hijos de hermano (o de un primo hermano o sobrino segundo, sucediendo al abuelo, etc.). Tampoco es necesario que los favorecidos sean hermanos de doble vínculo del gravado: pueden serlo de vínculo sencillo, hijos de otro matrimonio del causante”.

2.º Se permiten también las disposiciones de tipo *preventivo*, que no limitan la facultad dispositiva del legitimario y “simplemente se sobreponen a las normas de la sucesión intestada”.

(252) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “La defensa de la legítima material de la Compilación Aragonesa”, V, loc. y vol. cit., pp. 294 y ss. y “La legítima en la Compilación”, VI, en R.C.D., I, vol. XLIV, pp. 516 y ss.

Aunque caben en esta autorización toda clase de gravámenes, “por lo común, la disposición limitativa del ascendiente consistirá en una sustitución, semejante a la fideicomisaria de residuo con facultad de disponer *mortis causa*”... “en favor de cualesquiera persona, naturales o jurídicas” y “también podrá consistir en el establecimiento de una fundación”.

Es presupuesto de esta posibilidad no sólo el fallecimiento del legitimario gravado (como únicamente se exigió en el art. 31, n. 4 del Apéndice foral) sino de todos los legitimarios sin dejar descendencia, o el ulterior previsto de todos dichos descendientes.

3.º El proyecto de la Comisión aragonesa que elaboró el anteproyecto de Compilación añadía a ésta, en este núm. 3, a las palabras “otras limitaciones” la precisión “de tipo puramente negativo” que fue suprimida por la Comisión de Códigos, dejándolas un margen mayor de limitación.

Justa causa equivale aquí a “mayor beneficio del legitimario, cuando se trate de evitar un mal ocasionable por circunstancias que concurren en éste: mas no, simplemente, de conseguir un mayor lucro”. Es decir, puede fundarse en la excesiva juventud o carácter dilapidador del legitimario al que se impone, o en razones familiares graves (v. gr., convivencia en la casa, que se prohíbe enajenar, de los abuelos durante cuya vida se impone esta prohibición), pero no así los fundados en previsiones objetivas (posibles aumentos futuros de valor).

4.º Entre los gravámenes y prohibiciones previstas en la Compilación, deben señalarse:

— la viudedad, incluso del cónyuge de nupcias ulteriores extraño al legitimario (art. 73);

— la convención de no dividir la comunidad legal continuada (art. 60, 1.º) que no requiere *justa causa* (como en el supuesto del n. 3);

— los alimentos de los hijos naturales (art. 121, 2.º).

D) EN EL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES:

41. Hallamos en la Compilación balear algunas disposiciones aisladas referentes al tema que aquí nos ocupa. Tales:

En caso de fideicomiso universal impuesto a un legitimario, el art. 32 le permite “*enajenar y agravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos*” si se hace “*b) Para satisfacerse de su cuota legítima..., previa notificación a los legitimarios conocidos*”.

El art. 49 admite expresamente las cautelas de opción compensatoria de la legítima:

“*La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresada prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación.*”

E) EN EL DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA.

42. Las soluciones de los autores de Derecho común que hemos examinado al principio de este epígrafe fueron también compartidas, con uno u otro criterio, por los autores catalanes con las particularidades dimanantes de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1585. Conviene, por ello, que repasemos brevemente los supuestos antes examinados para ver con más claridad las soluciones recogidas por la vigente Compilación del Derecho civil especial de Cataluña.

1.º *Asignación de un contenido inadecuado para satisfacción de la legítima.*

Conforme al art. 131, § 2, ap. 2.º Comp. cat., la atribución de un contenido inadecuado en satisfacción de la legítima: "*facultará al legitimario para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponde*".

Recordemos que en Cataluña el dinero no es contenido inadecuado para que el testador ordene que se satisfaga la legítima, aunque no lo haya en la herencia, ni una cosa ajena con tal de que reúna los requisitos sin los cuales el contenido es inadecuado, como lo es cuando no se asignan bienes en *propiedad exclusiva, plena y libre*, salvo si no los hay en la herencia en estas circunstancias, o si se asignan bienes muebles de uso doméstico. Por lo cual, son inadecuados para la satisfacción de la legítima bienes en condominio, usufructo, nuda propiedad, o sujetos a gravámenes, si en la herencia hay bienes en exclusiva, plena y libre propiedad (253).

2.º *Imposición de consideraciones, términos, modos, fideicomisos, usufructos u otras limitaciones o cargas.*

43. El viejo criterio de la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32) es recogido en el apartado 1.º del art. 133 Comp. cat.

"*El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas*" (254).

(253) Cfr. "Atribución y concreción del contenido y extinción de las legítimas", II, 61, en *A.D.C.*, XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 135 y s.

(254) Estas palabras, "*y si las impusiere se tendrán por no puestas*", corresponden a la vieja norma de la *lex Quoniam in prioribus*. Es decir, no es necesario impugnar el gravamen para provocar su ineficacia, sino que ésta se produce *ipso iure*, por lo cual basta desconocerlo. Así lo habían entendido, antes de la Compilación, DURÁN Y BAS, "Memoria...", Parte 6, cap. IV, p. 200; G. M. BROCA y J. AMELL, "Instituciones del derecho civil catalán vigente", vol. II, Barcelona 1886, núm. 941, p. 430, y ROCA SASTRE, "Notas al Derecho de Sucesiones", de Kipp, vol. II, § 132, I. 2, a, pp. 315. Comentando el ap. 1.º del art. 133. Comp., LUIS MARÍA VALLET MAS, "La protección contra gravámenes cualitativos de la legítima y la cautela Socini en la Compilación catalana", III, en *R. J. Cat.*, LXXXI, abril-junio 1972, p. 261, deduce esta primera conclusión: "caso de gravámenes cualitativos sobre su legítima, la solución general que ofrece la Compilación catalana, es la de permitir al."

En confirmación de este criterio, y como aplicaciones concretas del mismo, se han aducido el art. 65, § 2.º, núm. 1.º, y § últ., respecto del usufructo universal, y el art. 187, núm. 1.º, en supuesto de sustitución fideicomisaria (255).

Como vemos son rechazados:

1.º El criterio de la compensación automática que, como otros autores de Derecho común, había admitido Cancr (256) en caso de imponerse una sustitución fideicomisaria.

Durán y Bas (257), después de observar que la legítima “ni puede afectarse con gravámenes de restitución, de servidumbre, ni de otra clase cualquiera; ni hacérsele depender de ninguna condición, ni limitarla por ningún término”, y que “tales gravámenes o modalidades por derecho romano se tienen por no escritos”, añadió: “salvo la excepción introducida en el caso previsto en la ley 12.º Código de *inoffic. testam.*”, es decir, en la ley *Si pater puellae* para el fideicomiso recíproco.

Hoy, como excepción, se ha señalado (258) que en los supuestos de los arts. 145 —renuncia por la hija dote contenta— y 30 Comp. —si se hubiese aceptado la dote obligatoria con gravámenes en el *quale* compensados por la asignación de mayor *quantum*—, cabe aducir que se produce una compensación automática. Criterio que parece avalado por la S. 1 julio 1922.

Y, 2.º La facultad de ineludible ejercicio de una opción, por la cual se entendería automáticamente renunciada *ipso iure* el exceso atribuido si se rechazaba el gravamen de la legítima. El mismo Cancr (259) así lo entendía procedente si se reclamaba la legítima libre de la sustitución fideicomisario que el causante hubiera impuesto a la total mayor atribución.

Ha prevalecido, pues, la opinión contraria que entre los autores catalanes contó con la adhesión de Fontanella (260).

legitimario desconocer el gravamen en cuanto afecta su legítima, sin necesidad de impugnarlo judicialmente para lograr su ineficacia, y pudiendo por contra admitirlo como válido y eficaz siempre que esta aceptación sea expresa o resulte de actos concluyentes”.

(255) Así lo indica VALLET MAS, loc. cit., IV, 2, p. 268, que añade el argumento sistemático derivado del carácter necesariamente expreso y voluntario que debe tener la renuncia a exigir la pureza cualitativa de la legítima, frente a la cual la compensación tácita impondrá una privación de la posibilidad de desconocer el gravamen basada en la aceptación, sin más, de la mayor atribución gravada.

(256) CÁNCER, “*Variae Resolutiones...*”, Pars. I, cap. III, n. 92, cfr. ed. Lugduni 1712, p. 77: “*pater potest gravare filium in legitima multo plus ei reliquendo*”.

(257) DURÁN Y BAS, “*Memoria...*”, p. últ. cit.

(258) Así lo estima VALLET MAS, loc. cit., pp. 270 y ss.

(259) CÁNCER, op. y loc. cit., n. 37 (p. 70). Este criterio fue seguido en el pasado siglo por VICENTE GIBERT, “*Teórica del Arte de Notaría*”, II parte, tít. VIII, § único *in fine*, cfr. 3.º ed. Barcelona 1875, p. 267, y G. M. BROCA y J. AMELL, op. y vol. cit., § 741, pp. 430 y s.

(260) FONTANELLA, “*Tractatus de pactis nuptialibus...*”, Cl. IV, Glos. XIX, Pars. I, n. 39 (cfr. ed. Lugduni 1667, t. I, p. 469). Después de la compilación, y analizando sus preceptos, VALLET MAS, loc. cit., III, pp. 261 y s.,

En cambio, conforme a la opinión de los más preclaros autores catalanes (261), se admite la posibilidad de que el testador imponga cautelas de opción compensatorias de la legítima. Así, el apartado 2.º del mismo art. 133 Comp. cat. dice:

“No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta, con la expresa prevención de que si el legitimario no acepta limitaciones se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, facultará a aquél para optar entre aceptar dicha disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya sólo la legítima libre de ellas. La aceptación de la disposición implica la de las cargas o limitaciones impuestas.”

Faus Esteve y Condomines Valls (262) comentaron: “El artículo 133 traduce la norma de la llamada cautela Socini. En todos los testamentos, pero especialmente en los de las ciudades, aparece con gran frecuencia el legado de usufructo universal y vitalicio a favor del cónyuge y la herencia en nuda propiedad y en partes iguales o desiguales a los hijos. Si la disposición no añade otra cosa, cualquiera de los hijos puede y debe obtener que la porción del valor de los bienes hereditarios que deba serle atribuido en concepto de legítima propia se le entregue de modo íntegro e inmediato liberándolo del usufructo que corresponde al viudo o viuda. Aunque ello es inevitable, el testador puede disponer que si el legitimario no acepta las limitaciones a que se refiere el mismo artículo 133 se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, con lo cual el legitimario se encuentra frente a una opción que libremente ejerce y que en la mayoría de los casos conduce a respetar el íntegro usufructo”.

F) EN EL DERECHO FORAL DE VIZCAYA.

44. En el Fuero de Vizcaya la ley VII del título XXI lleva como epígrafe: *“En qué caso se puede poner gravamen a los hijos”*,

concluye que no cree aceptable que el hijo deba renunciar al legado gravamen cualitativo en cuanto al exceso de su legítima, para exigir o retener ésta a su completa y libre disposición: “puesto que ni el art. 133 de la Compilación ni sus preceptos concordantes lo exigen, ni creemos que sea compatible con la indivisibilidad de la aceptación, ni tampoco con las facultades que al causante atribuye el art. 122 de la misma Compilación o con el sistema legitimario catalán de actuación meramente negativa o de freno”. Por eso, estima que “a falta de previsión por el testador, siempre que la legítima venga gravada por el causante en el *quale*, el legitimario podrá desconocer este gravamen en cuanto afecte a su legítima, sin perjuicio de hacer suyo, si lo hay, el exceso de la atribución”.

(261) Cfr., entre los modernos, TOMÁS FONTOVA Y ESTEVE, “La llegítima dels fills a Catalunya”, en *R. J. de Cat.*, XX, enero-febrero 1914, p. 133; JOSÉ PELLA Y FORGAS, “Código Civil de Catalunya”, vol. III, Barcelona 1918, art. 1873, p. 266 y s.; ANTONI M.º BORRELL I SOLER, op. cit., vol. V-2.º, § 504, 418, y s.; ROCA SASTRE, “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho sucesorio”, en *An. A. Matr. del Not.*, vol. I, p. 470, “Estudios...”, vol. II, cap. V, pp. 175 y s. y *Notas* al “Derecho de sucesiones” de Kipp, § 132, V, vol. II, p. 318.

(262) RAMÓN FAUS ESTEVE y FRANCISCO DE ASÍS CONDOMINES VALLS, “Compilación del Derecho Civil de Cataluña”, Barcelona 1960, pp. 81 y s. Cfr. en especial, el cit. estudio de VALLET MAS, IV, pp. 262 y ss.

y en su parte dispositiva declara: "Que havian de Fuero, y que establecían por Ley, que los Padres, a otros, qualesquier disponentes en vida, o en muerte, no pueden poner en perjuicio de la legítima, y de lo que se debe a aquellos en quien la tal disposición se hace gravamen alguno, vínculo, sumisión, ni restitución en aquella tierra raíz, con que hacen la dicha apartación, y exclusión: Porque la tal tierra de apartación, sucede en lugar de la legítima, y de los bienes debidos: Y si lo pusieren no valga, y sea como si no lo huvieran puesto. Pero, si los tales Padres, o otros cualesquier disponentes en vida, o en muerte (allende la tierra de la tal apartación) dieren, donaren, o mandaren a los tales Hijos, o Hijas, o otros cualesquiera, alguna suma de maravedís en cuanto quier cantidad que sea, o otros cualesquier bienes muebles, rayzes, semovientes, derechos, y acciones (aunque sean para dote, o donación, proteruncias, o arras de los tales Hijos, o Hijas, o descendientes, o profincos, o otros cualesquiera apartados) valga, y haya lugar cualquier vínculo, sumission, restitución, o otro qualquier gravamen, y disposición, que los tales Padres, o disponentes en vida, o en muerte pusieren, y dispusieren en los dichos maravedís, y bienes dados, o dexados; allende la tierra rayz de tal apartación".

Al interpretar este texto algunos autores (263) han atendido a que la prohibición de poner gravámenes a la tierra de apartación fue establecida en esta ley como ampliación del impedimento que tenía el heredero principal, equiparándose a la legítima la tierra de apartación.

El P. Chalbaud (264) había observado que de la letra de esta ley podría deducirse que a quien sólo se le deja algo además de la tierra de apartación se le puede gravar el exceso, tanto más ha de poderse gravar al que se le deja toda la herencia; pero opinó que debe rechazarse esa interpretación respecto a los bienes troncales, ya que haría ilusoria su sucesión forzosa, a no ser que los gravámenes se establecieran a favor de la propia descendencia.

La opinión prevalente (265) ha estimado, partiendo del criterio expuesto por el P. Chalbaud y de su armonización con las leyes 14 y 18, tít. XX y la 5, tít. XXI, que los gravámenes respecto de los bienes raíces sólo pueden ponerse en favor de otros herederos forzosos del propio grupo, pero no de personas extrañas.

(263) En este sentido cfr. ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, "Variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína", en Estudios de Deusto, VI, 11, enero-junio 1958, pp. 155 y ss.; JOSÉ MARÍA ESJAVIERRÍA, "El apartamiento en el Fuero y en la Compilación del Derecho civil de Vizcaya", en "Estudios de Deusto, VII, 14, julio-diciembre 1959, nota 45, p. 435. Cfr. nuestras notas críticas "Los trabajos de Angel Sánchez de la Torre acerca de la troncalidad, abintestato y legítima vizcaína", II, en A.D.C., XIII, I, enero-marzo 1960, pp. 217 y s.

(264) LUIS CHALBAUD Y ERRAZQUIN S. I, "La troncalidad en el Fuero de Vizcaya", IV, Bilbao 1898, pp. 64 y ss.

(265) Cfr. RODRIGO JADO Y VENTADES, "Derecho civil de Vizcaya", II Parte, Sec. III, § I, pp. 355, y JOSÉ DE SOLANO Y POLANCO, "Estudios Jurídicos del Fuero de Bizcaya", cap. V, Bilbao 1918, p. 270.

Esta solución es la que ha sido recogida en el art. 27 de la Compilación vizcaína:

“No podrá imponerse a los hijos, descendientes o ascendientes legítimos sustitución o gravamen que exceda del quinto de los bienes, a no ser en favor de otros herederos forzosos.”

“Tampoco podrá imponerse sustitución o gravamen sobre bienes troncales sino a favor de otro heredero tronquero.”

45. Entre los autores de *Droit coutumier* se planteó en Francia, el problema de si el heredero legitimario a quien el testador no le atribuyó los bienes troncales o “*propres*” que le correspondían, sino bienes no raíces o “*adquets*”, podía conservar éstos y reclamar aquéllos o bien debía optar por recibir unos u otros (266). No sabemos que por la doctrina—excepto unas observaciones que en otra ocasión hicimos (267)—ni por la jurisprudencia haya sido planteado un problema análogo para Vizcaya.

Supongamos un vizcaíno que viva fuera de Vizcaya, o bien en una villa, y que tenga en la tierra llana o infanzona un caserío troncal y además sea titular de una pingüe fortuna en bienes no troncales. En su testamento instituyó heredero a su único hijo y legó el caserío troncal al casero que se lo cultivaba. Así planteado el caso, busquemos la solución. Sin duda, el hijo podrá reclamar el caserío, pero, en este caso, ¿deberá abandonar todos los bienes disponibles al legatario?, ¿deberá abandonárselos tan sólo en cuanto al montante del valor del caserío reclamado?, ¿deberá compensar al legatario en dinero el valor de este caserío en cuanto no exceda del valor de los bienes disponibles recibidos?, o bien ¿no tendrá por qué abandonar ningún bien disponible al legatario ni compensarle en forma alguna?

En primer lugar, hay que tener en cuenta la interpretación del § 2.º del art. 863 C. c.—aplicable subsidiariamente a la tierra aforada vizcaína— que ha predominado. Esta interpretación admite, con carácter facultativo para el heredero, la posibilidad de satisfacer en su justa estimación el legado de cosa ajena. Ello elimina los inconvenientes objetados por Dufresne y Pothier al temperamento de Ricard, en el *Droit coutumier* (268) y hace que aquí nos

(266) Cfr. nuestro estudio de las opiniones de DUMOULIN, LALANDE, RENUSSON, LEBRUN, FURGOLE, DUFRESNE, RICARD, POTHIER, en “Cautelas...”, I, A. d, β, loc. cit. pp. 451 y ss.

(267) *Ibid.*, γ, pp. 456 y s.

(268) Entre la opinión de que los herederos reservatarios podían reclamar hasta los cuatro quintos de los *propres* sin necesidad de abandonar la parte disponible y la contraria que exigía este abandono para aquella reclamación, JEAN MARIE RICARD (“*Traité des donations entre vifs et testamentaires*”, 3.ª Parte, cap. X, Sec. I, nn. 1443 y ss., cfr. ed. París 1754, vol. I, pp. 764 y ss.), propuso el temperamento de que el heredero que quisiera retener los cuatro quintos de los *propres* legados no se le pudiese obligar a que abandonase a los legatarios todos los bienes disponibles, sino tan sólo en la parte concurrente con el valor de los *propres* que retuviese, o bien a que abonase a los legatarios en metálico la estimación de éstos. DUFRESNE (“*Journal des Audiences*”, libr. II, cap. 42) y, siguiendo su argumento,

resulte más equitativa la solución de imponer al heredero troncal, siempre que reclamase el bien raíz legado a un extraño, que entregue a éste bienes disponibles equivalentes al valor del bien troncal reclamado, o bien que le satisfaga la justa estimación de éste.

En segundo lugar, aun en caso de que el heredero troncal no haga uso de esta facultad solutoria y acate la disposición testamentaria que atribuye a un extraño el bien troncal, no puede olvidarse que rige en Vizcaya un retracto gentilicio, regulado actualmente en el Título VIII de la Compilación (arts. 51 a 59) y que nos parece perfectamente aplicable en este caso. Aun cuando este derecho de compra de los tronqueros sólo nace en caso de transmisión onerosa, no hay que olvidar que en nuestro caso, si bien hay una disposición gratuita del causante, ésta no es válida, y sólo se convalida porque la acepta el heredero, quien prefiere convalidar dicha disposición inválida que compensar al legatario con su equivalente en los bienes disponibles que recibe liberalmente o en su justa estimación —como estaría obligado en caso de reclamar el caserío—. Hay, pues, en esta convalidación una compensación onerosa de la disposición otorgada inválidamente por el causante, con la contraprestación que hubiese correspondido al legatario, si el heredero hubiere optado por reclamar el bien raíz que legalmente le correspondía. Compensación que —creemos— debe dar lugar, en justicia, al derecho de compra de los tronqueros.

En todo caso, para evitar las dudas de la solución compensatoria propuesta, parece aconsejable que el testador emplee una cautela de compensación legitimaria, parecida a la aconsejada por Pothier: “Lego a mi casero A el caserío N, y si mis herederos troncales no lo quisieren, lego a aquél tales bienes disponibles”, o “su estimación en tal forma” (269).

III. REDUCCION DE LEGADOS INOFICIOSOS

A) EN EL DERECHO ROMANO Y COMÚN.

46. La reducción de los legados excesivos discurrió en el Derecho romano por dos cauces diversos:

I) Uno, el de la acción de suplemento de legítima, cuando subsidiariamente puede dirigirse contra los legatarios, según hemos visto antes (270), para el supuesto de haberse dejado a un legitimario menos de lo que en dicho concepto le correspondiera.

POTHIER (“Coutumes des Duchê, Baillage et Prévoté d’Orleans”, Intr. al tít. XVI, Sec. IV, § 2.º, n. 55; cfr. *Oeuvres de Pothier*, vol. XVI, ed. París 1825, p. 317) observaron la incompatibilidad de este temperamento con el criterio de derecho reflejado en la imposibilidad de que el heredero gravado con legado de cosa propia pudiera facultativamente librarse de satisfacerlo dando en su lugar su estimación, que sólo era debida subsidiariamente con respecto a la cosa suya legada.

(269) POTHIER, loc. últ. cit.

(270) Cfr. *supra*, n. 3.

II) Otro, anterior a la misma existencia de la legítima, amparado en la ley Falcidia, para el supuesto de habersele instituido en cuota hereditaria suficiente, pero gravado con legados que la redujeran en más de tres cuartas partes de su haber hereditario.

Es sabido que la *lex Falcidia*, tuvo la finalidad inicial y principal de asegurar la aceptación del heredero y con ella la eficacia del testamento, salvando a los legados de la caducidad que les deparaba la repudiación del heredero (271). Fue dictada en tiempos del Triumvirato, el año 714 de la fundación de Roma, 40 antes de Cristo. El senadoconsulto *Pegasiano* la extendió a los fideicomisos, en el año 75 de nuestra era, siendo emperador Vespasiano (272), y esta cuarta respecto de los fideicomisos universales tomó el nombre de *Trebellianica*.

No obstante esta diversa finalidad, prácticamente la aplicación de la Falcidia a favor del legitimario instituido *ex asse*, impedía que éste ejercitara la querella y, más tarde, la *actio ad supplementum* cuando surgió esta acción, pues una y otra sólo se daban subsidiariamente (*ultimarum adiutorium*) (273) al heredero forzoso que por ningún otro concepto pudiera obtener el mínimo debido.

El pasaje V, 1 de las *Epístolas* de Plinio lo indica, además de mostrar la influencia que la Falcidia tuvo en la fijación de la legítima en una cuarta parte: “¿Tendrás tú derecho a quejarte si tu madre te hubiera instituido en una cuarta parte?, ¿o bien, si te hubiese instituido en el todo encargándote de tantos legados que no te hubiera quedado más que una cuarta parte?” (274). De ahí que a veces, para expresar que la legítima había quedado salvaguardada, se dijera que se había recibido la falcidia. Como Ulpiano en el fragmento 14 de su libro XIV *ad Edictum*, recogido en Dig. V-II, 8, § 9: “quis ex asse heres institutus est, ideo non potest, dicere inofficiossum, quia habet Falcidiam”, y § 11, que excluye la querella por parte de quien había recibido la falcidia por imputación de los frutos percibidos por el heredero gravado.

Empléase el nombre de esta cuarta también para expresar la legítima en la legislación posclásica y en la Justiniana (275), como

(271) Cfr. FRANCO BONIFACIO, “Ricerche sulla lex Falcidia de Legatis”, I, nn. 1 y ss., Nápoles, 1948, pp. 3 y s.

(272) Cfr. WINDSCHEID, “Diritto delle Pandette”, § 650, nota 1, vers. italiana de Torino 1925, vol. III, p. 477; GIRARD, op. cit., L. III, V, tít. III, sec. I, § 1, p. 976; SOHM, op. cit., 102, p. 584; BIONDO BIONDI, “Sucesione testamentaria e donazioni”, n. 143, Milano 1943, pp. 381 y ss.; FRANCO BONIFACIO, op. cit., n. 1, pp. 3 y ss.

(273) Cfr. GIRARD, op. cit., lib. III, V, tít. I, cap. III, sec. II, I, pág. 918, nota 1, donde refiriéndose a la querella y apoyándose en la sentencia de PAULO, 4, 5, 5, indicó que no podía utilizarla el legitimario instituido *ex asse*, puesto que tenía derecho a la cuarta Falcidia respecto de los legados y a la cuarta Pegasiana respecto de los fideicomisos.

(274) Cfr. MAYNZ, op. cit., § 390, nota 15, cfr. ed. cit., vol. III, p. 406.

(275) Lo han hecho notar: PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, “Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano, comparado con el Español”, lib. II, tít. XVIII, 3; cfr. 4.ª ed. Madrid 1869, vol. I, p. 475; MAYNZ, op. y vol. cit., § 391, nota 1, vol. cit., p. 415; BIONDO BIONDI, op. cit., 146, p. 393.

se observa en el Codex Theodosianum (16, 8, 28) y en la Constitución de Justiniano del año 528, recogida en el Codex III-XXVIII, 31. Y en la Alta Edad Media, como han observado algunos autores (276), en diversas leyes romano bárbaras *quarta* y *falcidia* se identifican en significar la legítima.

Biondi (275) concluyó que en el Derecho justiniano existieron dos aplicaciones de la *falcidia*: una que comportaba la reducción de los legados a favor del legitimario y que era inderogable; y la otra a favor del heredero voluntario, que el testador podía excluir.

La superposición de legítima y de la *falcidia* o la *trebellianica* derivó de una interpretación canónica aplicada a los fideicomisos condicionales en los caps. Raynutius 16 y Raynaldus 18, del tít. XXVI, Lib. III de las Decretales, que estaba fundada en una idea que fue calificada por Windscheid (278) de completamente extraña al Derecho romano, como se trasluce en los preámbulos de ambos capítulos al separar la deuda, o *tercia* de derecho natural, y la *Trebellianica*.

Aquella vieja relación entre legítima y *falcidia* o *trebellianica*, sin la modificación canónica, se observa en el Tít. XI de la Quinta Partida.

a) Su ley 1 señala su paralelismo: “*Falcidia* es llamada en latín, la *quarta* parte de la herencia, que deue auer el heredero extraño... “Mas si los herederos fuessen de los que descenden, o suben por la liña derecha del fazedor del testamento, estonce deuen auer la su parte legítima” (279).

b) La ley 2, en su penúltimo apartado, en el cual, hablando de la *falcidia*, dice “puede el heredero sacar la su parte legítima”.

c) La ley 4, al señalar cuáles son las mandas que “non duen ser menguadas por razón de la *Falcidia*”, después de decir “Sacar pueden los herederos de las mandas la su *quarta* parte legítima a que llaman en latín *Falcidia*, assi como de suso mostramos”, e indicar entre aquéllas: las mandas piadosas y de beneficencia, ex-

(276) NINO TAMASSIA, “La *falcidia* nei piu antichi documenti del medio evo”, cfr. en “Scritti di Storia Giuridica”, vol. III, Padova 1969, pp. 603 y ss. Véase en su § 2, pp. 626 y ss., su comprobación en la “Lex Romana Burgundionum” o “Papiano” y, seguidamente, en documentos francos de la época y en la Ley retico-coirensis en la que se da el nombre de *Falsicia* a la cuarta parte reservada a los herederos forzosos. En su § 3.º, pp. 639 y ss., lo comprueba también en las fuentes y documentos italianos hasta llegar a los siglos X y XI, después de los cuales el renacimiento romanístico deparó la renovación de las fórmulas en los documentos.

(277) BIONDI, op. cit., n. 146, p. 393.

(278) WINDSCHEID, op. cit., § 652, nota 5, ed. y vol. cits., p. 483.

(279) GREGORIO LÓPEZ al glosar estas últimas palabras, gl. 4, 1, tít. XI (cfr. ed. y vol. cits., p. 654) explicó: “Manifiesta claramente esta ley, que el hijo no puede deducir a la vez la legítima y la *falcidia*; en efecto, así resulta de la partícula *más*, equivalente a *sed*, palabra que así en puntos de hecho como en los de derecho, indica *contraposición*”. De modo “que en todo caso se dará únicamente lugar a la detracción de una cuarta”. Aunque añade: ...“a no ser que al hijo se le hubiese gravado de restitución condicionalmente...”, con lo que este comentarista aludió a la solución canónica que luego examinaremos.

cluye: "Fueras ende, si el heredero fuesse de los que descenden, c suben por liña derecha del testador. Ca estos atales en todas guisas deuen auer la su parte legitima, e non gela pueden embargar por tales mandas como sobredichos son, ni por otra manera ninguna" (280).

d) La ley 7 al declarar que si los herederos no hubiesen hecho inventario, "non podrían sacar la falcidia", excluye: "Fueras ende, si los herederos fuessen de los que descenden, o suben por la liña derecha de los fazedores de los testamentos. Ca estos atales deuen auer la su parte legitima".

47. Ha sido subrayado que mientras las leyes Furia y Voconia iban dirigidas al legatario a quien le producían una *incapacitas* (281), la ley Falcidia se refería al testador, limitándole su *testamenti factio* en una cuarta parte (282), tal como resulta de la explicación de Paulo al comentar que "liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem" (283). Pero esta calificación no pudo mantenerse a partir del momento en que fue permitido al testador excluir la aplicación de la falcidia (284) en aquellos casos en los cuales el heredero no fuese un legitimario (285), pues en el supuesto de serlo seguía siéndole aplicable.

De tal limitación de facultad dispositiva, se deducía la nulidad *ipso iure* de los legados en lo que excedieran de la medida admitida (286), que muestra Gayo, en su libro XVIII *ad Edictum provinciale* (Dig. XXXV-II, 73, § 5), al explicar que "pro rata portione per legem ipso iure minuuntur" (287). Esa nulidad, tratándose de un legado *per vindicationem* de cosa divisible, daba lugar a que el legatario sólo adquiriese la propiedad de tres cuartas partes, mientras

(280) Glosando las palabras "la su parte legítima", GREGORIO LÓPEZ (gl. 22 h.t., ed. y vol. cit., p. 660) señala que, conforme la ley *Quoniam in prioribus*. Cod. III-XXVIII, 36, pr., las legítimas de los demás hijos no sufren jamás disminución por la falcidia del heredero.

(281) Así, BIONDO BIONDI, op. cit., n. 54, pp. 134 y ss.

(282) BIONDI, op. cit., n. 144, p. 384 y BONIFACIO, op. cit., 1, n. 2, pp. 5 y ss.

(283) Dig. XXXV-II, 1, pr.

(284) Es de notar que la antigua función de la falcidia había perdido su base principal, desde que no fue necesariamente requerida la aceptación del heredero para la eficacia de los legados, y que, a consecuencia de las numerosas excepciones que, aún en el caso de renuncia de aquél, mantenían la eficacia de éstos —en especial por el uso de la cláusula codicilar— ya no resultó absurda, como lo habría sido en el *ius civile*, que la eficacia de un testamento quedara circunscrita sólo a los legados. Ello explica que fuera admitida la exclusión de la falcidia por disposición del causante (cfr. BIONDI, op. cit., 146, pp. 392 y s. y BONIFACIO, op. cit., 1, n. 12, pp. 34 y s.)

(285) Cfr. BIONDI, loc. últ. cit., p. 393.

(286) BIONDI, n. 144, p. 384.

(287) Algunos autores, como CUCIA (*L'expressione mortis causa*, Nápoles 1910, p. 76) han sostenido que la expresión *ipso iure* fue interpolada por los compiladores, pues al jurista clásico le debía bastar la expresión *per legem*. Objeción meramente formal, pues esta última expresión también estaba para justificar igualmente el resultado de la nulidad plena del legado en la parte que excediera del límite, como ha subrayado BONIFACIO (1, n. 3, p. 10).

que la otra cuarta parte quedaba en la herencia, y a que, en caso de ser *per damnationem* el legado, el legatario sólo tuviera acción por tres cuartas partes. Por lo cual, el heredero podía ejercitar contra el legatario la *vindicatio pro parte* de la cosa divisible; y, en caso de haber pagado totalmente el legado *per damnationem*, disponía de la *condictio indebiti* si su error no fue de derecho e inexcusable (288). De tratarse de legado *per vindicationem* de cosa indivisible, que, por razón de la falcidia, había sido totalmente nulo en el *ius civile*, se estimó válido por el *ius praetorium*, concediéndose al heredero para obtener su cuarta una *exceptio doli* (289), o una *actio in factum* (290), y se trasladó su derecho de la cosa a la *aestimatio* (291).

La ley 2, tít. XI de la 5.^a Partida, al tratar de cómo se puede sacar la falcidia, concluye afirmando: “e de todo lo al que fuere, puede el heredero sacar la su parte legítima, en esta manera: que si aquella cosa de que fué fecha la manda, fuere atal, que se pueda partir sin daño, e sin mal estança della, deue el heredero tomar della su parte: mas si fuese cosa que non pudiesse partir, asi como sieruo, o cauallo, o libro, o otra cosa semejante, estonce deuenla apreciar, e del precio della deue tomar el heredero la su parte. E si el heredero quisiesse tomar su parte en una cosa apartadamente, que fuesse mandada a otro, non lo pueda fazer, si non fuere con plazer de aquel a quien fue mandado”.

B) EN EL DERECHO DE CASTILLA.

48. En el Derecho Real de Castilla se discutió si persistía la aplicación de la falcidia y la trebelliánica.

En términos generales, algunos autores (292) entendieron que la ley 1, tít. 4, libr. 5 del Ordenamiento de Alcalá, que pasó con igual numeración de ley, título y libro a la Nueva Recopilación y como ley 1, tít. 18, libr. 10 a la Novísima, había eliminado la razón de ser de la falcidia al ordenar la validez de las sustituciones y legados, aunque el heredero renunciara a la herencia, y disponer respectivamente que, en estos casos, “el substituto o substitutos, lo puedan auer todo” y “vala el testamento en las mandas y en las otras cosas”. Pero en el

(288) Cfr. BIONDI, loc. últ. cit. y BONIFACIO, op. cit., 3, pp. 63 al final.

(289) Dig. XXXV-II, 16 (SCAEVOLA, lib III *Quaest.*)

(290) Dig. XXXI-único, 77, § 2 (PAPIANO, Respuestas, lib. VIII).

(291) Dig. XXXI-único, 1, § 9, y 80, § últ. Cfr. BIONDI, loc. últ. cit., p. 385. Se discute si es clásica o sólo justiniana esta traslación del objeto del derecho de la cosa a la *aestimatio*, y se ha afirmado que los compiladores interpolaron los textos clásicos que se refieren a ella (cfr. BONIFACIO, op. cit., 1, nn. 7 y ss., pp. 16 y ss.).

(292) En este sentido ANTONIO GÓMEZ, “*Variae...*”, lib. I, cap. XI, n. 11, vers. “*Ex qua l. regia inferas*” (ed. cit., p. 161) estimó que no había lugar a la *quarta legis Falcidia*, aunque sí a la *Trebellianica* en el fideicomiso universal, por opinar que para la validez de éste se requería la aceptación del heredero gravado. También consideraron que no era de aplicación la falcidia: DIEGO SPINO, op. cit., gloss. VIII *principalis*, nn. 88 a 91 (ed. cit., pp. 410 y ss.) y JERÓNIMO DE CEVALLOS, “*Speculum Practicarum et Variarum Quaestionum*”, quaest 30 (cfr. ed. Toleti 1599, p. 90).

Siglo XVI predominó entre los autores (293) la opinión contraria, basada esencialmente en que seguían vigentes otras razones que también fundamentaron la aplicación de esa cuarta, como la de evitar la injuria de dejar intestado al causante y la de procurar que el heredero obtuviera algo más que el nombre: "*Ca desaguisado seria haber nome de heredero, e non le venir, ende pro ninguno*", como dijo el proemio del tít. XI de la Partida 6.^a

En especial, se puso sobre el tapete su relación con la legítima. Tema en el cual una primera cuestión se refirió a la posibilidad de su duplicidad, es decir, a si cabía la posibilidad de detraer legítima y falcidia o legítima y trebellianica. Algunos autores (294) entendieron que no era posible deducirlas simultáneamente, sino que únicamente cabía deducir la legítima a la muerte del causante y llegado el día la trebellianica tratándose de un fideicomiso condicional o a término. Pero, conforme entendió Gregorio López (295) en sus glosas a las leyes 12 del tít. V y 1.^a del tít. XI de la 6.^a Partida, éstas habían rechazado en todos los casos la detracción por un mismo heredero de la legítima y de la trebellianica o la falcidia; y más claramente "las leyes del Fuero y de Toro, por las que el padre puede disponer libremente del quinto, y del tercio aquél que no tiene des-

(293) GREGORIO LÓPEZ dio por sentado que no había quedado derogada la falcidia, como expone especialmente en su glosa a las palabras "*la su parte legítima*" de la ley 1, tít. XI, 6.^a Partida o gl. 4 h.t. (cfr. ed. cit., p. 655, col. 1), e igualmente COVARRUVIAS, "In tít. De Testamentis...", cap. *Raynutius* 16, n. 5 (cfr. "Omnium operum", vol. II, ed. Lugduni 1584, p. 94) y DIEGO RODRÍGUEZ DE ALVARADO, "De coniesturata mente defuncti ad methodum redigendo", lib. IV, cap. I, n. 22 (ed. Hispali 1528, fol. 152). Sostuvieron polémicamente la vigencia de falcidia y trebellianica, contra la opinión de ANTONIO GÓMEZ, y a favor de la sostenida por ANTONIO DE PADILLA, al comentar la l. *Eam quam*, n. 109, Cod. De fideicommissis, entre otros autores los siguientes: MARCOS SOLÓN DE PAZ, o sea, BURGOS DE PAZ, "Ad leges Taurinas insignes commentarii", Lex III, Pars I, nn. 962 y ss. (cfr. ed. Pinciae 1568, fol. 298 vto. y s.), MATIENZO, op. cit., lib. V, tít. IV, gl. XV, n. 18 (fol. 100), el Dr. LUIS DE MOLINA MORALES, "De Hispanorum", lib. I, cap. XVII, n. 10 (cfr. Novae ed. Lugduni, p. 161), el P. LUIS DE MOLINA, S. I., op. cit., Tract. II, Disput. CCXIII, n. 3 (ed. cit., vol. I, p. 494), ALFONSO DE AZEVEDO, op. cit., lib. V, tít. V, ley I, n. 121 (ed. cit., vol. III, p. 110), ANTONIO PICHARDO DE VINUESA, "Commentaria in IV Institutionum Imperatoris Iustiniani Libros", lib. II, tít. XXII, nn. 33 y ss. (cfr. ed. renovata última, Lugduni 1671, vol. I, pp. 242 y s.), JUAN YÁÑEZ PARLADORIO, "Rerum Quotidianarum", lib. I, cap. XI, n. 2 (cfr. "Opera Jurídica", Novae Editio, Colloquia Allobrogum 1761, p. 49), JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, "De usufructu", cap. LX, nn. 11 y ss., en "Quotidianarum Controversiarum Iuri" (cfr. ed. Lugduni 1667, vol. I, p. 226).

(294) Así, ANTONIO GÓMEZ, "Opus... super legibus Tauri", lex III, n. 82 (cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 18 vto.) y COVARRUVIAS, loc. cit., n. 3 (p. 94).

(295) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ., ley 12, tít. V, o gl. 116 h.t., pp. 501 y s. y gl. a las palabras "*la su parte legítima*" de la ley 1, tít. XI, 6.^a Partida, o gl. 4 h.t. (pp. 654 y s.). En igual sentido, BURGOS DE PAZ, n. 972 (fol. 299 vto. y s.), PARLADORIO, loc. cit., n. 4 (p. 49), el Doctor LUIS DE MOLINA MORALES, loc. cit., nn. 7, 13, y 14 (pp. 160 y ss.). Criterio que, según DIEGO GÓMEZ CORNEJO, en su adición al n. 80 de los Comentarios de su abuelo ANTONIO GÓMEZ a la ley 3 de Toro (cfr. ed. Antuerpie 1624, p. 46), ya lo había sostenido ANTONIO DE PADILLA, al comentar la Auth. *Res quae*, Cod. De comm. leg., n. 33.

endientes y sólo ascendientes legítimos". De ese modo, a quien le fue legado el quinto, no le podían detraer los hijos herederos la cuarta parte del mismo; ni tampoco el ascendiente heredero podía detraérsela (296) a quien se le legó un tercio, y ni siquiera puede detraérsele al hijo mejorado en el tercio y no instituido heredero (297).

Como dijo el Dr. Luis de Molina (298), apoyándose en las leyes 17 y 27 de Toro, con relación a los descendientes, y en la 6, también de Toro, respecto de los ascendientes legitimarios: "Cum igitur leges illae permitant parentibus tertii et quinti praelegatum facere, et filiis in praedictum ascendentium, tertiam hereditatis partem praelegare; certum est, quod non posset parens integrum tertium et quintum praelegare, nec earundem legum beneficio uti, si ex eo heres institutus posset quartam Trebellianicam detrahere; nec etiam filius tertiam hereditatis partem donare, aut praelegare posset; immo id esset contra earundem legum sensum, ac verba".

Más exactamente pudo decirse que, tratándose de descendientes y ascendientes, la legítima ocupaba el lugar de la falcidia y de la trebelliánica, a efectos de reducir los legados y fideicomisos que en conjunto superaran, no ya de los tres cuartos, sino de la parte disponible. Así vemos a varios autores castellanos tratar simultáneamente de la reducción de legados y fideicomisos tanto por razón de dichas cuartas como de la legítima del instituido heredero (299).

Por eso el Dr. Luis de Molina (300) distinguió la "Falcidia propria sumpta" y la "Falcidia generaliter sumpta quatenus legitimam comprehendit". En este segundo sentido es empleada la palabra falcidia en la ley 6, tít. XI, Partida 6.ª, cuando limita la eficacia de la prohibición impuesta por el testador de detraer la falcidia si era impuesta a "aquellos herederos que non suben, ni descenden de la línea derecha del testador"; por lo cual la ineficacia de dicha prohibición debió estimarse circunscrita a quienes no fueran legitimarios.

Por ello, también, a la inversa, las leyes 4 y 8 del mismo título y Partida llama legítima a la falcidia de los hijos, como notó Grego-

(296) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. l. 12, tít. V, 6.ª P.; BURGOS DE PAZ, loc. últ. cit., n. 972, fol. 299 vto. y s.; DR. LUIS DE MOLINA MORALES, loc. últ. cit., n. 8, pp. 160 *in fine* y 161.

(297) Estudió así esta cuestión PETRUS DE PERALTA, l. *Cum autem*, ff. *Delegatis* 2, n. 17, p. 136 en rel. n. 14, p. 133. Opinión a la que se refiere RODRÍGUEZ DE ALVARADO, loc. cit., n. 23, *in fine* fol. 152 vto. También el Dr. LUIS DE MOLINA, loc. últ. cit.

(298) Dr. LUIS DE MOLINA MORALES, loc. últ. cit., n. 8, pp. 160 y ss.

(299) Así COVARRUVIAS, op. cit., Cap. *Raynutius* 16, § XI, nn. 4 y 9 (pp. 93 y 94) y VÁZQUEZ DE MENCHACA, "De successionem creatione", lib. I, § VIII, n. 17 *in fine* (vol. cit., p. 112), que se refieren respectivamente a supuestos en los cuales la trebelliánica no puede satisfacerse con frutos percibidos, ni prohibirse directa ni indirectamente, y los casos en que no se pierde la falcidia por falta de inventario, que son aquellos en los cuales sus beneficiarios son descendientes de primer grado que mediante ellas perciben o completan su legítima.

(300) Dr. LUIS DE MOLINA, loc. últ. cit., n. 24, p. 162.

rio López (301). En cambio, el Dr. Molina (302) entendió que “sed verius est legem illam in hac parte, sicut in pluribus aliis, legitimam cum Falcidia confundere”, considerándola referida en ella a la legítima debida a descendientes o ascendientes y no a la falcidia o a la trebelliánica, de las cuales podía prohibirse su detracción a los descendientes y ascendientes de ulterior grado que no fueren legítimos.

Quizá fue con este último punto de vista, que Parladorio (303) enunció que: “Liberis aut parentibus institutis, lex Falcidia, et senatus consultum Trebellianum, hodie apud nos locum habere non possunt”.

49. Lo cierto es que la falcidia y la trebelliánica, que habían salvaguardado la legítima romana clásica e hicieron innecesario en sus respectivos supuestos, primero el ejercicio de la *querella* y luego el de la *actio ad supplementum*, abrieron paso a la reducción de los legados y fideicomisos que lesionaran las legítimas. Incluso siguieron aplicándose al aumentar éstas a cuantías diversas de la cuarta parte, para cuya protección fue aplicado el mismo remedio que con la falcidia se había establecido.

Así, el último apartado de la ley 2, tít. XI, 6.^a Partida, que antes hemos transcrito y que habla precisamente de “sacar la su parte legítima”, ahonando el supuesto de que la cosa legada no se pudiese partir, dispuso que “entonce deuenla apreciar, e del precio della deue tomar el heredero la su parte”. Gregorio López (304) glosó: “Hecho el justiprecio, el heredero requerirá al legatario para que se le satisfaga la parte correspondiente; y no verificándolo éste, tendrá primero la excepción de dolo, si fuere convenido para el pago de la manda, l. 1, § 9, y l. 80, § últ., D. *ad leg. falcid.*”.

Pero aquí se interfirió la ley 19 de Toro, que permitió al padre, o a la madre “señalar en cosa cierta, o en parte de su hacienda el tercio e quinto de mejoría”, con el límite de que “no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte”. Y como sea que la ley 20 excluyó la opción del heredero de pagar en dinero el valor del tercio y quinto —calificados como legados parciarios— y ordenó que se satisficiera “en las cosas que el testador oviere señalado” se planteó cómo debía efectuarse la reducción del exceso de la mejora.

Los autores castellanos que se ocuparon de esta cuestión (305)

(301) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “en la su parte legítima”, de la ley 8, tít. XI, 6.^a Partida, gl. 49 h.t. (p. 674): “y no es extraño que se la llame legítima, pues que también se la designa con este nombre, como se ve por la ley 4 de este título”.

(302) Dr. LUIS DE MOLINA, loc. y núm. últ. cit.

(303) PARLADORIO, op. y cap. cits., n. 7, p. 49.

(304) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “deuenla apreciar” de la ley 2, tít. XI, 6.^a Partida o gl. 14 h.t., p. 657.

(305) ASÍ FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, op. cit., ley XVIII [XX], gl. a las palabras “Saluo si la hazienda”, nn. 6, 7, 8 y 9 (ed. cit., fol. CXXXII), TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XX, n. 14, vers. *Unde elicitor*

entendieron que la facultad de pagar la estimación en metálico, que la misma ley 20 confiere en el caso de que la mejora no fuese de cosa cierta, sino “en parte de la hazienda”, no podía atribuirse al heredero si esta parte fuere de tal calidad que “no se pueda convenientemente dividir”. Debía, entonces, acudirse a licitación, dando preferencia a aquél a quien correspondiese la mayor parte (que normalmente sería el mejorado), según entendieron Gómez Arias, Matienzo y Angulo, para ofrecer la estimación a los dueños de las menores partes, a quienes pasaría la opción de no ejercitarla aquél —“Optio diferatur habenti maiorem partem et si non acceptat transit optio ad habentem minorem partem”, según dijo Gómez Arias (n. 9)— o permanecería la cosa en comunidad a falta de acuerdo, en tanto no se disolviera judicialmente, como entendieron Matienzo y Angulo.

Si el testador no señaló las cosas con las que debía satisfacerse la mejora de cuota y la herencia resultase indivisible, la ley 20 de Toro resolvía “*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*”. Pero como también el hijo mejorado era heredero en su legítima, resultaba —según observaron los tres autores últimamente citados— que debía aplicarse el mismo criterio participacional 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, a falta de acuerdo, con licitación ante el juez. En apoyo de este criterio se invocó la ley final, tít. XV, Partida 6.^a, que en sus apartados 2, 3 y 4, al hablar de los poderes del juez, dice:

“E porende quando el viesse que alguna casa o viña que devia ser partida entre ellos, se menoscabaría mucho por fazer muchas partes de ella, bien pudiese mandar que la haya el uno, o los dos. E puede fazer obligar, a aquel o aquellos que la ovieren, que den por su parte a cada uno de los otros tantos maravedis quanto estimare que podrían valer las sus partes, que avia en aquella casa o en aquella viña si partida fuesse. Esso mismo deve fazer en las cosas que son atales, que non se pueden partir segund natura guisadamente, assi como cavallo, o otra bestia; e dévelo apreciar, quando 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 razon.”

Al comentar este texto, señaló Ayerve de Ayora (306) como soluciones entre las cuales el juez podía decidir: el sorteo, la licitación o la adjudicación al que tuviese mayor parte, siempre a calidad de abonar el adjudicatario a los demás herederos su parte en dinero.

50. Hemos visto antes que, sin duda, especialmente por influencia de la variación de la cuantía de la legítima respecto de la

(fol. 172 vto.), MATIENZO, op. cit., lib. 5, tít. 6, ley 23, gloss IV, nn. 2 y 3 (fol. 150 vto.), ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 4, n. 1 (fol. 121 vto.).

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

falcidia, se tendió a desplazar la concepción dual de la falcidia; una dispensable por el causante y la otra no dispensable por éste, por ser protectora de la legítima, y a pasar a otra concepción que distinguió el sentido estricto de la falcidia y otra significación lata o impropia de ésta que incluía la legítima en cuanto ésta actuara para producir la reducción de los legados que la hubiesen lesionado. De ahí dimanó la indicada conclusión de Parlatorio referida a la significación estricta de la falcidia: “*Libēris aut parentibus institutis lex Falcidia et senatusconsultum Trebellianum hodie apud nos locum habere non possunt*”. Pero este autor, que también había observado que, una y otro: “*etiam iure Regio non sunt antiquata*”, hizo notar: “*Hodie vero tam raro apud non in usum venire solet, ut fortassis hanc iuris partem obsoletam et antiquatam quis putaverit*”, explicando esa afirmación al final: *Quoniam ergo homine sine liberis vel parentibus decedere verum, idecirco Falcidia, et Trebellianica quarta, minus assidue nunc in foro versantur* (307).

La cuestión no quedó resuelta y las dudas continuaron. Entrado el siglo XVIII vemos al Profesor salmantino Antonio de Torres y Velasco (308) ocuparse de la cuestión, respecto de la cual volvió a insistir en que las leyes 1 y 7, tít. XI, 6.^a Partida debían entenderse derogadas por la 1, tít. 4, libr. 5 de la Recopilación, al mantener vigente los legados y demás contenido en el testamento aunque el heredero instituido no aceptara, “*ut cesset ratio Falcidia*”. Pero aplicó el mismo sistema de dicha ley a la reducción de los legados que invadieran la legítima, que contempló específicamente en el supuesto de rescisión de la institución de un extraño, por preterición o desheredación injusta, y mantenimiento de los legados a cargo de los herederos abintestato (309)

Ya en el último tercio del siglo XVIII, Febrero (310) da por vigente la cuarta falcidia, pero añade que “si el testador tiene herederos forzosos, no hay cuarta porque éstos deben llevar su legítima íntegra, sin condición ni gravamen (311), y sólo tendrán cabimiento los legados en el tercio, o quinto, según sea el testador”.

Este mismo criterio lo vemos recogido por Sala (312), Tapia (313),

(307) PARLATORIO, op. y cap. cit., n. 1 y n. 7, p. 49.

(308) ANTONIO A TORRES ET VELASCO, “*Institutiones Hispaniae Practico-Theorico comentatae*”, ed. Matritii 1735, lib. II, tít. XXI, n. 2, pp. 287 y s.

(309) TORRES Y VELASCO, loc. cit., n. 3, pp. 287 *in fine* y s. Propuso dos ejemplos, uno con dos legados a favor de extraños y otro de un legado a favor de extraño y otro a favor de un descendiente, indicando en ambos casos cuál era el importe de los gastos fúnebres y explicó cómo se reducían los legados, en el primer caso, para salvar los cuatro quintos de legítima larga y, en el segundo, para dejar ésta incólume del legado a favor del extraño y para salvaguardar dos tercios de ella del otro legado dispuesto a favor de un descendiente.

(310) JOSEF FEBRERO, “*Librería de Escribanos...*”, lib. I, Parte I, cap. I, § III, n. 63, cfr. 3.^a ed. Madrid 1783, vol. I, p. 66.

(311) Leyes 17, tít. 1 y 4, títul. 11, Part. 6, Auth. Novissima Cod. de Inofficios, testam. [nota de Febrero].

(312) JUAN SALA, “*Institutiones Romano-Hispaniae...*”, lib. II, tít. XXII, n. 6, cfr. 4.^a ed., Madrid 1824, vol. II, p. 72.

Sanponts y Barba, Martí de Eixalá y Ferrer y Subirana (314), F. García Goyena y J. Aguirre (315), Benito Gutiérrez (316), Domingo de Morató (317).

Por el contrario, reducen la denominación de la falcidia a aplicarla a la cuarta deducible por el heredero extraño, que siguen considerando vigente, Escriche (318), Navarro Amandi (319).

Finalmente, estimaron derogada la falcidia Joseph Marcos Gutiérrez (320) y Pedro Gómez de la Serna (321) fue considerada dudosa la cuestión por Gonzalo de las Casas (322).

C) EN EL CÓDIGO CIVIL.

51. La evolución de la que hemos ido tomando nota nos permite comprender por qué en el período codificador se recogieron como frutos maduros las siguientes directrices:

1.º La desaparición de la falcidia propiamente dicha.

2.º La independización total respecto de la falcidia en sentido más lato, aunque siguiendo su pauta, de la reducción de aquellos legados que afectaran a la legítima de legitimarios instituidos herederos.

3.º La unificación de la acción de reducción de legados afectantes a la legítima de legitimarios instituidos herederos y gravados con ellos, y de la afeción subsidiaria a la acción de suplemento de legítima de los legados que resultaran inoficiosos.

En el Proyecto de 1851 se comprueba claramente así.

La desaparición de la falcidia se observa en el cap. VIII "*De las*

(313) EUGENIO DE TAPIA, "Febrero Novísimo...", lib. II, tít. II, cap. XXI, n. 4, nota 1, y n. 7 (cfr. nueva ed., Valencia 1837, vol. I, pp. 564 y s.).

(314) SANPONT'S Y BARBA, MARTÍ DE EIXILA Y FERRER Y SUBIRANA, Nota adicional a la primera glosa de Gregorio López a la ley 1 del tít. XI, 6.ª Partida (ed. y vol. cit., p. 653) en relación a su adición a la última glosa a la ley 11, tít. V, 6.ª Partida o gl. 116 h.t. (p. 502).

(315) FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, "Febrero o librería de...", nn. 1713 y ss. (Notemos que en el n. 1745 dice "parte legítima o falcidia") y epígrafe adicional "De la cuarta falcidia" (cfr. 4.ª ed., Madrid 1852, vol. I, pp. 494 y ss.).

(316) BENITO GUTIÉRREZ, "Códigos...", lib. III, cap. V, sec. I, § III (cfr. ed. Madrid 1863, vol. III, pp. 478 y ss.).

(317) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ, "El Derecho civil español con las correspondencias del Romano...", n. 1326, nota 1 (Valladolid 1868, vol. II, pp. 182 y s.).

(318) JOAQUÍN ESCRICHE, "Diccionario...", voz Cuarta Falcidia (ed. Madrid 1847, vol. I, p. 609).

(319) MARIO NAVARRO AMANDI, "Código civil de España", Madrid 1880, arts. 1037 y s. (pp. 524 y s.).

(320) JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, "Febrero reformado y anotado...", parte I, cap. I, § IX, n. 182, nota 2 (cfr. 3.ª ed. Madrid 1805, t. I, p. 107), y "Compendio de las Varias Resoluciones de Antonio Gómez", lib. II, cap. XII, n. 8 (ed. Madrid 1799, p. 90).

(321) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, "Curso Histórico-Exegético del Derecho romano", lib. II, tít. XXII, *Comparación...* (cfr. 4.ª ed. Madrid 1869, vol. I, pp. 583 y s.).

(322) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS, "Diccionario General del Notariado...", n. 1230, voz "Falcidia (cuarta)", vol. V (Madrid 1856, p. 93).

mandas y legados" del tít. I, libro III, que nada dice de ella, y específicamente en sus arts. 676, que trata de la obligación de los herederos al cumplimiento de aquéllos, y 702, que se ocupa de la insuficiencia de los bienes de la herencia para la satisfacción de todos: los legados, sin hacer reserva en ninguno de los dos supuestos de derecho alguno de los herederos a retener parte alguna de su cuota.

La reducción de los legados inoficiosos aparece como uno de los supuestos en que es exigible la reducción de las "*disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos*", que el art. 647 del Proyecto dice que "*se reducirán a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas*".

A continuación de este artículo el art. 648 señala el modo de fijar la legítima y el 649 explica cómo se procederá a la reducción, a cuyo efecto indica, en primer lugar, que no se reducirán las donaciones, sino después de reducir o dejar "absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias", que según su número 2.º se reducirán "a prorrata sin distinción alguna", salvo: "Si el testador quiso que se pagara cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima".

Y seguidamente viene la determinación de cómo debe efectuarse la reducción de un legado de finca indivisible, expresada en los artículos 650 y 651:

Art. 650: "Cuando el legado sujeto a reducción consiste en una finca que no admite cómoda división, quedará la finca para el legatario, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos, pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero".

Art. 651: "Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía: si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta a instancia de cualquiera interesado".

Es curioso que García Goyena (323) señala que el art. 650 fue tomado de los 755 y 756 sardos, "con una ligera modificación" que hace la solución "más fácil y sencilla a la par que más equitativa: el simple exceso decide respectivamente del derecho". Y, sin embargo, esta solución no fue sino la propuesta más de dos siglos antes por Gómez Arias: "Optio deferatur habente maiorem partem, et si non acceptat transit optio ad habentem minorem partem" (324) y que éste dedujo de armonizar la ley 20 de Toro con las normas de Derecho común. Notemos que, si bien la ley 2 del tít. XI, 6.ª Partida, seguía el criterio de Scaevola y Papiano recogido en el Digesto (XXXI-único 1, § 9, 77 § 2 y 80, 12 o XXXV-II,16) de atribuir la

(323) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 650, pp. 99 y ss.

(324) FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, op. cit., ley XVIII [XX], glos. a las palabras "Salvo si la hazienda", n. 9, ed. cit., fol. CXXXII. Cfr. *supra*, en la nota 305 la referencia a las opiniones de TELLO FERNÁNDEZ y MATIENZO en el mismo sentido.

cosa indivisible al legatario, quien debía abonar su parte al heredero según su justiprecio, es de notar que en el Derecho correspondiente a estos textos, al ser la falcidia y la legítima de una cuarta parte y ser norma general la reducción a prorrata de los legados, era lo normal que la mayor parte de cosa fuere del legatario y no del heredero.

El Anteproyecto 1882-1888 en sus arts. 802 a 807 siguió los indicados arts. 647 a 651 del Proyecto 1851 (325) con adición al artículo 826 de un § 2, que no aparecía expreso en el art. 650 Proy. 1851: "El legatario que tenga derecho a la legítima, podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima". Se señaló como precedente suyo el art. 826 del *Codice civile* italiano de 1865. Sin embargo, asimismo, corresponde a la interpretación que los autores castellanos dieron a las palabras de la ley 19 de Toro, *relativa a la mejora de cosa cierta*, que exigía que "no exceda" "de lo que montare o valiere la tercia parte de todos los bienes al tiempo de su muerte", al estimar que la atribución de la cosa cierta, donada o mandada como mejora, podía sostenerse sin tener que reducirla en lo que excediere de tercio y quinto, imputando el exceso a la legítima estricta del mejorado, conforme al criterio de la ley 29, por lo cual sólo debía ser reducida en cuanto afectare a la legítima de los demás hijos (326).

52. El Código civil sigue el sistema del Proyecto de 1851 con la indicada aclaración añadida en el Anteproyecto 1882-88, al situarse como aplicación de los arts. 817, 818 y 820, los arts. 821 y 822 que tratan del modo de reducir los legados de finca que no admita cómoda división.

El art. 817, expresa la norma general: "*Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas*".

El art. 818, como es sabido, determina el modo de fijar la legítima y el art. 820 indica el orden cómo se procederá en caso de lesión de legítimas por disposiciones del testador para efectuar la debida reducción. De sus tres reglas aquí nos interesan las 1.^a y 2.^a:

"1.^a *Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*".

"2.^a *La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna:*

"*Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.*"

(325) Cfr. versión cit. cuidada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 247 y ss.

(326) Cfr. COVARRUVIAS, "Variarum Resolutiones", lib. I, cap. XIX, nn. 1 y 2, cfr. ed. Lugduni 1586, vol. II, p. 248.

El criterio de esta última regla concuerda perfectamente con la norma del art. 891:

“Si toda la herencia se distribuye en legados se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.”

En cambio, necesita ser concordado con las reglas consignadas en el art. 887 (327).

“Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

“1.º Los legados remuneratorios.

“2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.

“3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes.

“4.º Los de alimentos.

“5.º Los de educación.

“6.º Los demás a prorrata” (328).

(327) Parte este artículo de la desaparición en nuestro derecho de la falcidia, puesto que nada reserva en este supuesto para los herederos. También el art. 859 presupone la inexistencia de aquel derecho, que no salva al señalar la obligación del heredero gravado por el testador con un legado o de todos los herederos a prorrata si a ninguno hubiese gravado en particular. MANRESA (“Comentarios...”, vol. VI, art. 887, cfr. 6.ª ed., p. 679) entiende que los arts. 887 y 891 “rechazan en absoluto toda idea que indique facultad en los herederos voluntarios para retener una parte mayor o menor de la herencia” y, por tanto, no cabe aplicar la falcidia.

(328) Precedentes legislativos del art. 887, C. c. son el 702 del Proyecto de 1851 y el 872 Anteproyecto de 1881-1888.

El art. 702 Proy. 1851 dice:

“Si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, serán preferidos los de cosa específica y determinada; y el resto de los bienes se repartirá a prorrata entre los legatarios de cantidad de dinero.

“Los legados hechos en recompensa de servicios no estarán sujetos a este descuento, y se pagarán con preferencia; lo mismo se observará siempre que así lo determine expresamente el testador.”

GARCÍA GOYENA (op. y vol. cits., art. 702, p. 141) indica que está tomado del art. 1.628 del Código de la Luisiana. Mientras que el mismo autor al comenta el criterio proporcional del art. 649, n. 2 (precedente de nuestro 820, n. 2, vol. cit., pp. 98 y s.) glosa: “Pues que todas son iguales y de una misma naturaleza. Por esta razón se practicaba lo mismo para sacar la cuarta Falcidia, leyes 73, párrafo último, y 84, párrafos 1 y 2, título 2, libro 23 del Digesto, y ley 1, título 11, Partida 6. —El primer párrafo es el artículo 926 Francés, 734 Sardo, y común a todos los Códigos—. El segundo párrafo es el artículo 927 Francés, 734 Sardo, y común también a todos los Códigos; el testador puede preferir el pago de un legado al de otro, y es justo que se respete su voluntad mientras no se perjudique a la legítima”. A su vez, al comentar el art. 702 que también hemos transcrito, explica las prelacións previstas: “En el legado de cosa específica al dominio pasa al legatario así que muere el testador, y nada tiene que ver aquél con los otros legados y bienes de la herencia; aunque éstos sean cuantiosos, si la cosa específica perece, se extingue el legado; justo es, pues, que la conserve, aunque sean pocos —*Expresamente*: La voluntad del testador es la ley, si pues quiso tal legado de dinero fuese pagado con preferencia, quedará libre de la reducción o descuento, según se ha establecido al hablar de la legítima— *De servicios*. En este caso hay por parte del testador una especie de deuda, al menos moral, la deuda de la gratitud; y debe presumirse que quiso preferirla en el pago a los legados de pura y absoluta liberalidad”.

Cotejando estos artículos resulta inevitable preguntar si esta diferencia que se observa en el texto de los arts. 820, n. 2.º y 887, ¿obedece a que el criterio sea distinto según se trate de reducir legados por razón de la insuficiencia absoluta de los bienes de la herencia o bien por causa de una insuficiencia resultante de la prioridad de los derechos dimanantes de las legítimas?; o bien, si contrariamente, ¿deben entenderse ambos preceptos complementarios, de modo que en la interpretación de cualquiera de ambos debe tenerse presente lo dispuesto en el otro, armonizándolos entre sí?, o si, en fin, ¿se trata de dos enfoques de cuestiones distintas, refiriéndose el art. 820, n. 2.º a una responsabilidad *cum viribus* frente al legatario, es decir, de la afección de los bienes legados al pago de las legítimas, y el art. 887, solamente a las relaciones internas entre los legatarios, de modo que el resultado de la acción de reducción obtenido, conforme al art. 820, n. 2, pueda ser corregido respecto de los legatarios con la aplicación entre ellos de las reglas del art. 887?

La explicación de que los arts. 820, n. 2.º, 887 y 891 se refieren a supuestos distintos y que por esto se rigen por reglas diferentes, la hallamos expuesta por bastantes autores (329), bien es verdad que

Observemos pues, que GARCÍA GOYENA basó en la voluntad del testador las preferencias establecidas en su párrafo 2.º, bien fuese ésta voluntad expresa o sólo presunta por tratarse de legados en recompensa de servicios.

Notemos que en definitiva ese art. 702 del Proyecto 1851 más que determinar un orden de prelación señala unos criterios de preferencia.

En cambio, el Anteproyecto 1881-1888, estableció un orden de prelación, en su art. 872:

“Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará por el orden siguiente:

”1.º Los legados que el testador haya declarado preferentes.

”2.º Los de alimentos y educación.

”3.º Los legados remuneratorios.

”4.º Los legados de cosa cierta y determinada que forme parte del caudal hereditario.

”5.º Los demás a prorrata.”

Los autores del Anteproyecto indicaron que este texto procedía del artículo 2.617 Mexicano modificado (cfr. versión al cuidado de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, p. 269). La modificación respecto del precepto mexicano consistió en pasar los legados declarados preferentes por el testador del 2.º al 1.º lugar; los de alimentos y educación del 4.º al 2.º; y en retroceder los remuneratorios que en el Código mexicano estaban en 1.º lugar al 3.º y los de cosa cierta del 2.º al 4.º

En el Código civil se han rectificado esas modificaciones y su redacción ofrece las siguientes diferencias respecto del 3.617 mexicano: los de cosa cierta y determinada están situados delante de los declarados preferentes por el testador, y se ha desdoblado la colocación de los de alimentos y educación, hallándose aquéllos en el 4.º lugar y éstos en el 5.º.

(329) Así SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 115, pp. 964 y s. donde estima referido el art. 820, n. 2 a la reducción de legados hecha *en contemplación de las legítimas* y el 887 a la *efectuada cuando la legítima se halla cubierta pero los bienes no bastan para satisfacer todos los legados* y el conflicto surge *sólo entre legatarios*; cap. XVIII, 63, p. 1348, en que señaló “como la aplicación de uno es entre herederos forzosos y legatarios y la del otro sólo entre éstos, su esfera de acción es distinta y únicamente revela falta de armonía en el criterio de la ley para uno y otro caso, que en verdad no son idénticos, pero sí similares”. De modo parecido LÓPEZ R. GÓMEZ, “Tra-

alguno lamenta la disparidad de criterio que no le parece justificada (330), sin que haya faltado quien se ha mostrado perplejo (331).

tado Teórico-Legal del Derecho de Sucesiones”, cap. XX, art. 2, n. 10; ed. cit., vol. I, pp. 695 y s., no halla contradicción entre el art. 891, que sigue como el 820, n. 2 el criterio del prorrateo, que estima la regla general, y el art. 887, que considera excepcional para el supuesto de insuficiencia de los bienes de la herencia para pagar todos los legados. Para VALVERDE VALVERDE, “Tratado...”, vol. V, cap. XIV, § II, p. 335, no hay contradicción entre el orden de preferencia señalado en el art. 887 y el del art. 820, “porque este último artículo se refiere al conflicto entre herederos forzosos y legatarios, el primero, o sea, el 887, se aplica únicamente al caso de existir conflicto entre legatarios, no entre éstos y los herederos forzosos” (luego veremos que el cap. XI, en cambio, trata de armonizar ambos preceptos). DE BUEN, en sus *Notas* al Colin y Capitant, vol. VIII, p. 291, después de reproducir el texto del art. 887, añade: “En caso de que sea necesario reducir los legados por razón de ser inoficiosos, es de aplicar el art. 820 que, para tal caso, ordena reducir las mandas a prorrata, sin distinción alguna”. CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, 4.ª ed. 1939, vol. I, tomo LXIX, p. 401, una vez transcrito el art. 887 agrega: “En el caso de que el conflicto sea, no entre legatarios, sino entre éstos y los herederos forzosos; la reducción y pago de los legados ha de ajustarse a otro orden de prelación distinto, que es el establecido en el art. 820”. ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XXI, § 3, p. 241, señala la diferencia de los sistemas seguidos en ambos artículos: el 887, “en el caso de que los bienes de la herencia no alcancen para satisfacer todos los legados”, “establece un orden de prelación, basado en el objeto del legado o en la finalidad del mismo”, “más razonable” “que el dispuesto a rajatabla y sin contemplaciones en el art. 820”. PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. II, 2, II, B, 2, b p. 190 cree posible explicar ese diferente criterio, porque “el art. 887 establece un orden de preferencia fundado en la valoración de la intención del testador y del interés de los legatarios” mientras “el art. 820 atiende únicamente al interés de los legitimarios”. BONET RAMÓN, “Compendio...”, vol. V, 70, pp. 417 y ss., señala la diversidad del criterio de ambos artículos, pues uno atiende a que entren en conflicto sólo legatarios entre sí y el otro contempla el supuesto de que éstos invadan la porción de los herederos forzosos. En este mismo sentido, al parecer, lo entendieron: LUIS CÁRDENAS, “Responsabilidad «ultra vires» por legados”, en *R.D.P.*, XXXIV, febrero 1950, p. 153; LACRUZ BERDEJO, “Notas al Binder, § 33, II, p. 307 y § 37 V, p. 323; GARCÍA BERNARDO, “La legítima...”, pp. 148 in fine y s.; DIEGO ESPÍN, “Manual...”, vol. V, sec. II, cap. III, IV, 10 ed. Madrid 1970, p. 343; MANUEL ALBALADEJO, “Compendio...”, cap. XXXII, 19, ed. Barcelona 1970, p. 578.

(330) Así, el mismo SÁNCHEZ ROMÁN, en el cap. XV, n. 115, p. 965, comenta que “es indudable que en la realidad de un mismo supuesto de hecho, cualquiera que sea el punto de vista desde el que se considere, o el fin a que responda el último resultado, es *común* o *igual* en la esfera de los hechos y, sin embargo, en el Código aparecen adoptadas *dos soluciones distintas y contradictorias* para el mismo (arts. 820, núm. 2.º, y 887)”, y en el cap. XVIII, 63, termina por reconocer que la diversidad de soluciones entre estos artículos, “revela falta de armonía en el criterio de la ley para uno y otro caso, que en realidad no son idénticos, pero sí similares”. También ROYO MARTÍNEZ, loc. últ. cit., concluye que “no se percibe la razón de la diferencia, pues, si bien es distinta la causa que impone la reducción, el problema es, en esencia, el mismo”.

(331) Así, MARIO NAVARRO AMANDI, “Cuestionario del Código civil...”, vol. III, arts. 820 a 822, pp. 313 y s., dijo de los arts. 820 n. 2.º y 887: “Ambos resuelven una misma hipótesis: la de que los bienes de la herencia o la parte de libre disposición de la herencia no alcance para cubrir todos los legados y esta hipótesis obtiene resolución distinta en uno y otro artículo sin que se nos alcance cómo no ha reparado el legislador en la contradicción en que incurría”. Aunque se pretenda que el art. 887 “se refiere

Especialmente ha chocado a algún comentarista (332) que el art. 820, n. 2.º exceptúa de su criterio igualitario, “sólo aquellos legados respecto de los cuales así lo hubiese declarado el testador”, mientras “el 887 coloca a éstos en tercer lugar. Con relación al 820, la voluntad del testador es la primera ley en la materia; conforme al 887, es la ley en tercer grado”. Pero la inconsecuencia de esta posibilidad obliga a rechazarla, pues como ha hecho notar otro autor (333): “el art. 887 no tiene más finalidad que la de suplir la voluntad del testador en cuanto al orden de preferencia para el pago de legados en todos los supuestos posibles”; “la voluntad del testador constituye la base del legado (arts. 668, 675, 858, etc., C. c.). Suponer que el número 3 cit. es de carácter forzoso frente al testador mismo, es negar esta base. Y el absurdo de este carácter forzoso resulta de la circunstancia incontrovertible de que el testador pudo no dejar legado ninguno, o pudo revocar todos los otorgados, sin distinción ninguna, incluso los remuneratorios y los específicos que forman parte del caudal hereditario”.

Manresa (334) expuso una solución armónica de esta aparente antinomia: “El testador puede declarar que alguna disposición o legado se respete con preferencia a los demás o que, por el contrario, sufra en primer término, si fuese necesario, la reducción, y en estos casos debe ser respetada la voluntad expresa del testador como dueño de la porción libre de sus bienes. A falta de manifestación expresa en tal sentido, se deduce claramente también su voluntad de estimar preferentes los legados en que declara que los hace para recompensar o remunerar servicios, a los que consisten en una cosa determinada respecto a la cual es evidente que prefiere este legado

a todos los casos en que la falta de bienes bastantes para pagar legados no provenga de la necesidad de respetar las legítimas, la antinomia subsiste, porque, ¿cómo se explica esa variedad de criterios para resolver casos idénticos?, ¿por qué los legados remuneratorios o los de cosa cierta o los de alimentos, tendrán preferencia para el pago respecto de otros legados en el caso de que el testador no tenga herederos forzosos y cesará aquella preferencia en teniéndolos?... “¿varía el valor psicológico de un legado remuneratorio o de alimentos por la mera circunstancia de que el testador tenga o no tenga herederos forzosos? ¿...“Podrá, pues, en la práctica salvarse la contradicción, aplicando un artículo a la reducción que tenga por objeto evitar la mengua en las legítimas, y el otro artículo a todos los demás casos en que no haya bienes suficientes para pagar todos los legados; pero la antinomia no por eso será menos evidente”.

(332) SCAEVOLA, op. cit., arts. 818 a 822, D, a, b', vol. XIV, 4.ª ed. p. 466.

(333) M. MIGUEL TRAVIESAS, “Legados”, 13, en *R.D.P.*, XVIII, junio 1931, pp. 185 y s.

(334) MANRESA, “Comentarios...”, arts. 820 a 822, ed. cit., p. 385. Es de notar que MANRESA expuso también otra forma de armonizar el art. 820, n. 2 y el 887, refiriendo aquél a las disposiciones testamentarias en general, comprendiendo tanto las a título de herencia como a los legados, reduciéndose sin distinción entre herederos y legatarios, mientras el 887 es especialísimo para los legados. Pero esta interpretación es totalmente inaceptable, pues resulta en contradicción con lo dispuesto en el art. 859 que estima obligados a los herederos al pago de los legados, por lo que no cabe el prorrateo propuesto aquí por MANRESA.

a los demás, o aquéllos a los que conceda cierta preferencia, aun sin hablar de reducción, en su caso, o, por último, los que destina a alimentos o educación". Así se armonizan también (335) el art. 820, § 2.º, con el 887 (336).

Otros autores (337) han entendido que las relaciones entre los legitimarios y los legatarios se rigen por el art. 820, n. 2.º; pero que, en el tercio libre, las relaciones entre los legatarios se regulan por el art. 887.

A juicio nuestro:

1.º La reducción a prorrata prevista en el § 1.º del n. 2.º del art. 820, es consecuente con el criterio de la vieja falcidia y con la afección a la legítima de toda la herencia mientras aquélla no sea satisfecha. Corresponde esa afección a prorrata a una responsabilidad *cum viribus*, a una *obligatio in rem scripta, cum onus reale* de los bienes legados.

2.º La precisión del § 2.º del n. 2.º del art. 820 señala una prioridad del débito de unos legatarios que ven ampliada su responsabilidad a una cuota mayor o incluso a la totalidad de los bienes que le han sido legados, pero que no disminuye la afección de los legados declarados preferentes aunque la reduce a subsidiaria, como indica el texto legal al decir de éstos que: "*Si el testador hubiese dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción, sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima*".

3.º Esta declaración de preferencia en el pago puede expresarlo el testador de un modo absoluto o bien tan sólo relativamente a determinada clase de legados. Así, se presupone que el testador que declara preferente un legado de género, refiere esa preferencia sólo respecto a los demás legados de género o de cantidad, sin perjuicio de que pueda ordenar que tenga carácter absoluto incluso respecto de los legados de cosa cierta y de los remuneratorios, bien lo disponga formalmente, o bien resulte de la interpretación del testamento de conformidad al criterio del art. 675; o incluso pueda resultar la preferencia del criterio interpretativo que de modo declarativo determina el art. 887.

4.º Las relaciones internas entre los legatarios en esta materia,

(335) VALVERDE, op. y vol. cits., cap. XI, § III, p. 274, entendió que: "aunque el testador no declare expresamente preferentes algunos legados, gozarán de tal consideración y por tanto tendrán igual beneficio los enumerados en el art. 887 ya que tales legados gozan de preferencia por voluntad de la ley".

(336) TRAVIESAS, loc. cit., p. 185, se inclinó por entender que el núm. 3º del art. 887 se refiere a los legados de bienes genéricos o que no formen parte del caudal hereditario que el testador haya declarado preferentes entre los de estas clases.

(337) Así, SCAEVOLA, op. cit., vol. XV, art. 887, 4.ª ed., p. 457: "Cuando se trata de herencia libre, aun cuando haya donaciones, o cuando, aun viniendo a la sucesión herederos forzosos, el testador deje solamente instituidos legados, es pertinente la doctrina del art. 887". También PUIG PEÑA, "Tratado...", V-III, cap. XXII, nota 18, p. 69, y SANTAMARÍA, op. cit., arts. 820 y 887, pp. 811 y 855.

deben regirse con la preferencia determinada por el testador y sólo subsidiariamente por lo previsto en el art. 887.

53. El criterio de reducción a prorrata de los legados de igual rango de preferencia presenta un problema específico cuando concurren con legatarios extraños, descendientes favorecidos con legados que cubran su legítima estricta y excedan de ésta y del tercio de mejora y que en concurso con aquéllos no quepan todos en el tercio libre. Se trata de saber si la reducción a prorrata va referida al valor total de lo legado (338) al descendiente o sólo a su exceso (339) respecto de su legítima y de la porción en que se impute al tercio de mejora (340).

A juicio nuestro (341), si el testador no hubiese señalado otro orden de preferencia, ni éste resultara del criterio del art. 887, debe procederse del siguiente modo:

a) La reducción ha de efectuarse en proporción al valor total de cada legado, puesto que la herencia no se halla dividida en compartimentos estancos ni en cuotas incommixtibles y que el art. 820 n. 2.º refiere la reducción a prorrata, que ordena, al valor total de los legados.

b) Pero si después de verificada la reducción en esta forma, el valor de los legados dispuestos a favor de extraños excediese aún del tercio libre, éstos deberían sufrir una nueva reducción a prorrata, sólo entre sí, hasta que su valor total no exceda de dicho tope. Y, por el contrario, si después de efectuada la reducción de lo legado a un legitimario a prorrata con lo legado a extraños, resultase que alguna porción del segundo tercio no estuviese cubierta con mejoras, deberá en cuanto monte esta porción dejarse sin efecto la reducción de lo legado al descendiente.

54. El modo como ha de efectuarse la reducción de los legados que consistan en una finca que no admita cómoda división —criterio que debe entenderse aplicable por identidad de *ratio* a toda otra cosa que sea indivisible o desmerezca mucho con su división— es regulada en los arts. 821 y 822 C. c.

(338) De esta cuestión nos habíamos ocupado en "La mejora tácita", IX, 5, cfr. Anales de la A. H. del N., vol. VIII, pp. 134 y s., donde en la nota 323, pusimos este ejemplo: El valor de la herencia es de 18.000 pesetas; lo legado a extraños vale 6.000 pesetas, y el otorgado a uno de los cuatro descendientes importa 8.000. Después de imputado este último legado el tercio íntegro de mejora y a la legítima estricta del descendiente legatario, aún quedan sin cubrir 500 pesetas del valor del legado. El resultado de la reducción de los legados para que no excedan del tercio libre será muy distinto: según se aplique la reducción prorrataando 6.000 (legando a extraños) con 8.000 (legado al legitimario) o bien con 500 (exceso de este último legado respecto de la legítima del descendiente y del tercio de mejora).

(339) Opinión de SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, art. 828, p. 578.

(340) Criterio de SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. VI-2.º, cap. XVII, 36, pp. 1186 y ss.

(341) "La mejora tácita", loc. cit., p. 137. Este criterio es recogido por PUIG BRUTAU, op. , vol. y loc. últ. cit., pp. 190 y ss.

Art. 821: "Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor y en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero".

"El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima".

Art. 822: "Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados".

La aplicación de estas normas aconseja distinguir según el legado que se deba reducir haya sido otorgado a favor de uno de los legitimarios o de un extraño.

a) *Reducción del legado de cosa indivisible otorgado a favor de uno de los legitimarios.*

Como hemos observado en otra ocasión (342) el § 2 del art. 821 debe interpretarse en relación con el § 1.º del mismo artículo, pues de lo contrario su letra llevaría al absurdo de que el legatario que fuese además legitimario 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 no puede sino determinar:

1.º Que el exceso del legado respecto de la parte que resulta disponible, se imputará a la legítima del legatario.

2.º Que si el legado aún excediere 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 reducción correspondiente, les corresponda.

3.º Que, en este supuesto, literalmente no es exigido que al legatario legitimario le corresponda la mayor parte de la cosa para que sea prioritariamente suya la opción para quedarse con ella abonando el exceso en dinero, aunque tal vez sea así por presuponer el precepto que normalmente, al reunirse los conceptos de legitimario y legatario en la misma persona la mayor parte de la cosa corresponderá a ella.

b) *Reducción del legado de cosa indivisible dispuesto a favor de un extraño.*

A la reducción de los legados otorgados a favor de extraños le son aplicables el § 1 del mismo art. 821 y el art. 822, en virtud de los cuales:

(342) "Contenido cualitativo de la legítima...", n. 16, en A.D.C., XXIII-I, p. 74.

1.º Corresponde al legatario la prioridad para quedarse con la cosa “si la reducción no absorbe la mitad de su valor” y, en caso contrario, “corresponde a los herederos forzosos”.

2.º En uno y otro caso, aquél y éstos según competa deberán “*abonarse su respectivo haber en dinero*”.

En ambos, si el heredero o el legatario, según a quien correspondiera, no quiere usar de ese derecho, el art. 822 previene que “*podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; y si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados*”.

Es de observar, no obstante, que el testador puede invertir el orden de prelación de los arts. 821 y 822, cuanto menos para dar preferencia a los legitimarios que no fueren los mayores partícipes, o para ordenar que, sin previas opciones, se acuda a la pública subasta para resolver el indiviso. No parece, por el contrario, admisible que pueda ordenar la prioridad de la opción del legatario extraño frente a los legitimarios cuando éstos resulten los mayores partícipes de la cosa.

55. Notemos que las “disposiciones que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán”, conforme previene el artículo 817 C. c., “*a petición de éstos*”. Además de este requisito de deber efectuarse a instancia de parte, la reducción de las mandas y legados ordenada en el art. 820 se encuentra subordinada a la demostración de la necesidad de la reducción para que pueda cubrirse íntegramente la legítima del reclamante. Cuestión de hecho, cuya prueba incumbe en todo caso a quien afirma la inoficiosidad o exceso de aquellas disposiciones; y es de la competencia de la Sala sentenciadora la apreciación y determinación de si es o no es procedente la reducción y, en su caso, en qué cuantía.

Se ha precisado (343) por Xavier O’Callaghan que la acción de inoficiosidad es una *acción declarativa*, que exige una *cognitio* previa en la que se ventilen los problemas de computación y valoración precisos para poder declarar la inoficiosidad y en consecuencia la supresión o reducción de legado; por lo cual, la acción corresponde a la especie de *acción de condena*, pues tiene como meta la devolución de la cosa legada o al menos de su valor, en cuanto resulte inoficioso el legado. La declaración es de la *ineficacia*, en cuanto sean inoficiosos, de los legados que por esa razón, pese a su inicial validez, serán invalidados o reducidos.

También, el mismo autor, indica que procesalmente se trata de una *acción personal*, en cuanto se dirige contra el legatario o, en su caso, contra el tercer poseedor, que están legitimados pasivamente en cuanto se hallan obligados a la prestación de restituir lo que por inoficioso sea suprimido o reducido.

La acción de reducción de legados, evidentemente es *irrenunciable en vida del causante*, por aplicación del art. 816 C. c. Muerto

(343) XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ, “La inoficiosidad legitimaria”, IV, 4, en *R. J. de Cat.*, 2, XX, abril, junio 1971, pp. 284 y ss.

éste debe entenderse transmisible a los herederos del legitimario, aunque sean voluntarios, si hubiese este fallecido después de causarse la sucesión. Si son transmisibles en general los demás derechos que protegen su legítima, no hay razón para exceptuar el de hacer reducir los legados inoficiosos. También puede aceptarse que por subrogación le ejerciten los acreedores del legitimario, al amparo de los arts. 1.111 y 1.001 C. c. (344).

Al no tener asignado plazo específico de prescripción parece por una parte que a esta acción debe aplicársele el mismo término que se aplica en general a la petición de legítima o de su suplemento (345) frente a adquirentes *mortis causa*; es decir, según la opinión predominante, el de la petición de herencia, a la que es sabido que se discute si procede aplicarle, como algunos entiende, el plazo de quince años de las acciones personales o, según el criterio de la mayoría, el de treinta de las reales y mixtas. Pero, si se acepta que se trata de una acción personal, como acabamos de recoger, habrá que aplicarse el plazo de quince años correspondiente a éstas.

56. Hemos visto cómo, en el decurso del Derecho romano, el *ius praetorium* en el supuesto de reducción por razón de la Ley Falcidia de un legado *per vindicationem* de una cosa no divisible, sólo concedió al heredero una *exceptio doli* o una *actio in factum* para reclamar la *aestimatio* de la porción correspondiente, y que la Ley 2, tít. XI de la 6.^a Partida, siguiendo este criterio, previno: “e de todo lo que fuere, pueda el heredero sacar la su parte legítima, en esta manera: que si aquella cosa de que fuere fecha la manda fuere atal, que se pueda partir sin daño, e sin mal estonce della deue el heredero tomar della su parte; mas si fuese cosa que non pudiesse partir, asi como siervo, o cavallo, o libro, o otra cosa semejante, estonce deuenla apreciar, e del precio della deue tomar el heredero la su parte. E si el heredero quisiesse tomar su parte en una cosa apartadamente, que fuesse mandada o otro, non lo pueda fazer, si non fuere con plazer de aquél a quien fue mandada”.

Pero el heredero mientras no hubiera sido satisfecho de lo que le corresponda, según el justiprecio efectuado, podía oponer la *exceptio doli* a la entrega de la cosa mandada, según glosó Gregorio López (346) invocando las leyes 1, § 9 y 80, § último del Digesto XXXV-II. El hecho de que la amplitud de la legítima castellana podía dar lugar a que la reducción de la demanda afectara a la mayor parte de la cosa, así como el criterio que, según antes hemos visto, predominó entre los juristas castellanos (347) de que la cosa indivisible debía ponerse a licitación con preferencia de aquél a quien correspondiese la mayor parte, mostró que en los legados *per vindicationem*, sujetos a reducción por inoficiosidad, la cosa permane-

(344) Cfr. O'CALLAGHAN, op. cit., IV, 5., a, pp. 288 y ss.

(345) Cfr. *supra*, cap. I, 13.

(346) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “deuenla apreciar” de la ley 2, tít. XI, Partida 6.^a, glo. 14, h.t., cfr. ed., y vol. cits., p. 657.

(347) Cfr. *supra*, n. 48.

cía en copropiedad, entre los herederos forzosos y el legatario, mientras tanto el partícipe de la menor participación no fuera satisfecho del justo precio de su parte, según el resultado de la licitación efectuada, con derecho de retención en el interin de la cosa legada por parte de los herederos.

Esta solución es la que creemos más adecuada a nuestro Derecho.

Según el art. 882, § 1: "*Cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere...*". Pero, conforme al art. 883: "*La cosa legada deberá ser entregada...*" y, según el art. 885: "*El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para dárla*". Es decir, que como ha dicho la S. 3 junio 1947, aunque el legatario tenga derecho al legado desde la muerte del testador, y aunque adquiera desde este mismo momento la propiedad de la cosa legada, cuando es específica, determinada y propia del testador, conforme al art. 882 no tiene la posesión que es transmitida de derecho al heredero, y de ahí el precepto del art. 885; dado que, como ha explicado la Dirección General de los Registros, en R. 19 noviembre 1952, no se reconoce al legatario la posesión civilísima atribuida por el art. 440 a los herederos, una vez hayan aceptado la herencia. Y, aun cuando también ha reconocido el Tribunal Supremo, en S. 26 octubre 1928, que el art. 885 no prohíbe al testador que conceda a los legatarios la facultad de apoderarse por sí mismos de la cosa legada sin intervención de los herederos, debemos entender que esta posible facultad tiene su apoyo, en cierto modo, en la transmisión dominical, indicada en el art. 882, y que, conforme a la S. 6 noviembre 1934, esa transmisión directa de la propiedad de la cosa específica legada está subordinada a la circunstancia de que ésta quepa en la parte de bienes de que el testador puede libremente disponer.

Así no se transmite al legatario la plena propiedad de la cosa específica legada sujeta a reducción por inoficiosidad, sino que, en cuanto la porción inoficiosa, se halla sujeta a la reserva del art. 806. Ello justifica el *ius retentionis* del legitimario que la posea. Y autoriza al heredero no legitimario e impone el deber a los albaceas, facultados para entregar legados, de no efectuar su entrega al legatario hasta que éste ejercite, en caso de corresponderle, la opción prevista en el art. 821, o bien use de la subsidiariamente prevenida en el art. 822, abonando en dinero a los legitimarios el haber que les corresponda a éstos.

En cuanto a la eficacia de la acción de reducción de legados con respecto a quien haya adquirido del legatario la cosa legada, creemos que debe distinguirse:

a) Si no se hubiese entregado el legado, pese a la adquisición *ipso iure* prevista en el art. 882, § 1, si el legado fuese cosa específica, creemos que la exigencia de los arts. 883 y 885, que requieren su entrega y no permiten al legatario ocuparla por su propia autoridad,

significa una limitación de las facultades dispositivas del legatario con suficiente visibilidad para el adquirente, por falta de posesión y en su caso de inscripción de la entrega, que le excluye de toda protección apoyada en su condición de tercero civil o hipotecario, para la cual le faltarán esenciales requisitos, entre ellos fundamentalmente su adquisición de la propiedad para la cual le faltará el modo traditivo exigido en el art. 609 C. c., e incluso de su presupuesto básico, pues no puede transmitir la posesión en concepto de dueño aquel a quien ésta no le haya sido entregada previamente.

b) Si el heredero o el albacea con facultades suficientes hubieran entregado la cosa legada y el legitimario no hubiera obtenido su embargo preventivo, y de ser inmueble ésta su anotación registral, no parece posible que la reclamación de la ineficacia del legado, efectuada mediante una acción personal —como vimos— pueda alcanzar a un tercer poseedor que haya adquirido a título oneroso y de buena fe; aunque sí quienes carezcan de este último requisito o hubiesen adquirido a título gratuito, pues éstos ni siquiera están protegidos en los supuestos de rescisión conforme al art. 1.295 C. c. Con mayor razón que al tercero civil, la acción no podrá alcanzar al tercero hipotecario que reúna los requisitos del art. 34 L. H. (348). Sin perjuicio, ¡es claro!, del derecho del legitimario a exigir del legatario el valor del legado que debió suprimirse o de la parte del mismo que deba ser reducida por inoficiosidad.

D) EN EL DERECHO ESPECIAL DE ARAGÓN.

57. Lacruz Berdejo (349) ha hecho notar la ausencia de regulación en el Apéndice y en la Compilación de Aragón y de antecedentes aragoneses en cuanto al modo de reducir las liberalidades para salvaguardar la integridad de la legítima. Y he planteado el problema de si los arts. 821 y 822 del Código civil son de aplicación directa a Aragón. La respuesta afirmativa cree que está apoyada por el hecho de que éstos proceden de la doctrina del Derecho intermedio, con la cual la doctrina clásica colmaba las lagunas del ordenamiento aragonés, y en la supletoriedad inmediata del Apéndice foral aragonés por el Código civil. Más concluyente estima el hecho de “que el Código considere a tales preceptos formas particulares de reducción, operación a la que se refiere, sin regularla especialmente, el art. 124 de la Compilación, por lo que ha de aceptarse que remite a la regulación del C. c., si bien la disciplina del texto castellano sólo podría aplicarse a la reducción cuantitativa (que es la aludida en el art. 124)”. Por ello, cree defendible la aplicación de los arts. 821 y 822 al legado sujeto a reducción, “supuesto, de una parte, que el 821 viene citado en el 654, de indudable vigencia, y, de otra, que ante la indivisibilidad económica de la finca en la hipótesis que con-

(348) Cfr. X. O'CALLAGHAN, loc. cit., IV, 5, b, 3.º y 4.º, pp. 294 y s.

(349) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa”, IV, en “Estudios... en honor del Prof. Castán-Tobeñas”, vol. II, pp. 292 y s.

templan tales preceptos, parece haber una laguna legal, por no poderse atribuir bienes hereditarios *in natura* en la proporción exacta de dos tercios y un tercio, respectivamente a los legitimarios y a los extraños (a esto último cabría responder que, a falta de precepto aragonés expreso, se crea sobre la finca legada una situación de comunidad, participando en ella los legitimarios materiales y el legatario, respectivamente por la parte deducible y por la libre)". Esta observación hecha entre paréntesis por Lacruz llevaría a una solución que parece incompatible con la del Código civil que según hemos entendido señala unas formas específicas para salir de esa comunidad, dando opción preferente al mayor partícipe para quedarse con la cosa, abonando en dinero la estimación de la otra parte.

E) EN EL DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA.

58. La interpretación efectuada por los capítulos *Raynutius*, 16 y *Raynaldus*, 18, del tít. XXVI, lib. III de las Decretales, para los supuestos de fideicomisos condicionales, como antes hemos anticipado, permitía deducir la legítima, al recibir la herencia, y la trebelliánica, al restituirla.

Este criterio, al ser aplicable a Cataluña el Derecho canónico como supletorio de primer grado, fue recibido como derecho en el Principado.

Cancer (350) había mantenido riguramente la solución romana respecto de la falcidia, con la corrección canónica para la trebelliánica. Estimó imposible deducir acumulativamente legítima y falcidia: "quia deducta legitima, non detrahetur falcidia, cum falcidia, cum legitima numquam concurrent". También consideró no acumulables trebelliánica y legítima en los fideicomisos puros: "etiam, nec legitima nec trebellianica concurrunt, ut pote quia una imputatur in aliam, puta quando fideicommissum est purum, cum tunc non detrahitur nisi una quarta". No así en los fideicomisos condicionales, pues, "si fideicommissum sit conditionale, duas quartas ex communi deduci resolvit, tam iure canonico, quam civili, quod transit sine difficultate".

Pero esta pura línea del Derecho común no aparecía ya tan clara entre los autores catalanes más recientes, por lo cual conviene que examinemos separadamente sus opiniones respecto de la trebelliánica y de la falcidia.

a) *Trebelliánica y legítima.*

59. Gibert (351) reiteró el mismo criterio de Cancer: "Cuando el fideicomiso es puro no se saca sino una cuarta parte, como también e

(350) JACOBO CANCER, "Variarum Resolutionum...", Pars I, cap. II, nn. 24, 26, y 28, cfr. ed. cit., vol. I, pp. 50 y s. En el n. 141 (p. 60) insiste: "Certum est, filium pure gravatum non detrahare nisi unam quartam, vel legitimam, vel trebellianicam; et si sub conditione duas...".

(351) VICENTE GIBERT, "Teórica del Arte de Notaría", Parte II, cap. I, tít. 8, § único; cfr. 3.ª ed. traducida al castellano, Barcelona 1875, p. 263.

cuando por cláusula codicilar se convierte el testamento en causa de codicilo; y así el hijo sólo tiene facultad de sacar o la trebelliánica o la legítima, y le es más útil sacar la primera, porque en la legítima o imputa o comprende lo que adquirió entre vivos, como dote y donaciones. Pero si el fideicomiso fuere condicional, podrán sacarse dos cuartas”.

Comes (352) expuso, como opinión común, que el hijo gravado bajo condición podía retener dos cuartas: “la legítima desde el principio y la trebelliánica después cuando venza la condición o el tiempo del fideicomiso”; pero indicó que se discutía, si en los demás casos, sólo podía detraerse una cuarta o las dos.

Vives y Cebriá (353), después de indicar la mucha frecuencia con que los testadores gravaban a sus herederos con la obligación de restituir los bienes, aunque éstos fuesen sus hijos, se limitó a exponer: “En este caso los sustitutos se consideran como verdaderamente herederos fideicomisarios y no como unos legatarios; y de ahí es que en Cataluña ha prevalecido y se ha observado constantemente la opinión de que pueden deducirse dos cuartas, a saber, la legítima y la trebelliánica”.

En cambio, Falguera (354), al comentar el texto antes transcrito de Gibert, afirmó que en los fideicomisos para después de la muerte, no sometidos a condición sino sólo a término, no podía detraerse sino una sola cuarta. Opinión que años más tarde rechazó Sagner (355): “Se comprendería, en todo caso, que se hiciese extensiva semejante doctrina a los fideicomisos a término cierto, pero no a aquellos otros en que el término equivale a la condición y que se reputan condicionales”.

Tanto Sagner (356) como Pella y Forgas (357) entendieron que la compatibilidad de las deducciones de legítima y trebelliánica había sido admitida en el Cap. 1 de la Novela 39 de Justiniano. Pero no parece que este texto se refiera sino a la detracción cumulativa de la legítima y de lo que decorosamente faltare, además, para la oblación de la dote y la donación antenuptial. A pesar de esto, es lo cierto que Durán y Bas (358), en su Memoria había dado por

(352) JOSÉ COMES, “Viridiarum Artis Notariatus”, n. 1127, cfr. vers. en castellano “Tratado Teórico práctico del arte de Notaría”, Barcelona 1828, vol. II, pp. 39 y ss.

Al tratar de la falcidia parece que no dudó de que el heredero sea extraño o *sui heredes* podrá reclamar hasta que le quede íntegra una cuarta (cfr. n. 1181, p. 55).

(353) PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBROA, “Usatjes y demás derechos de...”, lib. VI, tít. V, nota 1; cfr. 2.ª ed. vol. I, p. 258.

(354) FÉLIX M.ª DE FALGUERA, Nota gg al cit. texto de GIBERT, pp. 263 y s.

(355) EMILIO SAGUER OLIVET, “Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña”, Gerona 1913, cap. XI, § 83, p. 280.

(356) SAGUER, loc. cit., pp. 272 y s.

(357) JOSÉ PELLA Y FORGAS, “Código Civil de Cataluña”, art. 783; Barcelona 1918, vol. III, p. 226, nota 6.

(358) MANUEL DURÁN Y BAS, “Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña”, Barcelona 1883, Parte 6, cap. 5, p. 263.

sentado, sin distinguir fideicomisos a término y condicionales, que por prescripción del Derecho canónico era indudable la posibilidad de acumular legítima y trebelliánica.

Brocá y Amell (359), como luego el citado Saguer, estimaron que esta acumulación cabía tanto si el fideicomiso era condicional como *ad diem*, rechazando la opinión de Falguera, antes expuesta, a la que tacharon de no ostentar en su favor "textos legales bastantes". Sin embargo, como observó Borrell i Soler (360), los citados capítulos de las Decretales aluden solamente a fideicomisos condicionales, razón por la cual este tratadista ilustre aceptó el criterio de restringir sólo a éstos la acumulación de ambas cuotas. También opinó así Maspons Anglasesell (361), al recoger la antes citada opinión de Cáncer. En cambio, Corbella (362) indicó que entre los autores había discrepancia "principalmente entre los legistas y canonistas". Y Roca Sastre (363), sin distinguir la modalidad del fideicomiso, volvió a repetir: "El fiduciario puede detraer la cuarta trebelliánica y la legítima, pues ambos son derechos compatibles".

En sentencia de casación y consiguiente 2.ª Sentencia de 10 abril 1947, el Tribunal Supremo, decidió que se acumularan legítima y cuarta trebelliánica o pegasiana para detraerlas de un fideicomiso condicional *si sine liberis deceserit*, reclamadas por el cónyuge viudo como heredero del heredero fiduciario, al efectuarse la devolución del fideicomiso, y en el quinto considerando de la primera de dichas sentencias declaró que "la trebelliánica que afecta a los fideicomisos no se defiere, cuando éstos son condicionales, hasta que se cumple la condición conforme a lo establecido en el libro XXXVI, título 1 del Digesto, Leyes 3, 18, 44 y otras que se incluyen en la rúbrica *Ad Senatium Consultum Trebellianicum*, y en la aplicación de estos textos (...) es la opinión más común de los autores catalanes que el valor que debe computarse a dicha cuarta trebelliánica es el que tengan los bienes hereditarios al deferirse el fideicomiso que viene a ser el que tenían al tiempo del fallecimiento del testador con las menguas y aumentos debidos a *periculum et commodum*, ya que supuesto que las mejoras o menoscabos que en el fideicomiso sean acusados por el fiduciario son a él imputables en su pro o en su contra, no sería justo tampoco en uno o en otro sentido, prescindir de los cambios de valor en más o en menos que los bienes hayan experimentado *per se* durante el tiempo transcurrido...".

(359) G. M.ª BROCÁ y J. AMELL, "Instituciones...", § 694, cfr. 2.ª ed. Barcelona 1886, vol. II, p. 384.

(360) ANTONI MARÍA BORRELL I SOLER, "Dret civil vigent a Catalunya", § 343, nota 2, cfr. 1.ª ed. Barcelona 1923, vol. V-I, p. 185.

(361) FRANCISCO MASPONS Y ANGLASELL, "Nostre Dret Familiar", Barcelona 1907, n. 397, p. 191.

(362) ARTURO CORBELLA, "Manual de Derecho Civil", § 661, Reus 1906, p. 769.

(363) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. II, cap. II, pp. 53 y s.

b) *Falcidia y legítima.*

60. Antes del dictamen de que después hablaremos del ilustre maestro Roca Sastre la compatibilidad de legítima y falcidia no había sido afirmada por ningún otro de los autores que hasta ahora hemos citado. Corbella (364) la estimó en discusión. Borrell i Soler (365) la rechazó. Contrariamente, sólo Almeda (366) había dictaminado a favor de su compatibilidad.

El Tribunal Supremo en S. 7 junio 1930, resolviendo un recurso en el cual la parte recurrente fue defendida por Leopoldo Matos y en la vista por Luis Durán Ventosa, casó una sentencia de la Audiencia de Barcelona, que había admitido la detracción de la falcidia después de percibida la legítima, razonando la casación del siguiente modo: "y como tratándose de una ley como la Falcidia de carácter restrictivo y excepcional, y por lo tanto, incompatible con toda interpretación extensiva, desde el momento en que el heredero o herederos perciban por razón del testamento lo equivalente a la cuarta parte de la herencia, es obvio que no tiene derecho a retraer dicha Falcidia: por lo expuesto, y porque cesando las causas que constituyen su razón de ser jurídica, han de cesar del mismo modo sus efectos, con arreglo a los postulados de la recta razón y reglas de la sana crítica".

"Considerando que, en armonía con lo que se deja sentado, el legislador Romano establece en la ley 22, título segundo, libro 35 del Digesto que el heredero instituido no puede usar de la Falcidia cuando lo que por voluntad del testador ha de percibir suple lo que pretende, esto es, la equivalencia de dicha cuarta, y en la misma doctrina se inspiran las leyes 25 y 52 del mismo título, libro y Código; y aun en el caso de que el heredero instituido sin recibir, por razón del testamento, la equivalencia total de la repetida cuarta, perciba sólo parte de ella, dispone la ley 31, título 28 del Código de Justiniano, que a fin de que no peligren los testamentos, se complete lo que le falta para cubrir la porción legítima; principios jurídicos éstos que tienen también su desenvolvimiento en las leyes 30 y 94 del título segundo, libro 35 del Digesto: y como no se ha alegado en este pleito la existencia de perjuicio en sus legítimas por los herederos demandados, ni por tanto se ha demostrado que se les haya adjudicado menos de la cuarta parte de la herencia; es visto que no tienen derecho a retraer la cuarta Falcidia, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora ha incidido en las infracciones legales de los preceptos, que de los que se dejan consignados arriba, el recurrente invoca en la segunda serie de motivos de este recurso".

Sin embargo, el gran prestigio jurídico de Roca Sastre (367), que defendió el criterio contrario, sosteniendo la posibilidad de detraer

(364) CORBELLA, loc. últ. cit.

(365) BORRELL I SOLER, op. y vol. cit., § 477, 11, pp. 266 *in fine* y s.

(366) JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, "Dictámenes", Barcelona 1920, p. 273.

(367) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, "Compatibilidad de la detracción de la cuarta falcidia y la legítima", en *R. J. de Cataluña*, LVII, mayo-junio 1958.

acumulativamente legítima y falcidia, ha sido determinante para que en la Compilación catalana se haya admitido la acumulación con la legítima, no sólo de la trebellianica, sino también de la falcidia. La

pp. 303 y ss. Según nuestro querido e ilustre maestro las razones que le decidieron a inclinarse en favor de la opinión favorable a la detracción de la legítima y de la falcidia, consisten en que: 1.º Existe una misma razón para acumular legítima y falcidia que para efectuarlo con legítima y trebellianica. 2.º Se da una analogía entre ambas cuartas que llega a su asimilación con la fusión justiniana de legados y fideicomisos. 3.º Que por haber precedido cronológicamente la falcidia a la trebellianica y a la legítima el Derecho romano no proveyó a la deducción de ésta para calcular aquélla. 4.º Que al ser la legítima una carga o débito legalmente impuesta de la herencia, debe deducirse previamente, como pasivo hereditario para calcular después la falcidia de lo que recibe el heredero por voluntad del causante, no confundándose las cualidades de heredero y legitimario, derivada ésta de disposición de la ley y aquélla de la voluntad del padre.

Estas razones nos parecen muy discutibles.

Las dos primeras ciertamente fueron tenidas en cuenta por los tres autores de Derecho común que ROCA SASTRE citó como favorables a la tesis por él propugnada, pero lo fueron para llegar a una conclusión más limitada, a saber que la trebellianica y la falcidia podían detraerse, además de la legítima, respectivamente en los fideicomisos y en los legados condicionales, al cumplirse la condición; pero no admitieron que pudieran acumularse a ésta en los fideicomisos y legados que no estuvieran sujetos a condición.

Así, IOANNE PETRO SURDO, "Decisiones Sacri Mantuani Senatus", cfr. ed. Mediolani 1603, desc. CCLI, pp. 1266 y s., dictaminó: "Proinde iura Canonica, quae filium gravatum sub conditione, posse duas quartas detrahere, ut in c. Raynutius, et in c. Raynaldus, de testam., licet loquantur de Trebellianica, locum habent etiam in Falcidia; cum enim duo aequiparantur a iure, dispositum in uno, locum habet etiam in alio, quamvis materia sit exorbitans" (n. 2)... "Et licet dispositio praedicta reperiatur solum in iure Canonico, tamen attendi debet in foro civili, ex quo non corrigitur ius civile..." (n. 3). Y ante la sentencia comentada, en la que el Senado rechazó la petición acumulativa de legítima y falcidia, comentó: "Nam et si filius gravatus onere fideicommissi condicionales, detrahat duas quartas, ut in dicto c. Raynaldus et c. Raynutius; tunc hoc fallit, quando heres rogatur pure restituere, quia tunc solum deducit legitimam" (n. 4). Para concluir: "Quod si Trebellianica non detrahitur de fideicommissis puro, certe non est detrahetur falcidia de legato particulari, puro etiamposito, quod in omnibus sint aequiparata, et quid de uno ad alium licita sit extensio"... "ut in his casibus locus sit Falcidiae in legatis, in quibus locus est Trebellianicae in fideicommissis" (n. 5).

MARCO ANTONIO PEREGRINO, "De Fideicommissis...", art. III, n. 55 (cfr. ed. novissima Lugduni 1670, pp. 41 y s.), discutió si la solución acumulativa canónica, que creía extensiva a los legados condicionales, era aplicable al ius civile, y entendió que la "declaratio iuris Canonici circa Trebellianica deducendam, ultra legitimam, de fideicommissis conditionalibus, facile porrigenda est, ad Falcidiam in legatis conditionalibus: nam una, et eadem in utraque est legis intentio".

E igualmente MARCURIAL MERLINO, "De legitima. Tractatus Absolutissimus", lib. I, tít. III, Quaest; I, n. 8 (cfr. ed. Generae 1652) opinó: "nam sicuti utramque portionem, et legitimam et Trebellianica detrahere potest ubi conditionaliter est gravatus; fra etiam legitimam et Falcidiam potest consequi, quando legatis est gravata hereditas, nec unam quartam cum alia compensare cogendus est".

Nótase, en cuanto a la aplicación práctica de esa asimilación, que mientras los fideicomisos habitualmente son condicionales, especialmente al aplicarse la regla "dies incertus in testamento condicionem fecit", en cambio, lo más corriente es que los legados sean puros. No obstante, resulta clara la equipa-

primera en el art. 201, § 1, puesto que, sin distinguir la especie de fideicomiso señala que para el cómputo de la trebelliánica se deduzcan “*las legítimas causadas, incluso la del fiduciario que sea legítimo*”. Y la segunda, en el art. 229, § 3, que paralelamente indica que para obtener el importe de la falcidia “*Se rebajarán*”... “*las legítimas, incluso la del heredero que sea legítimo*” y más explícitamente en el art. 233, § 1.º: “*El heredero gravado excesivamente con legados, que sea además legítimo del causante tendrá derecho a falcidia además de su legítima*”.

Al comentar el articulado de la Compilación, F. de A. Condomines y R. Faus (368) destacan esa compatibilidad de la trebelliánica con la legítima que “*resulta del artículo 201*”, y de la falcidia con la legítima, conforme al art. 233.

Notemos que la naturaleza de *pars valoris bonorum* (art. 129) de la legítima catalana la aparta de la que tienen falcidia y trebelliánica, que son *pars bonorum* (arts. 202 y 228 y ss.).

61. Las reglas de la reducción de legados por *inoficiosidad*, las hallamos en el art. 142 de la Compilación, que en los párrafos aplicables a esta cuestión previene:

§ 1. “*Si con el valor del activo hereditario líquido no quedaren al heredero bienes relictos suficientes para el pago de legítimas, de legados en concepto de tales o imputables a aquélla, de suplementos y para retener su propia legítima sin detrimento, los legados a favor de extraños y aun de los propios legitimarios en la parte que exceda de su legítima podrán ser reducidos por inoficiosos o, en su caso, suprimidos, para dejar a salvo ésta.*”

ración en los legados *post mortem* del instituido a los fideicomisos condicionales.

La tercera razón, argüida por ROCA SASTRE, de que la creación de la falcidia precedió en Derecho romano a la legítima, por lo que no pudo prever su concurrencia, es tan cierta como lo es que —según hemos visto antes— al regularse la *querella inofficiosi testamenti* y la *actio ad supplementum* se les dio carácter supletorio y no se dio lugar a ellas cuando mediante la falcidia el *heres sui* hubiese obtenido la *quarta*. Por eso, WINDSCHEID (op. cit., § 652, 1, nota 5; cfr. ed. y vol. cit., pp. 482 y s.), al indicar que según disposición del Derecho canónico era deducible la legítima del heredero para calcularle la falcidia, comentó en nota, que ello derivó de un principio no conocido por el Derecho romano.

Y la última razón alegada, fundada en la consideración de la legítima como deuda real de la herencia, da por prejuzgado lo que realmente está en cuestión, es decir, si falcidia y legítima no tratan de asegurar sino una sola cuarta subsidiariamente, por lo cual el heredero o el legitimario que la reciban por otro concepto, sea por atribución voluntaria del testador o, inversa y respectivamente, por legítima o por falcidia, no tienen ya por qué reclamarla por el otro concepto legal. Este era el criterio romano, que por razones de equidad —tal vez más que por influencias conceptuales germánicas— el derecho canónico exceptuó para sustituciones fideicomisarias *si sine liberis decesserit*, admitiendo la deducción de otra cuarta cuando se tuviere que devolver la herencia fideicomitida.

(368) F. DE A. CONDOMINES VALLS y R. FAUS ESTEVE, “Derecho civil especial de Cataluña”, pp. 245 y 270.

§ 2.º “A estos efectos, tendrán la consideración de legados las donaciones por causa de muerte y las asignaciones o señalamientos no hechos efectivos en la vida del heredante”.

§ 4.º “La reducción de legados y demás atribuciones por causa de muerte se harán en proporción a su valor, respetando las preferencias de pago dispuestas por el causante”.

§ 7.º “El legatario o donatario afectado por la inoficiosidad podrá evitar la pérdida del todo o parte de la casa legada o donada, abonando a los legitimarios, en dinero, el importe de lo que deben percibir”.

La asimilación a los legados a efectos de la reducción por inoficiosidad de las donaciones por causa de muerte y las asignaciones o señalamientos no hechos efectivos en vida del heredante, corresponde al criterio romanista de aplicar a las donaciones *mortis causa* las reglas de fondo de los legados (369). Por esa misma razón, esa asimilación de las donaciones *mortis causas* debe entenderse referida a las de tipo suspensivo no a las de naturaleza resolutoria (370). El respeto de las preferencias de pago dispuestas por el causante, tiene como límite, respecto de las expresadas en su testamento o codicilo, el que puede significar la irrevocabilidad de lo dispuesto en forma no meramente preventiva en los títulos matrimoniales, conforme resulta del art. 9 Compil. Fuera de ese supuesto creemos que el testador puede ordenar que las donaciones *mortis causa* y las asignaciones y señalamientos que hayan sido hechos en forma meramente preventiva se reduzcan antes de sus legados (371), puesto que si puede revocar las primeras y las segundas son preventivas o se ha dejado la posibilidad de revocarlos, no puede haber obstáculo para ordenar su posposición, que es lo menos.

La facultad del legatario de abonar en todo caso en dinero al legitimario el importe de la porción en que deba reducirse al legado inoficioso, no depende de quien sea el mayor partícipe de la cosa legada —pues, dadas las preferencias señaladas por el testador en el pago de otros legados, podría resultar el legitimario el mayor partícipe de algún bien legado habida cuenta de la reducción debida—. Su fundamento se halla en la facultad de pagar en dinero las legítimas, característica del Derecho catalán (art. 137 Comp.) (372).

62. Finalmente, el art. 143, § 1.º, regula la acción de reducción de la siguiente manera:

(369) Cfr. nuestro estudio “La donación «mortis causa» en el Código civil español”, I, 5, 4, en *An. Ac. Matr. del Not.*, V, pp. 467 y ss.

(370) Cfr. “La donación «mortis causa»...”, XI, loc. cit., pp. 745 y ss.; y, concretamente sobre la cuestión planteada en el texto, X. O’CALLAGHAN, loc. cit., IV, 9, pp. 300 y s.

(371) O’CALLAGHAN, loc. últ. cit., p. 301 *in fine*, parece que opina lo contrario.

(372) O’CALLAGHAN, op. cit., IV, 9, c, p. 302, señala además otras dos razones justificantes de esa facultad: el carácter *rescisorio* de la acción y el principio del *favor negotii*.

“La acción por inoficiosidad de legados y demás disposiciones por causa de muerte corresponderá sólo a los legitimarios y a sus herederos y al heredero del causante cuando no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario; la acción por inoficiosidad de donaciones únicamente podrá ser ejercitada por los legitimarios y sus herederos. Ambas acciones serán irrenunciables en vida del causante.”

Xavier O’Callaghan (373), al determinar quiénes están legitimados activamente para ejercitar la acción de reducción de legados, además de los legitimarios en general, conforme al art. 143, § 1.º parece que entiende no incluida a la viuda, aunque tenga derecho a la cuarta marital, dado a que el art. 150, en su § 2.º, sólo dice que podrá pedir la reducción o invalidación de las donaciones entre vivos otorgadas por su marido con el designio de defraudarle la cuarta marital. Pero, el § 3.º del mismo art. 143, declara aplicables a la cuarta marital, *“en cuanto lo consiente su propia naturaleza, las reglas de la cuarta falcidia sin previa deducción de legítimas ni obligación de formar inventario”*. Con lo cual, a través de esta vía, por lo demás clásica romana, podrá obtener la restitución de los legados, conforme los arts. 228 y ss. Comp.

La legitimación del *“heredero del causante que no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario”*, la explica claramente O’Callaghan; *“el heredero está obligado a pagar las legítimas ultra vires, no en el sentido de que pagará la legítima aunque no haya bienes hereditarios, puesto que la legítima es una parte del valor de ellos, sino de que tiene que pagar las legítimas correspondientes, y también los legados, aunque estos no ultra vires; si abierta la sucesión aparece la herencia distribuida en tantos legados que no hay bienes para pagar legítimas, si el heredero ha aceptado a beneficio de inventario, no habrá problemas: pagará éstas y aquéllos hasta donde alcancen los bienes relictos, pero no más. Si no hubiera aceptado a beneficio de inventario, el art. 143 le concede legitimación para poder reducir o suprimir los legados en cuanto perjudiquen la legítima, es decir, en cuanto sean inoficiosos”*. O sea, en tanto está él obligado a pagar tales legítimas.

También el mismo autor razona la posibilidad de que los acreedores del legitimario puedan por el mecanismo de la acción *subrogatoria*, conforme los arts. 1.111, 1.001 C. c., ejercitar la acción de reducción de legados inoficiosos que el legitimario no ejercitase, o si éste renunciase a la legítima.

Conforme entiende el propio O’Callaghan (374) el plazo de prescripción de la acción de reducción de legados ha de ser el general de la Compilación, art. 344, esto es, el de treinta años, conforme al *usatge “Omnes causa”*, coincidente con el señalado en el art. 146 a la acción de suplemento. Y, mencionada en el Registro de la Propiedad la legítima, subsistirá durante cinco años a efectos contra tercero. El mismo plazo de treinta años será aplicable a la reducción

(373) O’CALLAGHAN, IV, 5, a, pp. 288 y ss.

(374) *Ibid*, IV, 8, pp. 298 y ss.

de las donaciones *mortis causa*, señalamientos y asignaciones no entregados en vida del heredante.

F) DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES

63. El mismo criterio, que acabamos de ver recogido en la Compilación catalana de diferenciar por una parte legítima y falcidia y de otra legítima y trebellánica, y de permitir la acumulación de cualquiera de las dos cuartas a la legítima, lo hallamos recibido también en la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, entre las disposiciones aplicables a Mallorca y a Menorca.

Así, respecto de la *trebellánica*, el art. 29, § 2.º, al definirla dice: “*La trebellánica consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitida previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso de la que corresponda al propio fiduciario*”.

Y, en relación con la *falcidia*, el art. 40, § 1, precisa: “*El heredero en quien concurra la condición de legitimario tendrá derecho a la cuarta falcidia, además de su legítima.*”

Antes de la Compilación se había consolidado el criterio de estimar compatible la deducción primero de la legítima y después de la trebellánica, conforme resultaba reconocido en la Real Cédula de 31 agosto 1736 y proponían los artículos 22 del Proyecto de Apéndice de 1903, 23 del Proy. Ap. 1920 y 32 del Proy. Ap. 1949 (375). No así respecto de la falcidia que, según Pascual y González (376), era incompatible con la legítima cuando uno mismo las pretendiera.

Por lo demás, la Compilación balear no recoge ninguna disposición relativa al modo de operar para la reducción de los legados, por lo cual parece que habrán de aplicarse los arts. 821 y 822 del Código civil, que, como antes hemos visto, responden perfectamente a la tradición romanista elaborada por los autores de Derecho común.

G) DERECHO FORAL DE VIZCAYA

64. La Compilación foral de Vizcaya, aun cuando, en su art. 21 señala en “*los cuatro quintos de la totalidad de los bienes*” la legítima o herencia forzosa y, en el art. 28, § 1.º, indica que “*el quinto de libre disposición se computará teniendo en cuenta el valor de los bienes hereditarios, previa deducción de las deudas*”, en este último párrafo añade: “*pero será inoficiosa la disposición en lo que exceda de los bienes no troncales*”.

Esta limitación se circunscribe a los legados dispuestos a favor de personas que no sean legitimarios, y, además, no alcanza a los legados a favor del alma, como resulta del art. 29:

(375) Cfr. PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., tít. IV, cap. VI, Sec. 3, ap. 2; p. 261, y nota 27.

(376) PASCUAL Y GONZÁLEZ, op. cit., tít. VI, cap. único, sec. 10, p. 386.

"El legado del quinto en favor del alma se computará estimando el valor de todos los bienes, hecha deducción de las deudas, pero se obtendrá en primer término de los muebles y raíces no troncales. Cuando el importe de estos bienes no llegue a cubrir el del legado se acudirán a la raíz troncal para extraer lo que falte de ambas líneas del causante en proporción a su cuantía.

"En la frase "legado en favor del alma" se entienden comprendidas todas las disposiciones piadosas del testador, como sufragios en general, limosnas para los pobres, legados o establecimientos de beneficencia y demás que tengan fines semejantes."

Del art. 22, n. 4.º, se deduce que no habiendo descendientes legítimos o naturales ni ascendientes legítimos, pueden legarse libremente todos los bienes que no sean troncales, es decir, aquellos bienes respecto de los cuales no haya, profinco colateral alguno de la propia línea con derecho a ellos.

Este criterio de la Compilación corresponde fielmente al del Fuero de Vizcaya (377), leyes 14 (378), y 18 (379), tít. XX, y 10, tít. XXI (380).

(377) Cfr. JADO, op. cit., II parte, tít. IV, cap. III, sec. II, § I, pp. 318 y ss.

(378) La ley 14, tít. XX del Fuero bajo el epígrafe: *"En qué manera se puede disponer de los bienes muebles, y rayzes, y tronqueros habiendo Hijos, y no los habiendo"*, disponía:

"Otrosi, dixeron: Que havían de Fuero, uso, y costumbre, y establecían por Ley, que cualquier Home, ó Muger que oviere bienes muebles, assi vacas, ó bueyes, ó otros qualesquier ganados, y ropas de lino, ó lana, ó oro, ó plata, y otros qualesquier bienes muebles, en caso que tenga Hijos, ó descendientes, ó ascendientes legítimos, pueda mandar, y disponer de todo lo tal, hasta el quinto de todos sus bienes muebles, y rayzes, y no más: Y á falta de los tales descendientes, y ascendientes legítimos, pueda disponer de todo el mueble á su voluntad, reservando la raíz para los profincos tronqueros: Con que si deudas oviere, y bienes muebles el que tal raíz tuviere; de lo mueble se paguen las deudas, y no de la raíz".

(379) La ley 18, tít. XX del Fuero acerca de: *"A quien, y de que bienes se puede hacer donación, ó manda"*, determinaba:

"Otrosi, dixeron: Que havían de Fuero, uso, y costumbre, y establecían por Ley, que home alguno, ni muger no pueda hacer donación, ni otra manda, ó disposición á estraño, haviendo decendientes, ó acendientes legítimos, ó parientes profincos de traviesa del tronco dentro del quarto grado de bienes rayzes algunos. Pero de lo mueble pueda disponer á su voluntad; como quisiere: Con que haviendo decendientes, ó acendientes legítimos, no exceda del quinto de sus bienes. Y que de la raíz pueda disponer, hasta el quinto por su alma, aunque haya los tales herederos legítimos, ó profincos".

(380) La ley 10, tít. XXI del Fuero, resolvió: *"Por ende, por obviar todo ello, dixeron: Que ordenaban, y ordenaron, que en ningún Testamento, ni última voluntad, que no pasare en presencia de Escribano público, Testador alguno, que tenga decendientes, ó acendientes, pueda mandar á estraños más de la quinta parte de sus bienes; de la qual quinta parte, se hayan de sacar, y hacer las animalias, y mandas pías, ante todas cosas: Y en caso, que no tenga decendientes, ó acendientes, pueda mandar el dicho quinto de su hacienda, por su Anima, y no más. Y esto se entienda en los bienes rayzes; pero de los bienes muebles, no haviendo decendientes, ni acendientes, pueda mandar de ellos á su voluntad, como quisiere: Conque de ellos se cumplan ante todas cosas las animalias"*.

IV) COMPLEMENTO DE LA LEGITIMA LESIONADA EN LA PARTICION

A) EN EL DERECHO ROMANO COMÚN

65. La legítima, reconocida o respetada en los actos dispositivos del causante, puede resultar lesionada en una partición aunque no se halle afectada por vicios en el consentimiento de quien o quienes la hayan otorgado.

Esa lesión puede derivar de cálculos equivocados; de la evicción de algún bien asignado o adjudicado al legitimario o por resultar incobrable algún crédito que se le hubiese adjudicado como cobrable; de la omisión de bienes que debían partirse o colacionarse; e incluso de la preterición particional de un legitimario que hubiese sido beneficiado con algún legado o favorecido con alguna donación.

En Febrero (381) hallamos un resumen de la doctrina recogida por el Derecho común en materia de rescisión de las particiones: error en más o menos de la mitad del justo precio (ley 1 Cod. III-XXXVIII, 1 en rel. ley 2 Cod. IV-XLVI); error de los contadores en la sexta parte del haber de un heredero (basado en el comentario de Bartolo a la l. 6, Dig. XVII-II); lesión enormísima (Cod. II-XXI [XX], 5); ocultación u omisión de alguna cosa en la partición (Cod. III-XXXVI, 1 y 3, Cod. VI-XX, 8); lesión sufrida por un menor que disponía de la *restitutio in integrum* (Cod. III-XXVIII, 4) para el ejercicio de la cual el plazo de cuatro años se comenzaba a contar desde la mayoría de edad del reclamante. Y también (382) trató de lo relativo a la responsabilidad de los coherederos por evicción.

Notemos que así planteada en términos generales la evicción entre los partícipes de una división de herencia y la rescisión por lesión de una partición tienen un ámbito cuantitativo que no coincide con el de la lesión de las legítimas. Tanto la lesión enormísima, como la de más o menos de la mitad del justo precio y la de la sexta parte del haber pueden existir sin que haya lesión en la legítima, o, viceversa, al instituido sólo en la legítima, o en poco más, por debajo de esas medidas queda un amplio margen dentro del cual cabe que la legítima resulte lesionada.

Propiamente de la rescisión y la evicción, en caso de resultar lesión en la legítima, se ocuparon los autores en el supuesto de la partición hecha por el testador.

65. Así, en otro trabajo anterior (383) hemos visto que en la partición *parentem inter liberos* desaparecían la posibilidad de rescisión por lesión y de evicción entre los herederos, conforme las leyes 77, § 8, Dig. XXXI-único y 9, tít. XV, Partida 6, salvo en dos supuestos: que constare que la intención del testador de que hubie-

(381) FEBRERO, "Librería...", II Parte, libro II, cap. IX, § I; cfr. ed. Madrid 1781, vol. II-II, pp. 552 y ss.

(382) FEBRERO, *op. y cap. cit.*, § II, ed. y vol. cit., pp. 562 y ss.

(383) "Atribución y concreción del contenido y extinción de las legítimas", II, g, 31, en *A.D.C.*, XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 78 y ss.

re igualdad entre los herederos o cuando no quedase salvada la legítima. Esta segunda excepción que se apoyaba en la ley *Scimus*, Cod. III-XXVIII, 36, pr., así como también en Cod. III-XXXVI, 10 y Novela XLVIII, pr. Sólo ésta interesa aquí al tema de que tratamos. De la primera de estas excepciones nos hemos ocupado extensamente en varias ocasiones (384) y es ajena a nuestro específico objeto actual.

Tanto en el caso de lesión como en el supuesto de evicción, siguiendo el criterio de los autores de Derecho común, los juristas castellanos subrayaron que en la partición hecha por el testador debía quedar siempre a salvo la legítima. Vamos a repasarlo brevemente.

a) La firmeza de la partición efectuada por el padre, que no podía ser rescindida si no hubiese lesionado legítima alguna, la vemos dada por supuesta por los autores en diversos textos y evidentemente también la presupone el criterio que, como veremos al repararla, tuvieron éstos en el caso de evicción derivada de la partición hecha por el padre entre sus hijos.

Así lo supone el planteamiento, que vemos en Antonio Gómez (385) y en Ayerve de Ayora (386), cuando el padre, o la madre, no dijese expresamente que mejoraba a uno de sus hijos en el quinto de sus bienes, sino que únicamente entre ellos en vida dividió todos los bienes y les transmitió su posesión asignando a uno mayor porción que a los otros, inquiriendo si entonces cabía —partiendo, como aclaró Ayerve de Ayora, de que esta porción “no exceda de sus legítimas ni grave a ninguno dellos en más del tercio y quinto de sus bienes”— que se revocasen tales asignaciones y división, entendieron que no se trataba de donación, ni de contrato entre padre e hijo, sino “*potius quaedam divisio et prematura assignatio, ut post mortem patris fortiatur plenum affectum, unde ab eo potest revocare*”. La solución del problema, en la que ambos autores discreparon (387), no interesa para la cuestión que tratamos, pero sí la constancia de que valía la distribución desigual como mejora tácita, en cuanto no lesionara la

(384) “Apuntes de Derecho Sucesorio”, II, § 3.º, A, pp. 180 y ss. y “Atribución...”, loc. cit.

(385) ANTONIO GÓMEZ, “Opus... super legibus Tauri”, I, XVII, n. 21, ed. cit., fol. 71 vto.

(386) ANTONIO AYERVE DE AYORA, “Tractatus de Partitionibus...”, III, pars, quaest. XVI, n. 53, ed. cit., fol. 140.

(387) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., en su vers. *Si his non obstantibus* había estimado irrevocables la división y las asignaciones desiguales como “*quaedam tacita melioratio*” que por la ley 17 de Toro, “*datur certa forma, ut secuta traditione vel interveniente causa onerosa non possit revocari: ut de ista eadem ratio et dispositio militat et habet locum in nostro casu, et sic in divisione facta inter liberos.*” En cambio, AYERVE DE AYORA opinó que “el padre o la madre podrá revocar cuando quisiese, aunque aya entregado la possession de los bienes a sus hijos, porque este no es contrato entre vivos, ni por tal se a de juzgar sino última voluntad y disposición que quiso prevenir el padre en dividir su herencia a sus hijos en lo cual no a lugar la disposición de la ley 17 de Toro”, por lo cual estimó aplicable la ley 20, § 3, Dig. X-II.

legítima de algún hijo; que en el caso de no ser firme al otorgarse, adquiriría plenos efectos al fallecer el padre o madre que practicó la división, y que si en ese caso no podía revocarla el padre, evidentemente ni en éste, ni en caso contrario al adquirir firmeza a la muerte del mismo, menos podían rescindirla los hijos en cuanto no resultara lesionada su legítima respectiva.

Febrero (388) contrapuso la partición “que se hizo entre los hermanos”, en consecuencia de la cual, “cuando se dio al uno más que lo que se le debía dar”, se debía “resarcir el daño, o lesión a arbitrio del juez”, y “la hecha por el padre entre sus hijos”, en virtud de la cual, “sin embargo de que haya dado más al uno que a los otros”, los hijos “no pueden quejarse de ella, ni contravenirla por que este [hijo beneficiado] se entienda mejorado; excepto que lo que más le dió, exeda de su legítima y mejora...”

b) Respecto del supuesto de evicción, la ley 9, tít. XV, Part. 6, en su apartado final siguió el criterio de la ley 77, § 8, Dig. *De legatis* 1 (XXXI-único) al declarar: “Pero si el padre, o testador, partiese el mismo la heredad en su vida entre los herederos, a su finamiento si después que el finasse, venciessen algunos dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, entonces los otros herederos non serian tenudos de fazerle enmienda ninguna”. Pero, a este texto glosó Gregorio López (389) “exceptuase el caso en que no quedare salva la legítima”. Y en este sentido se mostraron concordes, sin que conozcamos excepción alguna, los autores que se ocuparon de esta cuestión como Antonio Gómez (390), Ayerve de Ayora (391), Sanz Morquecho (392), el P. Luis de Molina S. I. (393), Alfonso de Guzmán (394), los Hermosilla (395), Ayllón Laínez (396), criterio que también sigue Febrero (397).

67. El supuesto de evicción nos muestra como diferencia entre la partición efectuada entre los hermanos y la realizada por el testa-

(388) FEBRERO, cap. últ. cit., § I, n. 18, vol. cit., p. 561.

(389) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “*partiesse el mismo*”, de la ley 10, tít. XV, 6.ª Part. o gl. 54 h.t., ed. y vol. cits., p. 740.

(390) A. GÓMEZ, “*Variae...*”, II parte, cap. II, n. 34, vers. “*Quod tamen singulariter intellige*”, ed. cit., p. 217.

(391) AYERVE DE AYORA, op. cit., III Pars., Quaest. IX, nn. 21 y 24, ed. cit., fol. 128 vto. y 129 vto.

(392) PEDRO SANZ MORQUECHO, “*Tractatus de bonorum divisione*”, Pars I, cap. 8, n. 14, cfr. ed. Matriti 1601, p. 60.

(393) P. LUIS DE MOLINA, S. I., “*De Iustitia*”, Disp. CCXLV, n. 10, vers. “*Exipitur nisi*”, cfr. ed. y vol. cits., p. 576.

(394) ALPHONSUS DE GUZMÁN, “*De evictionibus*”, Quaest. XXXIII, n. 19, ed. Lugduni 1686, p. 184.

(395) GASPAR, JUAN y SEBASTIÁN HERMOSILLA, “*Notae, Additiones et resolutiones ad glossas Legum Partitarum D. Gregorio Lopetii*”, part V, tít. V, lex XXXII, n. 112, cfr. 3.ª ed. Colloniae Allobrogum 1751, vol. II, p. 112.

(396) JUAN AYLLÓN LAINEZ, “*Additiones...*”, l. II, cap. II, n. 34, vers. *Advertendum tamen est*, ed. cit., p. 115.

(397) FEBRERO, op. y cap. últ. cit., § II, n. 22, p. 564, ed. y vol. últ. cit., p. 564.

dor, que en ésta no tiene lugar si no resultare que el testador hubiese querido que en todo caso se guardara la proporción o, si se hubiera dado lugar a perjuicio en alguna legítima, mientras en aquélla tiene lugar si no se hubiese renunciado sin que en este caso hubiese por qué salvaguardar perjuicio alguno en las legítimas (398). Claramente lo vemos expuesto por Febrero (399), al tratar de la evicción por razón de partición de herencia, que dice: “Lo cual se entiende en cuanto a la legítima, aunque no sea adjudicada por el juez en la partición, o extrajudicialmente entre los hijos, sino señalada por el padre en su testamento, o entregada a cuenta de ella en su vida; pues si en juicio le quitan al hijo tendrá la acción de evicción contra los coherederos. Pero si los herederos pactan, que aunque la cosa adjudicada al uno se le quite, no ha de haber lugar a la evicción, no se le dará esta acción”.

Aquí tenemos un indicativo de que el posible error de cálculo o riesgo conscientemente asumidos por los herederos en la partición si aquél no alcanzaba la mitad del precio de la cosa, no podía dar lugar a los efectos del saneamiento ni de la rescisión o compensación, aunque la evicción o la lesión afectase la legítima.

En cambio, con tanta o más razón que cuando la partición la hubiese efectuado el padre o la madre, si la partición hubiese sido efectuada por el comisario o contador partidor o judicialmente, la lesión producida en la legítima por causa de evicción debe dar lugar al saneamiento consiguiente; así como si la lesión resultó de error en la valoración o en el modo de efectuar la partición debe dar lugar a apelación (400) o, en su caso, a acción en juicio contradictorio para corregir el agravio aunque no sea notable (401).

El P. Luis de Molina S. I. (402) hizo notar la absolutividad e irrevocabilidad de la partición efectuada en presencia de los hermanos o de todos los herederos: “quod absoluta est, atque ab omnibus suscripta, non potest deinceps revocari, esto eorum aliquis adversus illam velit opponere”. Sin embargo, señaló tres excepciones:

1.^a Si se probare lesión *ultra dimidium* del justo precio, puesto que cabe para rescindir la compraventa o cualquier otro contrato.

2.^a Si dentro del año de la partición probase lesión de la sexta parte de su haber debida a error de quien la hizo.

3.^a Si alguno de los herederos hubiese sido menor de edad al tiempo de consumarse la partición, pues éste podría usar del bene-

(398) Notemos que al contraponer los supuestos de evicción en una y otra especie de partición, salvan las legítimas en la partición hecha por el padre y no hacen salvedad alguna al respecto en la efectuada por los hermanos con renuncia de evicción o a riesgo de cada adjudicatario: AYERVE DE AYORA, op. cit., III Pars, Quaest IX, n. 20, fol. 128, ni el P. LUIS DE MOLINA, S. I., Disp. últ. cit., n. 10, p. 576.

(399) FEBRERO, op. y cap. últ. cit., n. 22, p. 564.

(400) Cfr. FEBRERO, op. y cap. últ. cit., § 1, n. 14, p. 558.

(401) Cfr. AYERVE DE AYORA, op. y pars. cits., Quaests. V, VI, y VII, fol. 124 vto. y ss.

(402) P. LUIS DE MOLINA, S. I., op. y dis. cits., nn. 11 y 12, p. 576.

ficio de la *restitutio in integrum* antes de cumplir los veintinueve años.

68. La manera de reparar la lesión fue también estudiada:

a) Si en la partición realizada por los árbitros o contadores se produjera agravio por haber sido realizada malamente —*perperam-facta*—, aun sin fraude ni dolo, por error en la valoración o en el modo de efectuarla (v. gr., contando como totalmente de la herencia bienes que sólo lo eran en parte o aplicando los divisores a bases que no fuesen los correspondientes, etc.), procedía la corrección conforme al criterio deducido de la ley *Maioribus* (Cod. III-XXXVIII, 3), aplicándose la solución dada para la compraventa de la ley 2, Cod. IV-XLIV de conceder al demandado la opción de complementar a arbitrio de buen varón por el importe de la lesión la parte del lesionado o soportar la rescisión de la partición (403).

b) Si hubo lesión *ultra dimidium* o enormísima, se discutió si igualmente el coheredero demandado podía cumplir supliendo el justo precio al perjudicado, sin deshacerse la partición, o, por el contrario, si en este caso era preciso rescindir la partición y satisfacerse al perjudicado con bienes hereditarios, o aún si esta última satisfacción podía efectuarse sin rescindir la partición (404). Febrero (405) resume que “se deben volver a hacer, si los errores y lesión son sustanciales, y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo se deben reformar y permitir al demandado la elección de que se deshagan o se supla el engaño. Y, sin embargo, de que algunos no esientan al suplemento, pero es lo más equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones a los interesados. Y si la lesión proviene de mero error de cálculo, entonces como no es sustancial, ni mira a perjudicar a las partes en sus derechos, sino puramente material, no se deben deshacer las particiones, sino por medio de notas y prevenciones las equivocaciones padecidas...”.

c) Si la lesión se debió a olvido u ocultación de bienes que partir o colacionar, conforme las leyes 1 y 3 Cod. III-XXXVI y 8, VI-XX, debía complementarse la partición dividiendo la cosa añadida, o complementando a los coherederos lo correspondiente por lo colacionado, sin que por este hecho se impugne la partición sino “sólo [se] intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione” (406).

B) EN EL CÓDIGO CIVIL

En el Código civil hallamos, acerca de la cuestión que nos ocupa, parecidas dudas a las suscitadas en el anterior Derecho.

(403) Cfr. AYERVE DE AYORA, Pars. III, Quaest. VI y VII, fol. 125 y ss. y FEBRERO, op. y cap. cit., § I, 5, p. 554.

(404) Por esta tercera solución que concordaba las anteriores opiniones se inclinó AYERVE DE AYORA, op. y pars. cit., Quaest X, n. 25, *in fine*, fol. 130 vto.

(405) FEBRERO, cap. últ. cit., § I, n. 6, p. 555.

(406) FEBRERO, *ibid.*, n. 10, pp. 556 y s.

Para entrar en la problemática que nos ocupa conviene que examinemos brevemente los principios que hacen al caso relativos a la evicción y saneamiento, a la rescisión, a la omisión de algún o algunos objetos o valores y a la modificación por preterición en ella sin mala fe o dolo de un interesado.

a) *Obligación de evicción y saneamiento.*

69. La norma general la hallamos en el art. 1.069:

"Hecha la partición los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados" (407).

Las excepciones se expresan en el art. 1.070:

"La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos:

"1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima (408).

"2.º Cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición (409).

"3.º Cuando la evicción proceda de causa posterior a la partición, o fuere ocasionada por culpa del adjudicatario" (410).

Una aplicación concreta a los créditos no cobrables, es expresada en el art. 1.072:

"Si se adjudicare como cobrable un crédito los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición.

"Por los créditos calificados de incobrables, no hay responsabili-

(407) Es literalmente idéntico al art. 1.086 del Antep. 1882-88, que señala su procedencia del art. 917 Proy. 1851, que decía: "Hecha la partición, quedan obligados los coherederos entre sí a la evicción y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas o les cupieren en suerte". GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., pp. 272 y s. señaló su conformidad al art. 884 francés y sus antecedentes romanos, ley 1, tít. 38 y 14, tít. 33, libro III del Codex y de la ley 9, tít. 15, Partida 6.

(408) Corresponde al núm. 1, art. 1.087, Antep. 1882-88, que decía: "propietario o dueño de la finca" en lugar de "testador", y al art. 918 del Proy. 1851, que no decía nada de la legítima, pero GARCÍA GOYENA (vol. cit., p. 275, después de señalar su procedencia de la ley 77, § 8, libro 31 del Digesto y de la 9, tít. 15, Partida 6, comentó: "Pero séase lo que se quiera de la presunta voluntad del difunto, los herederos forzosos perjudicados en su legítima por la partición que hizo el mismo, tendrán siempre derecho a pedir el suplemento de aquélla."

(409) Con distinto orden empleó las mismas palabras el n. 2 art. 1.087 Antep. 1882-88, y su contenido lo hallamos en el primer inciso del art. 919 Proy. 1851, del que GARCÍA GOYENA, al comentar el art. 917 (pág. 272 y s.), indica que como la siguiente excepción que veremos, se tomaron del art. 884 francés, aunque de ellas dice que eran "excepciones a mi parecer inútiles", pues entiende que sin duda aunque no se expresaran serían evidentes.

(410) Es idéntico al n. 3 art. 1.087 Antep. 1851 y corresponde al inciso final del art. 919 Proy. 1851, excepción a la que también se refería el último reseñado comentario de GARCÍA GOYENA.

dad; pero, si se cobran en todo o en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos" (411).

(Notemos que el § 1 de este artículo es aplicación a su supuesto específico de las transcritas excepciones 2.^a y 3.^a del art. 1.070, y que el § 2 propiamente constituye un supuesto especial de la omisión previsto en el art. 1.079).

La aplicación de estos preceptos al supuesto que nos ocupa de lesión de la legítima a consecuencia de la partición nos lleva a las mismas consecuencia que, respecto del Derecho anterior, hemos visto antes expuestas por Febrero (412).

I. La lesión de alguna legítima dimanante de evicción o vicio oculto anteriores a la muerte del causante, da lugar al saneamiento, en cuanto afecte a dicha legítima, si la partición hubiese sido efectuada por el testador.

II. Si la partición fue efectuada por los herederos, la obligación de saneamiento, derivada de causa anterior y no debida a culpa del adjudicatario, tiene lugar totalmente aunque no afecte a legítima alguna; pero si "*se hubiese pactado expresamente al hacer la partición*", sin mediar dolo, que no tenga lugar dicha obligación, no habrá lugar a ella aunque, a consecuencia de la partición resulte lesionada alguna legítima, puesto que éstas o su suplemento pueden renunciarse después de fallecido el causante.

III. En las demás particiones no tiene lugar esta última excepción, salvo si en acto posterior los herederos pactaren expresamente esa inaplicación.

El modo como debe efectuarse el saneamiento es expresado en el art. 1.071:

"La obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcional a su respectivo haber hereditario; pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado.

(411) Reproduce el art. 1.089 Antep. 1882-88, que señala como antecedentes los arts.: 921 Proyecto 1851 modificado conforme a los arts. 4.117 y 4.118 Código Mexicano (cfr. vers. cit., cuidada por MANUEL PEÑA, p. 336). El art. 921 Proy. 1851 sólo decía: "Los herederos no responden de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sí sólo de que éste se hallaba solvente al tiempo de la partición". GARCÍA GOYENA, al comentarlo (vol. cit., p. 276), señaló que por Derecho romano, conforme la ley 4, tít. 4, lib. 18 del Digesto, "el vendedor de una acción o crédito no era responsable de la solvencia del deudor, ni aún al tiempo de la venta, respondiendo únicamente de la certeza del crédito, a menos de intervenir dolo o pacto especial", criterio seguido por el Proyecto para el mismo supuesto, "pero —añadió—, aunque hay alguna analogía entre la venta y la partición, subsisten diferencias muy marcadas, como se observa en el punto de lesión, porque entre los coherederos que parten por necesidad, que no especulan y tan sólo reciben lo suyo, debe guardarse toda posible igualdad; no así en las ventas objeto de comercio y de especulación".

(412) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 388.

"Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna" (413).

No quiere la ley, como observa Bonet Ramón (414), que se proceda a nueva partición, pero sí que el perjuicio recaiga, como es justo, sobre todos los partícipes, proporcionalmente a su haber respectivo.

Ahora bien, esta proporcionalidad tiene también un límite derivado de las legítimas de quienes deben saneamiento o evicción. Si algún coheredero no ha recibido sino su legítima, o por encima de ella una cantidad menor que su proporcional obligación de evicción, la salvaguarda de aquélla significará un límite a su participación en la evicción que, como en el caso de insolvencia de un coheredero, dará lugar a una nueva redistribución entre los otros.

b) *Rescisión por lesión.*

70. Las normas generales se hallan en los arts. 1.073 y 1.074:

Art. 1.073: "*Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones*" (415).

Art. 1.074: "*Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la tercera parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*" (416).

El Código civil ha separado de la rescisión de las particiones el fraude y dolo que desde la ley *Maioribus* (Dig. III-XXXVIII, 3) venían confundiendo con las causas de rescisión, así como la violencia. En eso, sigue acertadamente el criterio insinuado por García Goyena (417): "Yo creo que en rigor podría haberse escusado en todos los Códigos hablar de dolo y violencia en esta materia, porque bastaba lo dispuesto en materia de obligaciones y contratos..." La "simple referencia" que "por esto" hizo el art. 992 del Proyecto 1851, ha desaparecido aplicando con más exactitud ese criterio.

(413) Con la sola diferencia de decir "*a la evicción*" en lugar de "*al saneamiento*", es igual al art. 1.088 del Anteproyecto 1882-88, que tomó, según indicación de sus redactores (cfr. ed. cit., p. 336) su párrafo 2.º del art. 4.118 del Código Mexicano. Su párrafo 1.º es idéntico al art. 920 Proy. 1851. GARCÍA GOYENA al glosarlo (vol. cit., p. 274) invoca la regla de la ley 2, tít. 52, lib. 8 del Código: "*Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quesita scinditur*".

(414) BONET RAMÓN, "Código...", art. 1.071, p. 790.

(415) Las causas de rescisión de las obligaciones están expresadas en el art. 1.291. De ellas las dos primeras quedan absorbidas en la regla del artículo 1.074, pues, como éste, exigen que la lesión sea de más de la cuarta parte. El Anteproyecto de 1882-88 en su art. 1.090, no se remitía a las causas de rescisión de las obligaciones, sino que, como e lart. 1.028 del *Codice italiano* de 1865, decía: "Las particiones pueden rescindirse por causa de violencia y dolo", como el art. 887 francés, si bien este Código en su art. 998 dice que serán nulas, como ya observó GARCÍA GOYENA, al comentar (vol. cit., p. 276), del Proyecto 1851, según el cual "Lo establecido en los artículos 990, 991, 992 y 993, tiene también lugar en las particiones de herencia", hallándose estos artículos referidos en dicho Proyecto a la intimidación, violencia y dolo.

(416) Es idéntico el art. 1.091 Antep. 1882-88 y en sustancia al 924 Proy. 1851.

(417) GARCÍA GOYENA, pág. últ. cit.

El mismo García Goyena (418) explicó la razón de aplicarse la medida de la cuarta parte a la rescisión por lesión de las particiones.

“Este punto —dice— no era claro en Derecho romano. Voet, número 35, título 2, libro 10, opina que, no mediando dolo, la lesión debía ser enorme, o en más de la mitad del justo precio, para dar entrada a la rescisión, como en las ventas, cuyo concepto, o el de las permutas, quiere dar a las particiones según las leyes 20, párrafo 3, título 2, libro 10, y la 77, párrafo 18, libro 31 del Digesto; pero esto con la venia de Voet, me parece tan impropio como duro...”.

A su juicio: “Las razones de diferencia acerca de este punto entre la partición y la venta están muy bien explicadas en los discursos motivados 53 y 54 del Código francés: reproduciré uno solo: “Hay libertad para no vender, no la hay para permanecer en la indivisión. La base de la venta es la ventaja que cada uno de los contrayentes busca en ella a expensas del otro; la de la partición es por el contrario la igualdad. Así, la partición es rescindible por naturaleza; porque cesa de ser partición si no es igual, ya que no matemáticamente, por lo menos hasta una cierta proporción.”

Por eso, indicó que en el proyecto de 1851: “Se ha adoptado lo de la lesión en más de la cuarta parte por no haber razones para separarnos de la autoridad de los otros Códigos, a pesar de que en la práctica se había adoptado la de la sexta para la restitución de los menores, aunque nuestras leyes hablan vagamente *de gran pro* o *de gran daño del mozo*”.

Se ha observado que este precepto se refiere a la lesión por valoraciones equivocadas, pero que pueden producirse simples errores de cuenta o cálculo, y afirmado (419) que en el espíritu de la ley está que los errores de cálculo se subsanan, sin que se produzca una verdadera rescisión, ni es preciso que en ese caso la lesión sea superior a la cuarta parte, sino que basta su existencia para que los Tribunales deban hacer subsanar el perjuicio producido por ese error cualquiera que sea su cuantía.

Las excepciones a la regla general las hallamos en los arts. 1.075 y 1.078:

Art. 1.075: “*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*” (420).

(418) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 924, pp. 277 y s.

(419) Así, MARIO NAVARRO AMANDI, “Cuestionario...”, art. 1.079, cuest. 1, cfr. vol. III, p. 480.

(420) El art. 923 Proy. 1851 era idéntico hasta la primera coma, y concluía desde ella “salvas las excepciones de los arts. 899 y 918”. El primero, precedente del actual 1.056, § 1, hacía la misma salvedad que éste con respecto a la partición hecha por el difunto, “se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”; y el 918 contenía —como hemos visto antes— para los supuestos de evicción y saneamiento la segunda de las excepciones recogidas en el vigente art. 1.075. Del sentido de esta

Art. 1.078: “No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados” (421).

Se ha dicho (422) que la excepción de este último artículo tiene su fundamento en que la enajenación de los bienes por el adjudicatario es una confirmación de la partición, como asimismo en la imposibilidad de hacer una nueva partición, porque ya no se dividirían los mismos bienes de la herencia. La primera razón viene avalada por el hecho de que su precedente en el anteproyecto 1882-88, § 2 del art. 1.095, estaba precedido de un § 1 que se ocupaba de la transacción de las diferencias o dificultades habidas en la partición (423).

71. La cuestión fundamental que suscita nuestro tema consiste en determinar si para la rescisión de las particiones no efectuadas por el testador, es preciso que la lesión exceda de la cuarta parte, sin que en otro caso puedan rescindirse aunque la menor lesión afecte alguna legítima. No parece que la partición judicial, ni la efectuada por contadores partidores o árbitros, puedan ser menos respetuosas de las legítimas que las efectuadas por el testador, y, por ello, estimamos como evidente que pueden rescindirse si lesionaren alguna. Pero el T. S. en S. 30 marzo 1968, requirió que la lesión de la legítima producida por el contador-partidor axediere de la cuarta parte para que pudiera reclamarse contra ella criterio que no nos convence, si bien estimamos que la cuestión es más discutible en la partición efectuada por los herederos.

Cámara Alvarez (424) se ha ocupado de ella, al contestar a la pregunta de si el legitimario a quien sólo se le haya dejado su legítima, ¿podrá pedir la rescisión por la lesión si ésta alcanza la cuarta parte o en todo caso?

“Pienso —dice— que la rescisión sólo debe ser procedente, también en este supuesto, cuando la lesión exceda de la cuarta parte. El contraste entre el artículo 1.075, que, respecto de la partición hecha por el testador, separa las dos hipótesis de lesión en más de la cuarta parte (que en principio excluye) y lesión de la legítima (que admite

última nos hemos ocupado en los estudios referidos supra en las notas 383 y 384.

(421) Corresponde al § 2 del art. 1.095 Antep. 1882-88, que decía “el todo o parte” sin la adición del adverbio de cantidad “considerable”, que ha sido añadido en el Código civil.

(422) Cfr. BONET RAMÓN, op. últ. cit., art. 1.078, p. 795; ESPÍN, “Manual...”, vol. V, sec. I, cap. III, B, b, ed. cit., pág. 176, quien considera que va contra los propios actos del enajenante su ulterior reclamación contra la partición, invocando haber sufrido lesión en ella.

(423) El artículo 1.095 del Anteproyecto tenía un primer párrafo que decía “Cesa la acción rescisoria por lesión cuando se hubieren transigido diferencias o dificultades a que hubiere dado lugar la partición”, y estaba tomado del 928 Proy. 1851 “Cesa la acción rescisoria por lesión cuando después de la partición se transigió sobre dificultades suscitadas en torno de ella”.

(424) CÁMARA ALVAREZ, “Estudio sobre el pago con metálico...”, loc. cit., pp. 827 y ss.

en todo caso y sin exigir que el perjuicio alcance una determinada cuantía), y el artículo 1.074, que no hace ninguna clase de distinciones y sólo admite la rescisión por lesión que rebasa la cuarta parte, resulta sumamente significativo. La solución además parece la más justa. Si el legitimario intervino en la partición y con su consentimiento se formó el lote que le ha sido adjudicado (o se concretó su valor en metálico), no hay razón para concederle una protección especial y distinta a la que recibe un heredero voluntario. En las relaciones entre coherederos tan respetable es el derecho del heredero voluntario como la del heredero forzoso. Si en aras de la estabilidad de la partición sólo se permite al primero pedir la rescisión cuando la lesión rebasa la cuarta parte, no hay razón para pretender otra cosa cuando el heredero sea forzoso”.

Creemos convincentes estas razones (425).

No obstante, deben salvarse las lesiones derivadas de errores de cuenta, aludidas por Navarro Amandi como vimos más arriba, o las derivadas de equivocaciones de concepto, v. gr., al colacionar o no colacionar, al fijar las cuotas con módulo distinto al debido, etc., que creemos deben siempre dar lugar a la debida rectificación o complemento.

72. El modo de reparar la lesión, es indicado en el art. 1.077:

“El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.

“La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

“Si se procede a nueva partición no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.”

Antecedentes legislativos de este artículo son los 1.093 y 1.094 Anteproy. 1882-88 y los 926 y 927 Proy. 1851 (426). García Goye-

(425) El mismo CÁMARA, en su nota 182, p. 828, cree que existe un matiz distinto en el supuesto de que el legitimario sólo reciba un legado de cosa específica o de suma determinada e intervenga en la partición, y se inclina por aceptar la solución contraria. Ciertamente este supuesto sería originariamente de acción expletoria y no de rescisión de partición, si el legado fuese inferior a la legítima del legatario. Pero el *quid* está en la intervención del legatario en el acto particional, según se limite a aceptar el legado, o si, además, renuncia a toda reclamación posterior —supuesto en el que creemos que nada podrá reclamar— o bien toma parte en la formación del inventario, avalúo y liquidación, que aprueba con los demás interesados, supuesto en el cual sólo la lesión en más de la cuarta parte ha de permitirle la reclamación contra la partición, aplicando la regla general sostenida en el texto.

(426) El art. 1.093 Anteproy. 1882-88, en su § 1.º coincide con el § 1 del art. 1.077 C. c. con la sola variante de que donde éste dice “optar” aquél dice “escoger”, —como también el § 1 del art. 926 Proy. 1851.

El § 2.º del art. 1.093 Anteproy. 1882-88 es idéntico al § 2 art. 1.077 C. c., respecto de los cuales el art. 926 § 2.º Proy. 1.851, ofrece variantes de redacción al enunciar el segundo modo de indemnizar: “... o en las mismas cosas de que resulta el daño”.

El art. 1.094 Anteproy. 1882-88 varía su redacción, respecto del art. 927 Proy. 1851 y el § 3 del 1.077 C. c., que son idénticos. La variante del ante-

na (427) al glosar éstos últimos viene a explicar la razón que justifica el artículo del vigente Código civil que aquí examinamos, con la siguiente explicación:

“Esta misma alternativa se concedía por Derecho Romano y Patrio al demandante para la rescisión de la venta por causa de la lesión enorme según las leyes 2, título 44, libro 4, del Código, y 56, título 5, Partida 5.”

“Conviene consultar a la estabilidad de los contratos y de otros actos tan importantes como la partición, mientras lo permita la equidad; y ésta se encuentra en la alternativa del artículo: el objeto de la indemnización del daño sufrido por el que le pide...”

Y el criterio de que la nueva partición no afecte a quien no haya sido perjudicado ni recibido más de lo justo, lo explicó así: “Lo justo y útil no se vicia ni rescinde por lo inútil e injusto; y la partición fue justa respecto de los que no percibieron de ella más de lo justo”.

Vemos en ellas emerger un principio de conservación de la partición en cuanto sea posible y no se halle viciada aún en el caso de que deba rectificarse. Son claras manifestaciones del principio de conservación (428). La rescisión aquí no es un remedio *subsidiario*, como en el artículo 1.295 C. c., sino *electivo* del demandado (429). Y esa solución se ha dicho que debe aplicarse interpretando los casos dudosos con un criterio amplio (430).

El Tribunal Supremo, en S. de 18 de mayo de 1945, entendió supeditado el uso de esa facultad “a que en las circunstancias con que en la partición aparezca producida la lesividad perjudicial para el heredero que ha fundado en ella la demanda sea reparable por cualquiera de los indicados medios; y no lo es, notoriamente, en el caso cuestionado en el presente de manera distinta que ofrece la práctica de una nueva partición, en la que con exactitud veraz se valoran los bienes de la herencia y se asigna una cuota hereditaria que corresponda a la demandante, en cuya fijación no cabe determinar con garantías de acierto la cantidad que como indemnizable podía disponer la demandada recurrente para evitar aquellas operaciones en realidad no efectuadas”.

También decidió que se procediera a nueva partición, casando la sentencia de instancia por aplicación indebida del artículo 1.077, la S. de 5 de noviembre de 1955, que, apoyándose fundamentalmente en la interpretación de la voluntad del testador, ordenó que se procediera a nueva partición.

proyecto se halla en la enunciación de aquéllos a quienes no alcanza la nueva partición: “a los que no tengan la obligación de indemnizar al perjudicado”.

(427) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., arts. 926 y 927, pp. 278 y s.

(428) Así lo indican PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. V, 10, II, b, pp. 634 *in fine* y s. y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones”, vol. I, ed. Barcelona 1971, n. 165, p. 265 y p. 267.

(429) Cfr. LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., p. 265.

(430) En este sentido LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, op. cit., n. 165, p. 265, y ESPÍN, loc. últ. cit., c, p. 177.

Pero, también ha hecho resaltar, en Ss. de 9 de marzo de 1951 y 8 de mayo de 1963, que es regla general el ejercicio de la opción por el demandado, y que en la S. de 18 de marzo de 1945 se daba un supuesto excepcional.

Debe entenderse que para poder optar por la práctica de una nueva partición, el demandado no ha de haber enajenado los bienes inmuebles que le habían sido adjudicados ni parte considerable de ellos. Así resulta supletoriamente del artículo 1.295 y por analogía del artículo 1.078, pues si en éste se deniega la acción rescisoria al que se hallare en el supuesto que contemplamos, no parece que al demandado se le pueda conceder la elección de repetir la partición cuando no pueda aportar a ella los bienes que en la rescindible le había correspondido. No le cabe, pues, sino indemnizar.

La alternativa del § 2 artículo 1.077 entre indemnizar "*en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio*", parece que también queda a opción del demandado (431). Este, en caso de haber enajenado bienes de los que lleve de más, no puede elegir sino indemnizar en dinero. Si optase por compensar con "*la misma cosa en que resultó el perjuicio*" debe entenderse que elige la redistribución de ésta (432), y en el caso de que el perjuicio resulte de la excesiva valoración de alguna cosa adjudicada al demandado, deberá compensarse la hijuela de éste o rehacerla guardando las normas ordinarias de la partición, en especial el artículo 1.061 (433).

Con arreglo al criterio general del artículo 1.295 C. c., la rescisión debe comprender los frutos o intereses del importe del bien a que se refiere el perjuicio.

Si las opciones de que venimos ocupándonos correspondieren a varios herederos demandados por lesión que no estuvieren de acuerdo en cuanto a la forma escogida, no será posible más solución que el arbitrio judicial (434).

El momento hasta el cual podrán ejercitarse estas opciones, el Tribunal Supremo en Ss. de 25 de octubre de 1911 y 9 de marzo de 1951 declaró que no es preciso hacer uso de la opción del artículo 1.077 al contestar la demanda, y en S. de 6 de abril de 1961 ha declarado que no es ya momento para ejercitarla en el de la interposición del recurso de casación.

El artículo 1.076 señala el plazo dentro del cual puede demandarse la rescisión por lesión:

(431) Así MANRESA, op. cit., vol. VI, arts. 1.074 a 1.078, ed. cit., p. 764; SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, arts. 1.074 a 1.079, p. 456; SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...": vol. VI-III, cap. XXVIII, 69, ed. cit., p. 2.177; VALVERDE, "Tratado...", vol. V, cap. XXV, § II, ed. cit., p. 594; LACRUZ y SANCHO, op. últ. cit., 166, p. 266; ESPÍN, loc. últ. cit., p. 177; PUIG PEÑA, "Tratado...", vol. V-III, cap. XXXII, 2, B. d. 3, p. 336; BONET, "Código...", loc. cit., p. 795.

(432) Cfr. ROYO MARÍN, "Derecho sucesorio...", cap. XXXIII, § 5, p. 368.

(433) Así SÁNCHEZ ROMÁN, loc. y pág. últ. cit., y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, loc. últ. cit., p. 266.

(434) SÁNCHEZ ROMÁN y LACRUZ y SANCHO, locs. últ. cit.

"La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición" (435).

Coincide con el criterio que para la rescisión de los contratos expresa el artículo 1.299, § 1.º: *"La acción para pedir la rescisión durará cuatro años."* Pero este último artículo tiene un § 2 que dice: *"Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos."*

A través de la referencia del artículo 1.073, al artículo 1.291 debe aplicarse el § 2 del artículo 1.299, si se dan los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 1.291; es decir, si los tutores de los menores hubiesen actuado sin autorización del Consejo de Familia (436).

Si la partición fue efectuada por contador partidor ocultándola sin entregar los bienes ni inscribirla en el Registro de la Propiedad, parece que excepcionalmente el plazo no debe contarse hasta que el lesionado tenga conocimiento de ella (437).

Se trata de un plazo de caducidad, según ha declarado el Tribunal Supremo, en Ss. de 28 de noviembre de 1932 y 7 de abril de 1959, que no se interrumpe por impugnación de la partición por una causa distinta (S. de 6 de diciembre de 1962).

La acción no tiene eficacia contra terceros adquirentes de buena fe de bienes adjudicados al demandado. Así resulta de la norma general acerca de los efectos de la rescisión, contenida en el artículo 1.295, § 2: *"Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe."*

73. *La omisión de objetos y valores de la herencia*, bien sea materialmente en la partición o contablemente en la colación, puede dar lugar a que resulte lesionada alguna legítima, en especial las de aquellos a quienes el testador no les hubiese dejado sino ésta estrictamente.

El artículo 1.079 se ocupa en términos generales de la *omisión* de bienes en la partición, ordenando que su remedio sea su *complemento* o *adición*; aplicando también el principio de conservación de la partición:

"La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia

(435) Es idéntico al art. 1.092 Anteproy. 1882-88 y sustancialmente coincide con el 925 Proy. 1851: *"La acción rescisoria, por causa de lesión, no durará sino cuatro años desde que fue hecha la partición"*. GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., p. 278, al glosar este artículo, anotó: *"Conforme con la ley recopilada 2, título 1, libro 10, en cuanto a la rescisión de la venta..."*.

(436) En este sentido SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., p. 2117, y PUIG PEÑA, loc. cit., p. 334 y en contra PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., p. 637. LACRUZ y SANCHE, op. cit., 164, p. 264, excluyen el supuesto de aplicación del art. 1.291 tratándose de menores o incapacitados. Cfr. S. 24 diciembre 1927.

(437) PUIG PEÑA, loc. cit., c, d', p. 334, cita en este sentido la S. de la Audiencia Territorial de Valencia de 11 junio 1956.

no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos" (438).

García Goyena (439), al glosar las palabras iniciales "*La omisión*", de su precedente del Proy. 1.851, artículo 929, observó: "Supónese que no ha mediado en ella dolo o fraude, porque, si medió, la partición quedaría por esto sólo sujeta a rescisión..." (hoy debemos decir a anulabilidad). Y continuaba: "La estabilidad de los actos de buena fe merecen siempre grande consideración, y se conserva a todos los herederos su derecho respectivo sin las dilaciones y gastos de una nueva y absoluta partición."

El Tribunal Supremo ha declarado que no habiendo dolo ni perjuicio, que darían lugar a la nulidad o a la rescisión, es indiferente que la omisión haya sido involuntaria o voluntaria (Ss. de 16 de junio de 1915, 17 de abril de 1932, 28 de marzo de 1943, 10 de octubre de 1958 y 13 de octubre de 1960); que tampoco da lugar a la rescisión, sino a la adición, el que se hayan considerado como gananciales bienes privativos del causante (S. de 5 de mayo de 1920); y que sigue siendo pertinente la adición cuando no existan los objetos omitidos, sino los que vinieron a sustituirlos (S. de 2 de julio de 1908).

74. *La preterición de un heredero en la partición* puede producirse habiendo habido también preterición testamentaria; pero asimismo puede tener lugar habiendo fallecido abintestato el causante (440).

Esa preterición particional puede dar lugar a la total reclamación de la cuota que abintestato o por testamento corresponda al omitido, que en este caso podrá ser toda la legítima o una mayor porción. Pero también cabe que sólo sea reclamable una parte de la legítima si ésta le hubiese sido satisfecha en parte con donaciones o legados.

El supuesto general es contemplado en el artículo 1.080:

"La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados, pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda" (441).

La S. de 5 de diciembre de 1959 amplió el supuesto de hecho del artículo 1.080 al declarar que "la falta de intervención de los dos

(438) Es idéntico al art. 1.096 Anteproy. 1882-88, salvo la falta en éste del artículo "la" delante de herencia, y en lo esencial coincide con el art. 929 Proy. 1851: "La omisión de alguno o algunos objetos en la partición no da derecho para que se rescinda la ya hecha, sino para que se continúe en los objetos omitidos".

(439) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., pp. 279 y s.

(440) Respecto la distinción entre preterición particional y preterición testamentaria, cfr. la S. 15 octubre 1957 y nuestro comentario en "el deber formal de instituir heredero y la preterición...", 35, en A.D.C., XX-I, pp. 100 y ss.

(441) Es idéntico al art. 1.097 del Antepro. 1882-88, que lo tomó del art. 4.125 Mexicano (cfr. vers. al cuidado de MANUEL PEÑA, p. 338). No tiene antecedente en el Proyecto de 1851.

ausentes no puede determinar la inexistencia del contrato particional aún cuando el artículo 1.059 C. c. haya venido a sancionar el principio de la unanimidad en su otorgamiento, ya que este principio admite la excepción del artículo 1.080, sin que la preterición a que el mismo se refiere pierda su sentido y haya de entenderse necesariamente en su limitado alcance conceptual por el solo hecho de haberseles adjudicado los bienes que se estimó corresponderles, habida cuenta de la buena fe que supone en los otros contratantes, ni puede reputarse más grave el reconocimiento y adjudicación de bienes a los no presentes, que incluso pueden satisfacer su derecho, que la omisión absoluta del copartícipe sin asignarle cuota alguna y ni siquiera mencionarlo; pero, en último término, con relación al omitido o no interviniente, la partición así verificada tendría la condición de *res inter alios acta*, ineficaz respecto a él con arreglo al artículo 1.257 del Código civil, pero sin impedir hacer uso de la facultad que le confiere el párrafo segundo del mismo artículo para aceptar en su caso la adjudicación hecha, si la estima favorable"; habiéndose declarado por S. de 7 de julio de 1944 que el contrato celebrado en condiciones análogas —el otorgado en nombre de otro por quien carece de su autorización y representación legal evidentemente equiparable a la ausencia pura y simple del supuesto otorgante—, en cuanto puede ser ratificado por éste con sujeción al segundo párrafo del artículo 1.259 del expresado Código hacen de tal contrato un acto no propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *condicio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra de él, y si la ratificación no se produce será el negocio nulo o ineficaz para aquél, doctrina que en ningún caso puede significar que quede al arbitrio de una parte de los herederos realizar la partición con exclusión de los demás, porque con arreglo al artículo 1.080 su validez nunca podría mantenerse cuando la eliminación fuera arbitraria y, por consiguiente, de mala fe, lo que en el supuesto de los dos coherederos citados no sólo no se demuestra en forma alguna, sino que, a la inversa, y según hubo de indicarse ya, más bien se deduce lo contrario de la situación de los mismos al practicarse la partición"... y "que ni el dolo ni la mala fe pueden presumirse ni, por lo antes expuesto, deducirse, con presunción *iuris et de iure*, como parece pretenderse, del mero hecho de que el interesado omitido o excluido de la celebración del contrato fuera heredero instituido en el testamento o conocido como tal por los otorgantes".

Pero en el supuesto del artículo 1.080, la solución, en el caso de no ratificación, consiste en reclamar a los demás partícipes proporcionalmente la parte que corresponda al omitido, excluyéndose que pueda pedir no sólo la inexistencia, sino tampoco la nulidad ni la rescisión de la partición.

La palabra *pagar* que emplea el artículo ha sido analizada por varios autores.

Según Manresa (442), “puede hacerse en dinero o en otra clase de bienes; puesto que la ley no distingue”; pero “no haciéndose el pago en dinero o valores equivalentes, no son árbitros los herederos deudores de entregar los bienes que quieran, sino que han de pagar con los bienes de la misma herencia que ellos recibieron, a justa regulación, conforme al párrafo segundo del artículo 840, a no conformarse en cobrar en una forma determinada el acreedor”.

En cambio, Scaevola (443) entendió “que al heredero preterido no puede obligársele a que pase, o por la indemnización del daño que supone el que no se halle aún en posesión de su porción hereditaria, o por que se le pague con cosas de la herencia de la misma naturaleza, calidad y especie que las adjudicadas a los demás interesados, cual se previene para las particiones en general, cuando sea posible, en el artículo 1.061, sino que procede pagarle, según este precepto enseña, pues no siendo él culpable de la preterición, el legislador no podía perjudicarle”. Y en el mismo sentido, Sánchez Román (444) señaló que en nuestro supuesto, “pagar al heredero preterido en la partición es satisfacerle restableciendo la efectividad de su derecho como tal y conforme su haber”, “en cosas, bienes o valores de la herencia de la misma naturaleza, calidad o especie que las adjudicadas a los demás interesados, guardando la posible igualdad, según previene el artículo 1.061”, siendo “medio subsidiario”, cuando esa solución no quepa, debido a enajenaciones ya realizadas o por no permitirlo las circunstancias del caso, la satisfacción de “su equivalente en dinero, según el valor que tuviera la cosa cuando se adjudicó o cuando se enajenó si fuere mayor, e intereses de la suma que represente desde dicha fecha, e indemnizaciones necesarias respecto de los frutos por aquél de los herederos a quien se adjudicó”.

Espín (445) se inclina por esta segunda posición, pero advierte que “habrá que admitir suplementos en metálico para resolver problemas de cosas indivisibles”, y le parece que la cuestión más difícil “consistirá en decidir si el preterido podrá hacer uso del derecho a pedir la venta en pública subasta de la cosa indivisible (art. 1.062, ap. 2)”, estimando que la tesis afirmativa “sería la más justa si por su parte [del preterido] no existió culpa alguna en la preterición”, pero que “en contra cabe alegar el artículo 1.080, cuya regla especial tiene una

(442) MANRESA, op. cit., vol. VII, art. 1.080, pp. 774 y s. En el mismo sentido, al parecer, BONET RAMÓN, “Código...”, p. 797.

(443) SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, art. 1.080, p. 470.

(444) SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, vol. VI-III, cap. XXVIII, 71, página 2124. En igual sentido VALVERDE, op. y vol. cit., cap. XXV, § II, p. 597. PUIG PEÑA, “Tratado...”, vol. V-III, cap. XXXI, 2, C, b, p. 341; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. y vol. últ. cit. 167, p. 269. Estos dos últimos autores precisan que el remedio consiste en que cada uno de los demás herederos “comunique, *in natura*, en la proporción debida, cosas, bienes o valores de la herencia de la misma naturaleza, calidad y especie que las adjudicadas a los demás interesados, guardando la posible igualdad; de no ser ello viable, por medio subsidiario de su equivalente en dinero, según el valor que tuviera la cosa cuando se adjudicó”.

(445) ESPÍN, “Manual...”, vol. V, sec. I, cap. III, 15, ed. cit., p. 182.

clara intención conservativa de la partición si no existe mala fe probada en la preterición”.

La palabra *porporcionalmente*, según Sánchez Román (446), significa que los demás vienen obligados a satisfacerle al preterido, “*en proporción* a las participaciones hereditarias de cada uno”. Nosotros creemos que es más exacto decir en la proporción en que cada cual haya recibido el exceso, que si bien normalmente corresponderá a sus participaciones hereditarias, en ciertas ocasiones puede no ser así, v. gr., si algún partícipe hubo de complementársele por no alcanzar a cubrir su legítima.

C) EN LAS REGIONES FORALES.

En ninguna región ni territorio de Derecho foral o especial halla ninguna disposición específica relativa al modo de complementar las legítimas lesionadas en la partición, por lo cual las reglas de la rescisión, complemento y rectificación de ésta se rigen por el Código civil (447).

V. COMPLEMENTO DE LAS LEGITIMAS RENUNCIADAS O TRANSIGIDAS EN VIDA DEL CAUSANTE

A) SOLUCIONES ROMANA Y CANÓNICA.

75. De la renuncia de la legítima nos hemos ocupado al examinar la extinción de la legítima, analizando los supuestos en los que es ineficaz a dicho fin y aquellos en los que resulta efectiva (448). Aquí sólo nos interesa el estudio de los supuestos en los cuales verificada ésta en vida del causante, da lugar a que, fallecido éste, pueda reclamarse el complemento de la legítima.

Sabemos que el § *Illud etiam* de la ley *Si quando* del *Codex* (III-XXVIII, 35, § 1.º) había previsto que “si un hijo hubiese recibido de sus padres ciertos bienes o cantidades, y pactado que en manera ninguna se promovería por él la querrela de inoficioso contra el testamento paterno, y después de la muerte del padre el hijo, conocido el testamento paterno, no aceptare su disposición, sino que creyere que debía atacarla, mandamos que desechada la antigua contienda no se grave en manera ninguna al hijo con semejante pacto, conformándonos con la respuesta de Papiniano, en la que sentó que los hijos, más bien que obligados mediante pactos, debían ser atraídos por beneficios a sus deberes para los padres. Pero esto lo admitimos así, si el hijo no hubiere celebrado con los herederos paternos transacciones, en las que de evidentísima manera hubiere reconocido la voluntad de su padre”.

(446) SÁNCHEZ ROMÁN, loc pág. últ. cit.

(447) Así, v. gr., para Cataluña, LUIS FIGA FAURA, “Manual de Derecho civil catalán”, pp. 553 y s., da como vigentes los arts. 1.073 a 1.080.

(448) Cfr. “Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas”, III, nn. 66 y ss., en *A.D.C.*, XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 141 y ss.

En cambio, el Derecho canónico en el cap. *Quamvis pactum*, 2.º, *De pactis* del Sexto de las Decretales, I, XVIII, dio eficacia a la renuncia verificada bajo juramento por la hija *dote contenta*. Solución totalmente contraria a la que había dado el Emperador Alejandro, recogida en el *Codex VI-XX*, 3 para el mismo supuesto de la hija *dote contenta*, que, sin aludir a posible juramento alguno, había rechazado todo valor a la renuncia otorgada por ella al ser dotada por su padre, sin perjuicio de su deber de llevar a colación tal dote (449).

B) EN EL CÓDIGO CIVIL.

76. La solución negativa romana, y no la permisiva canónica, es la recogida en el art. 816 C. c.: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*” (450).

El texto de este artículo ofrece diversas cuestiones que merecen ser glosadas.

a) El supuesto contemplado: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la deba y sus herederos forzosos...*”, ha dado lugar que se haya planteado la cuestión de si el adverbio “*Toda*” se refiere tanto a la renuncia como a la transacción, o sólo a aquélla; y de si el inciso “*entre el que la deba y sus herederos forzosos*” también se halla referida a ambas o sólo a la transacción.

Parece ciertamente que este inciso aclaratorio no se puede referir a la renuncia, cuando ésta se efectúe en un acto unilateral, ni en otro caso, pues su supuesto también quedaba englobado por el adverbio “*toda*” directamente referido a la palabra *renuncia*.

En cambio, la transacción a que este artículo se refiere solamen-

(449) Esa cuestión, tratando de deslindar el texto romano de la ley *Si quando*, § 1 y del texto canónico del cap. *Quamvis pactum*, la vemos examinada por PALACIOS RUVIOS, “*Repetit. rubric. et capit. Per vestras...*”, en Capit. § 23, nn. 2 y 3, ed. cit., fol. 154 y por COVARRUVIAS, “*Ex tit. De testamentis...*”, *Caput. Raynutius* § 1.º núm. 8, ed. y vol. cits., p. 71, para el supuesto de haberse donado el importe de la legítima a algún hijo, que luego resulta insuficiente para cubrirla por haber aumentado el patrimonio del donante, separando las hipótesis de que la renunciante sea una hija *dote contenta* o bien un hijo y de que haya o no intervenido juramento reforzando la renuncia.

(450) Precedente del art. 816 es el 801 del Antep. 1882-88, en el cual no aparece el inciso “entre el que la debe y sus herederos”, y detrás de la palabra “*colación*” concluye “*lo que en tal caso hubieren recibido*”. Más parecida es la redacción del art. 646 Proy. 1851: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula; y los segundos podrán reclamarla cuando mueran los primeros; pero deberán traer a colación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción*”. GARCÍA GOYENA (op. y vol. cit., p. 96) comenta: “Es el artículo 836 Napolitano, conforme al párrafo 1, ley 35, título 28, libro 3 del Código...”

te puede darse "entre el que debe la legítima y sus herederos forzosos", puesto que son los únicos que pueden transigir acerca de la legítima futura, como tal legítima, debida por aquél y a la que éstos tendrán derecho (451).

Por eso se ha escrito (452) que el supuesto contemplado debe considerarse dividido en dos: "1. *Toda renuncia sobre la legítima, o mejor de la legítima, es nula.* 2. La transacción entre el que debe la legítima y sus herederos forzosos es *nula*. Por consiguiente, cualquier renuncia, en cualquier forma y con cualquiera otorgada, por acto unilateral o bilateral, simplemente o por causa remuneratoria, por título oneroso o lucrativo, total o parcial, meramente extintiva o traslativa, explícita o implícita, puramente, bajo condición o plazo, entre el que debe la legítima y el heredero forzoso o entre uno o varios de éstos y personas que no lo sean, extrañas o no a la sucesión a que la legítima renunciada se refiera, interesados o no por la ley o por acto jurídico en dicha sucesión, en perjuicio de ordinario, del renunciante, o con posible trascendencia de perjuicio a otros herederos forzosos, es decir, *en todo caso y forma, la renuncia de la legítima futura es nula*".

No cabe considerar como transacción, puesto que no lo es, la simple declaración que un hijo haga de los bienes por él recibidos de su padre. Ni la transacción entre ambos acerca de los bienes realmente donados o entregados por éste a aquél, pues no constituye transacción sobre la legítima futura, sino únicamente acerca de cuáles son los anticipoes que a cuenta de éste se hayan verificado (453).

b) La referencia a "*la legítima futura*", significa que la nulidad sólo se aplica a la renuncia o a la transacción efectuadas "*antes de que la sucesión de donde proceden se haya causado; pero será válida cualquier renuncia o transacción que se realice en tiempo posterior, o sea, las que procedan de legítima o herencia en sucesión de persona que haya fallecido*" (454).

Por otra parte la palabra *legítima* ha de entenderse en sentido estricto, sin incluir la *mejora*, puesto que el art. 827 permite pactar acerca de la mejora en capitulaciones matrimoniales y en contrato oneroso con un tercero, y el art. 826 declara la validez de la promesa de mejorar o no mejorar hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales (455).

(451) Como dice MANRESA, op. cit., vol. VI, p. 863: "no cabe transacción más que entre los interesados, en dar o recibir en su día la legítima".

(452) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", VI-II, cap. XV, 112, p. 940. En igual sentido FUENMAYOR, "Intangibilidad de la legítima", V, B, en A.D.C., I-I, pp. 74 y ss.

(453) En este sentido creemos que deben despejarse estas cuestiones planteadas por NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit., vol. I, cap. XV, art. 3, n. 14, pp. 526 y s. y recogidas por FUENMAYOR, loc. últ. cit., pp. 76 y s.

(454) Cfr. MANRESA, loc. últ. cit., p. 941. También PUIG BRUTAU, "Estudios...", V-III, cap. II, 2, I, A, p. 160, precisa que lo prohibido es la renuncia o transacción "*anticipada*".

(455) MANRESA, loc. últ. cit., p. 364, y SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., p. 940.

c) La tesis del precepto: “*es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél*”, ha sido perfectamente explicada por Manresa (456): “La palabra *podrán* del artículo no quiere decir, como alguien supone, que la validez o nulidad del acto depende de la voluntad de los interesados; se refiere al derecho de los herederos forzosos para pedir, no la nulidad de la renuncia o transacción, sino, a pesar de estos actos, su legítima. La renuncia o transacción son nulas: la ley las considera como no existentes, y, por tanto, el mismo heredero renunciante puede reclamar la legítima, como si no la hubiese renunciado, al tiempo de morir el testador”.

d) El corolario: “*pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*”, es consecuencia evidente de la ineficacia total del acto, por lo cual lo recibido debe volver al caudal del que procede (457), con lo que se evita “un enriquecimiento torticero” que de lo contrario se produciría (458). Fundándose así, también, en razones de equidad (459).

Como expusimos en otra ocasión (460), en el art. 816, la expresión *traer a colación* debe entenderse en su sentido gramatical de llevar a la cuenta de la legítima. Así como en el art. 818 *colacionables* equivale a *computables*, en el 816 *traer a colación* significa *imputar a la legítima*. Ninguno de los dos preceptos se refiere a la *colación* en sentido rigurosamente técnico, jurídicamente restringido.

Sólo una vez fallecido el causante puede conocerse la cuantía de las legítimas. Únicamente entonces podrá saberse si éstas han sido totalmente satisfechas en vida de aquél, imputando lo donado a cuenta de lo que por legítima corresponda al donatario. Es decir, computando lo recibido por la renuncia o transacción, se comprobará si realmente se renunció a alguna parte de la legítima y, por consiguiente, si cabe reclamar el suplemento, puesto que la renuncia o la transacción se deben considerar como no hechas. Con ello enlazamos el art. 816 con la norma del art. 815, siempre que el legitimario no haya sido preterido y no entre en juego, por consiguiente, el art. 814.

C) LEGISLACIONES FORALES: ESPECIALIDADES DE LOS DERECHOS ESPECIALES DE BALEARES Y DE CATALUÑA.

77. Mientras en el Código civil la solución romana de la ley *Scimius* § 1 (Cod. III-XXVIII, 35) se ha impuesto en el art. 816 sobre la canónica del capítulo *Quamvis pactum*, 2.º *De pactis* del Sexto de las Decretales I, XVIII, ésta, liberada del requisito del juramento y extendida de la hija *dote contenta* a cualquier de los hijos, en general, que reciban “*alguna donación o ventaja*” o a quienes se hagan entregas o asignaciones “*en concepto de legítima, dote o dotación*,”

(456) MANRESA, loc. y pág. últ. cit.

(457) MANRESA, *ibid*, últ. cit.

(458) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. últ. cit., p. 942.

(459) FUENMAYOR, loc. últ. cit., p. 77.

(460) “Apuntes...”, III, § 16, p. 616.

cantidad o bienes determinados", se ha impuesto en las Compilaciones balear y catalana, según respectivamente detallan sus arts. 50 y 145.

De uno y otro precepto y de sus antecedentes en sus respectivos derechos autóctonos, nos hemos ocupado en otro lugar (461) al tratar de la extinción de las legítimas. Aquí nos interesa añadir que uno y otro precepto excluyen, en los supuestos por ellos contemplados, el complemento de la legítima.

También es preciso subrayar que, no obstante, en el Derecho catalán, conforme dice el inciso del n. 2.º del citado art. 145 de la Compilación, es posible obtener la rescisión de la renuncia —aparte de su posible anulación por vicios de la voluntad— *"por lesión en más de la mitad de su justo valor a partir del otorgamiento de la misma, atendiendo el importe a que ascendería la legítima del renunciante en la expresada fecha"*.

La acción de rescisión consiguiente se estimaba que prescribía a los treinta años, por aplicación del usatje *Omnnes causa* (462) y algunos autores la consideraban transmisibles a los herederos aunque fueran extraños (463). Hoy podría sostenerse que su plazo de duración es el mismo, pues en definitiva se trata de reclamar el suplemento de la legítima, a la que asigna este mismo término el art. 146, § 1. Pero estimada como acción rescisoria y concretamente por lesión *ultra dimidium*, habría de aplicarse el art. 323, § 3, ap. 1.º, que dice: *"Esta acción rescisoria es de naturaleza personal, transmisible a los herederos y caduca a los cuatro años de la fecha del contrato lesivo"*. Inicio de término que debe trasladarse en nuestro supuesto a la fecha del fallecimiento del causante, pues aunque la lesión se refiere al momento de la renuncia que se trata de rescindir, el consiguiente complemento, en caso de prosperar la rescisión debe ser determinado con relación a la legítima calculada al tiempo de fallecer el causante como determina el art. 129 Comp. Obtenida la rescisión de la renuncia, el plazo de prescripción de la acción para reclamar el suplemento deberá determinarse conforme al art. 146, § 1.º Pero de no ejercitarse la primera en el término señalado en el art. 323, § 3.º, no será ya posible el ejercicio de la segunda, que dependerá del éxito de aquélla, aunque también puedan ejercitarse ambas simultáneamente.

(461) "Atribución y concreción del contenido y extinción de las legítimas", 68 y 69, en *A.D.C.*, XXV-I, enero-marzo 1972, pp. 144 y s.

(462) Cfr. FONTANELLA, "De pactis nuptialibus", Claus. IX, glosa única, Pars I, n. 29, cfr. ed. Lugduni 1.607, vol. II, p. 555; G. M. BROCA y J. AMELL, op. y vol. cit., p. 254, FONTOVA y ESLAVA, "La llegítima dels fills a Catalunya", en *R. J. de Catalunya*, vol. XX, 1914, pp. 210 *in fine* y s.

(463) Así G. M. BROCA y J. AMELL, loc. cit., p. 254.

VI) REDUCCION DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS

A) DERECHO ROMANO Y COMÚN.

78. Papiniano en el libro XIV de sus *Respuestas*, en un fragmento recogido en el Digesto XXXI-único, 89, § 3.º, reprodujo un rescripto del Emperador Alejandro Severo dirigido a Claudio Juliano: "Si te constare carísimo Juliano que para impedir la querella de testamento inoficioso la abuela consumió su patrimonio en donaciones hechas a su nieto, exige la razón que se revoque respecto a la mitad de lo que donó". Ahí hallamos uno de los primeros rastros que de la *querella inofficiosae donationis* (464), que al parecer la introdujo dicho Emperador, así como la *querella inofficiosae dotis* (465).

De la determinación de qué donaciones debían estimarse inoficiosas y del momento al que debía referirse este juicio, así como de las liberalidades a las cuales podían afectar las *querellae inofficiosae donationis vel dotis* nos hemos ocupado en otro lugar (466). Aquí lo que nos interesa es la determinación de cuál era la actuación de estas querellas.

La diferencia fundamental entre la querella de inoficiosidad del testamento y la querella por inoficiosidad de donaciones y dotes, radicaba en que aquella daba lugar a la total rescisión del testamento, mientras que con éstas las donaciones y dotes sólo se reducían en cuanto resultaran inoficiosas, como resulta de las leyes 2, 5, 7 y 8 Cod. III-XXIX y de la Nov. XCII, cap. I (467).

Es sabido que en Derecho romano la donación que en el momento de su otorgamiento no era inoficiosa no podía ya resultar aunque hubiese disminuido posteriormente la fortuna del donante; y que, en cambio, la donación inoficiosa al otorgarse podía dejar de serlo por haberse incrementado la fortuna del causante (468). De ahí que el orden de reducción de las donaciones era el inverso al de sus fechas respectivas, es decir, comenzaba por la más reciente, y no cabía intentar la reducción de ésta, mientras no se hubiese rescindido

(464) Véase también el fragmento de PAULO, que recoge interpolado el Dig. V-II, 23, pr.; así como el tít. XXIX, lib. III del *Codex*, y la Novela XCI, cap. I.

(465) Cfr. la ley única del tít. XXX, libr. III del *Codex*, que recoge una disposición del Emperador Constancio del año 358.

(466) Cfr. "Apuntes...", III, 2, pp. 317 y s.; "Contenido cuantitativo...", 26, en A.D.C., XXIV-I, pp. 57 y ss., y "Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima", 28, en A.D.C., XIX-I, p. 107.

(467) Cfr. VINNIO, "Selectarum Iuris Quaestionum", tít. II, cap. XXXIII; cfr. ed. Lugduni 1735, pp. 175 y ss., o su versión al castellano "Comentario Académico y Forense", ed. Barcelona 1847, vol. II, pp. 772 y ss.; POTHIER, "Pandectes de Justinian", vol. III, lib. V, tít. III, n. LIV. Cfr. ed. París 1819, pp. 642 y ss.; WINDSCHEID, op. y vol. cit., § 586, p. 273; GIRARD, op. cit., lib. III-V, tít. I, cap. III, sec. II-III, p. 921.

(468) Novela XCII, cap. I, Cfr. el comentario de WINDSCHEID, op. y vol. cit., § 586, pp. 271 y s. y en especial nota 7.

el testamento y reducidos totalmente los legados y cargas testamentarias inoficiosas.

La ley 8, tít. IV de la 5.^a Partida, recogió esta doctrina en sus apartados segundo a último: "E si por aventura alguno que ouisse fijos legitimos, quissiese fazer donacion a otro puedela fazer en tal manera, que todavia finque en saluo a los fijos de su parte legitima, tambien en vida de su padre como despues de su muerte. E la parte legitima es segun dize en el titulo del establecimiento de los herederos. E si el padre fiziese mayor donacion puedenla reuocar, los fijos fasta la quantia de la su parte legitima".

Gregorio López (469), en su glosa última a esta ley, subrayó que en ella se sigue la opinión de Azón y Baldo, puesto que declara revocable la donación en lo que montare la legítima, dejándola subsistente en lo restante, sin distinguir entre las donaciones inoficiosas de hecho pero sin intención (*re tantum*) y las que lo fueren de hecho y con intención (*re et consilio*) como hicieron Hugolino y la mayoría de los autores que aplicaban sólo a las primeras la reducción y entendían que las segundas eran totalmente nulas (470).

El orden en el cual las donaciones debían reducirse era lógicamente el inverso a sus fechas, puesto que siendo irrevocables no han de poder ser reducidas por el otorgamiento de nuevas donaciones. Así lo explicaron los Hermosilla (471): "Quando plures donationes

(469) GREGORIO LÓPEZ, gl. final a la ley 8, tít. IV, 5.^a Partida o gl. 49 h. t. cfr. ed. ed. y vol. cits., pp. 51 y ss.

(470) COVARRUVIAS, "Variarum Resolutionum...", lib. I, cap. XIX, n. 12, cfr. ed. cit., vol. II, p. 252; ANTONIO GÓMEZ, "Variae...", lib. II, cap. IV, n. 13; ed. cit., p. 248, entendieron que debía distinguirse entre las donaciones hechas a los hijos que tanto si eran inoficiosas *re tantum* como *re et consilio*, sólo se rescindían en cuanto fueran inoficiosas; y las donaciones hechas a extraños, que en caso de ser inoficiosas *re tantum* seguían esta misma regla, pero de serlo *re et consilio* se revocaban totalmente, aplicándose el criterio de la ley *Si unquam* (Cod. VIII-LVI, 8). Esta fue la opinión de la mayoría de los autores, según reconocieron los Hermosilla en sus anotaciones 2 a 5 a la glosa XIII de GREGORIO LÓPEZ a la ley VIII, tít. IV, Part. 5 (op. y vol. cits., p. 314), donde cita numerosos autores, y su enumeración puede ampliarse con los referidos por AYLÓN LAINEZ, en sus Adiciones al citado número de las *Variae* de A. GÓMEZ, op. cit., n. 14, ed. cit., p. 139.

Sin embargo, a partir de VINNIO, que trató ampliamente esta cuestión en su citado cap. XXXII de las *Selectarum Iuris Quaest.* (locs. cits.) ha prevalecido el criterio por él defendido —coincidente con el de la ley 8, tít. IV, Part. 5.^a— contra ANTONIO FABRO, de que no debía establecerse diferencia en caso de inoficiosidad entre las donaciones hecha a hijos o a extraños, pues: "Ni es la persona del que recibe la que hace inoficiosa la donación, sino la excesiva liberalidad, sin que se distinga entre si hubo tan solo el hecho o también la intención de defraudar", aplicándoseles siempre la reducción en lo que fueren inoficiosas a tenor de las leyes 1 y 7 Cod. III-XXIX.

(471) GASPAR, JUAN Y SEBASTIÁN HERMOSILLA, "Resolutiones ad leges Partitorum D Gregori Lopetii", 5.^a P., tít. IV, ley VIII, gl. XIII, n. 32, cfr. 4.^a ed., *Colloniae Allobrogum* 1751, vol. II, p. 317.

En los nn. 33 y 34 indican en caso de haberse hecho a extraños las donaciones, de los cuales resultase insolvente el de la última, podrá recla-

pater fecit, vel alienationes fraudulentas, tunc prima donatio, quae a principio fuit legitima, non dicitur inoffiosae, sed ultima tantum revocabitur et alias posteriores usque ad legitimam filiorum". E invocó las opiniones concordes de Bartolo, Baldo, Paulo de Castro y Angélo al comentar la ley 1, Cod. III-XXIX. Igual criterio vemos que fue presupuesto antes por Gregorio López (472) al comentar la ley 4, tít. XIV, Partida Primera.

B) DERECHO REAL DE CASTILLA.

79. La ley 20 de Toro, después de ordenar la colación de la dote, donación *propter nuptias* y demás donaciones *ab causam* por los hijos herederos en la partición de los bienes de su padre, exceptuó: "*Pero si se quieren apartar de la herencia que lo puedan hazer, salvo si la tal dote, o donaciones fueren inofiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren ansi los hijos y descendientes en lo que toca a las donaciones, como las hijas y los maridos en lo que toca a las dotes, puesto que sea durante el matrimonio, a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inofiosos para que lo partan entre si...*".

Del momento en el cual debía estimarse la inofiosidad de la donación o dote se ocupa la misma ley a continuación (473). Pero este tema queda ahora al margen del estudio que efectuamos, para el cual lo que nos interesa es precisar el grado de ineficacia que las donaciones inofiosas podían sufrir.

Antonio Gómez (474) dedujo: "*et valebit donatio in quinto si fuit facta extraneo; vel in tertio et quinto et legitima si fuit facta filio vel descendenti; et residuum erit legitima aliorum*".

Y Covarruvias (475) distinguió: "*secundum huius Regni constitutiones, donatio facta extraneo ratione, et titulo inoffiosae, revocabitur in totum excepta Quinta bonorum parte ipsius donatoris hanc siquidem Quintam partem bonorum donatoris, retenebit ipse donatarius, cum relique partes constituent portionem legitimam liberis eius debitam*". En cambio si la donación se revocaba por aplicación de

marse al de la anterior; y que si las donaciones hubiesen sido hechas simultáneamente todas deberán sufrir la reducción hasta cubrir la legítima.

(472) La ley 4, tít. XIV, Partida 1.^a en su apartado final previno que las donaciones eclesiásticas, que fueren muchas de poca cuantía pero que juntas pasaren de la centena o la cincuenta, fuesen reducidas en "todo lo que fuere de más de la una de éstas", y GREGORIO LÓPEZ glosó las palabras "deue ser tornado" (o gl. 31 h. t.): "Entiéndase de la última donación que causó el exceso, o bien de todas las donaciones si no consta cuál fue la primera" (cfr. ed. cit., vol. I, p. 578).

(473) Cfr. Apuntes III, § 5, B, d, pp. 379 y ss. y "Contenido cualitativo...", 32, A.D.C., XXIV-I, pp. 75 y s.

(474) ANTONIO GÓMEZ, "Opus... super legibus Tauri", lex XXIX, n. 35, ed. cit., fol. 104.

(475) COVARRUVIAS, op., lib. y cap. últ. cit., n. 12 *in fine*, vol. cit., p. 252.

la I. *Si unquam* “tunc in totum omnino rescindetur, nec Quinta bonorum pars erit consideranda...”.

80. En el juego de la reducción de las donaciones, en este período, los autores castellanos enlazan con los de Derecho común.

Así quedaron atrás los antecedentes germánicos, que los fueros leoneses y castellanos nos muestran. En esos fueros medievales, aun aquellos bienes que los padres podían dar por fuero a sus hijos al tiempo de sus bodas y casamientos, debían contarse por parte de sus legítimas y tenerse así en consideración al hacerse las particiones (476). Así, por el Fuero de Cuenca, y en parecidos términos gran número de fueros, para el supuesto de donación de padre o madre a sus hijos en sus bodas, se ordenó que sus hermanos sean igualados en la partición y de no ser esto posible que vuelva lo recibido a la masa partible entre todos los hermanos: “ut ita parificarint possint” “porque se puedan igualar” “por amor que sean iguales todos” (477) “así que se puedan emparejar” (478), “por assi que puedan ser igualados” (479). No olvidemos que en los fueros de esta época, toda la herencia era legítima “salvo el quinto de todos sus bienes que puede dexar por su alma”, como declaró la ley VI, tít. III del libro V del Fuero Viejo de Castilla.

Ese efecto de tomar de menos o llevar a partición lo recibido de los padres, derivaba —según explica Martínez Marina (480)— de “que los hijos y nietos no podían vender ni enajenar los bienes adquiridos por donación del padre o abuelo, porque se estimaban como porción del haber partible entre todos”. Así lo hallamos expresamente dispuesto por el Fuero de Zamora (481): “Fillo que padre o madre ovier avolo o avola que aya heredar, de quanto le dieren en cassamiento non aya poder de vender nem de donar nem de enagenar sin so mandado, de toda cosa quele dier padre o madre, avolo o avola, o soglo o sogla. E quien de los comprar e engayar perdalo”. Ciertamente en algún texto, como la ley VI, tít. IV, lib. V del Fuero Viejo de Castilla, también se hallan residuos del consentimiento formal característico del Derecho germánico, que presupone excusado el traer a partición lo donado, cuando así *l'otorguen* los otros hijos “que sean de edat” (482).

(476) MARTÍNEZ MARINA, “Ensayo crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y de Castilla, especialmente sobre el Código de Don Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas”, n. 245, cfr. ed. Madrid 1913, p. 200.

(477) Fuero de Cuenca, ley XXII, cap. X de la forma sistemática; ley 20, tít. X según el Codice Valentino y rúbrica 160-225 del Fragmento conense, respectivamente.

(478) Fuero de Iznatoraf, ley XCXIX.

(479) Fuero de Zorita de los Canes, rúbrica 206.

(480) MARTÍNEZ MARINA, op. cit., n. 245, p. 201.

(481) Fuero de Zamora, § 9.

(482) Con mayor amplitud, cfr. nuestros “Apuntes...”, III, § 4, C, pp. 40 y ss. y respecto de la repercusión de la reserva germánica en las donaciones, en nuestras “Notas críticas...” 10, B, loc. cit., pp. 30 y ss.

Dimanando en esos fueros la restitución de lo donado inoficiosamente como consecuencia de la indisponibilidad por el padre, que sólo podía donar por igual a todos los hijos u otorgándolo con él los demás, es de entender que la revocación debía efectuarse automática y retroactivamente con efectos reales y eficacia contra terceros, tal como en el puro derecho germánico ocurría, pues la donación inoficiosa forma parte de la reserva indisponible por el causante (483).

Los autores castellanos del Siglo XVI, al comentar el Derecho regio, aplicaron criterios perfectamente concordantes con el Derecho común, adaptando a la ley 20 de Toro la doctrina de Bartolo y Baldo al comentar la ley *Sancimus*, § *Ne autem*, Cod. *De donationibus* (Cod. VIII-LIV, 34, § 1) y a la ley *Scimus*, versic. *Repletionem*, Cod. *De inoffi. testamen.* (Cod. III-XXVIII, 36, pr.). Así Gómez Arias (484), Tello Fernández (485), Matienzo (486) y Andrea Angulo (487) resolvían que si la cosa donada excediese del valor del tercio y del quinto, como el resto era legítima, y aquella cómodamente no pudiese dividirse, debía acudirse a su licitación, pero dando preferencia en ella a quien correspondiese la mayor parte (que normalmente la tendría el hijo donatario), para quedarse con ella ofreciendo la estimación que compitiera a quienes les correspondiesen las menores partes. Según Gómez Arias: “*Optio defaratur habenti maiorem partem et si non acceptat transit optio ad habentem minorem partem*”. Con este comentarista afirmaron Matienzo y Angulo que a falta de acuerdo, quedaría la cosa en comunidad, en tanto ésta no fuese disuelta judicialmente.

Pero el exceso inoficioso de la donación no fue considerado nulo *ab initio*, sino revocable una vez muerto el causante, a petición de los legitimarios lesionados en su legítima. Aun cuando la ley 8, tít. IV, 6.^a Partida, en su apartado tercero, señaló que quien “quisiesse fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia finque en saluo a los hijos la su parte legitima tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte”, no dio lugar, como sanción del incumplimiento de esa limitación, sino el que en su apartado final indica: “E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla revocar los fijos, fasta en la quantia de su parte legitima”.

(483) Como, siguiendo a COCQUILLE, dice BARASSI, “La successioni per causa di morte”, Milano 1947, n. 97 ter, nota 36, c, p. 279, la acción de reducción en el *Droit coutumier* del Norte de Francia era una verdadera acción reivindicatoria, no una acción resolutoria, puesto que la reducción se producía automáticamente al abrirse la sucesión y su reclamación tenía carácter declarativo, como una *querella nullitatis*”.

(484) FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, op. cit., ley XVIII [XX] gl. a las palabras “*Saluo si la hazienda*”, nn. 6, 7, 8 y 9, cfr. ed. cit., fol. CXXXII.

(485) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XX, n. 14, vers. *Unde elicitur*, fol. 172 vto.

(486) JOAN MATIENZO, op. cit., lib. 5, tít. 6, ley 23, gl. IV, nn. 2 y 3, fol. 180 vto.

(487) ANDREA ANGULO, op. cit., lex 4, gl. 4, n. 1, fol. 121 vto.

Así, Andrés Angulo (488) dedujo que la donación no dejaba de tener efecto, ni se suspendía por el hecho de ser inoficiosa, tanto si no fue excesiva en el momento de donarse pero resultó serlo al fallecer el donante, como si lo era en el momento en que se otorgó, pues la *querella inofficiosae donationis* no compete al padre donante (489), sino a los demás hijos, y a éstos tampoco les compete en vida del padre sino después de muerto éste, pues la legítima no es debida viviendo el padre. Del mismo modo, entendió que la salvedad de la legítima exigida en el apartado tercero de la citada ley de Partidas significó que lo donado lo era sin perjuicio del ejercicio de la competente querella; ni significaba que la donación quedase condicionada a que no resultare inoficiosa, sino que de esta circunstancia dependía la posibilidad del ejercicio de la *querella inofficiosae donationis* (490).

De estos mismos argumentos dedujo también Angulo (491) que la revocación de la donación en el exceso que resultare inoficioso, no afectaba a los correspondientes frutos producidos en vida del donante, sino a los percibidos después de su muerte, pues la legítima no es debida en vida del padre, ni por tanto el donatario debe devolver los frutos obtenidos en este tiempo de lo donado inoficiosamente.

Casi dos siglos después Febrero (492) repite estos argumentos al razonar que el hijo debe restituir los frutos de lo que se le donó en exceso, producidos “desde que se le interpelló, e hizo saber la inoficiosa, desde cuyo tiempo se constituyó en poseedor de mala fe: “pues para ver si la donación es o no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta el cual se ignora; y como se revoca por la querella de inoficiosa con pretexto de lesión en la legítima, ésta no se debe hasta que el padre fallece: la acción de la querella no está concedida al padre, sino a los hijos,

(488) ANDREA ANGULO, op. cit., lex 7, gl. 4, nn. 12 y ss.; ed. cit., fol. 160 vto. y s.: “utrum donatio sit inofficiosa, vel non: quod licet pendeat a valore bonorum secundum tempus mortis: interim donatio impeditur nec suspenditur sub ea occasione quod incertum sit: an tempus mortis sit futura inofficiosa. Nam querella inofficiosae donationis non datur patri donanti, sed aliis filiis, et eis non competit vivente donatore”... “Nam cum detur praetextu lesionis legitima, et legitima non debeatur vivo patre”... donatio non potest impedire ea occasione”... “Et loquuntur non solum quando donatio non est inofficiosa respectu bonorum praesentium, sed etiam si ex nunc esset inofficiosa”.

(489) En este sentido PALACIOS RUVIOS, “Repetit. Cap. Per vestras”, § 22, n. 4; cfr. ed. cit., fol. 153: “vivo patrem non potest alter filius petere a fratrem legitimam nisi post mortem patris propter donationem immensam”.

(490) ANGULO, op., lex y glos. últ. cit., nn. 20 y ss., fol. 161, con referencia al repetido texto “Con tanto que finque en saluo a los hijos su parte legitima...”, comenta: “Non ut filii statim agant querella: sed ut donatio non preiudicat querellae competitur”...; que las palabras de esta ley no expresan: “ut scilicet, faciant condicionem: sed solum ad effectum reservandi querellam inofficiosae donationis...”.

(491) ANGULO, op. cit., lex 1, glos. 12, n. 13, fol. 63 vto.

(492) JOSEF FEBRERO, “Librería de escribanos...”, Parte II, lib. II, cap. III, § III, n. 134; cfr. ed. Madrid 1781, vol. II-II, pp. 264 y s.

que alegan ser lesos con la donación, y a éstos no compete mientras vive aquél: por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y desde entonces, y no antes se deberán los frutos de lo inoficioso”.

C) PLANTEAMIENTO EN LOS PROLEGÓMENOS DEL CÓDIGO CIVIL.

81. Ya en los prolegómenos de la Codificación, en el siglo pasado, empieza a interesarse de modo muy especial la doctrina por los efectos de la revocación con respecto a los terceros adquirentes del donatario. Así, Sanponts y Barba, Martí de Eixalá y Ferrer y Subirana (493) indicaron que cuando una donación se revoca, “pueden presentarse dos cuestiones: 1.º, si deben o no restituirse los frutos percibidos antes de la revocación; 2.º, si puede o no reconvenirse a un tercero a quien el donatario transmitió la cosa donada o algún derecho sobre la misma”.

Es de notar que el razonamiento de estos autores para resolverlas es radicalmente el contrario al de Angulo y de Febrero, que acabamos de analizar. El nuevo punto de vista lo apoyan en que “esta ley [8, tít. 4, P. 6] cuando dice que el padre puede hacer donaciones con tal de que quede a salvo la legítima de sus hijos, tanto en su vida como después de su muerte”, “se refiere, *sensu contrario*, a que si no queda salva esta parte, la donación será nula en cuanto al exceso”; y que si bien, “las palabras que se leen más abajo, *pueden revocar los hijos*, dan lugar a creer que la donación no fue nula *ipso iure*; la palabra *revocar* pudo referirse muy bien al hecho y no al derecho, esto es, al acto de recobrar los bienes, y no a hacer necesaria la reclamación de los hechos para que la donación perdiese su fuerza ante la ley”. Notemos que ese razonamiento cala menos en la realidad que el Angulo, que había observado cómo el padre no podía revocarla ni los otros hijos en vida de éste, ni aún en lo que tuviere de excesiva. Pero lo cierto es que el nuevo razonamiento lleva también a consecuencias que han de ser concordantes con él y naturalmente contrarias al antiguo: a) Los frutos deben devolverse porque la donación fue nula en cuanto perjudicara alguna legítima. b) Y comprenderá las cosas enajenadas por el donatario, así como las hipotecas y servidumbres que hubiese constituido; o mejor, tales actos de transacción y constitución de derechos fueron nulos, porque era nula la donación en cuanto al exceso...”.

82. El Proyecto de 1851 no siguió este criterio nuevo, excesivamente simplista. Sus soluciones fueron más matizadas.

a) Respecto a los frutos percibidos, el artículo 971, § 1, previno: “Las donaciones que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 954 tengan el carácter de inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto tengan de excesivas; pero esta reducción no obstará a que

(493) I. SAMPONTS Y BARBA, R. MARTÍ DE EIXALÁ Y J. FERRER Y SUBIRANA, “Nota adicional a la glosa 49 de Gregorio López al tít. IV de la 5.ª Partida”; op. ed. y vol. cits., p. 52.

rengan efecto en vida del donador y haga suyos los frutos el donatario" (494).

García Goyena (495), al glosar este artículo, explicó: "La donación fue perfecta y válida en un principio, y el donatario percibió los frutos de buena fe: la reducción viene *ex post facto*, y este hecho accidental no tiene lugar sino al abrirse la herencia del donador por su muerte"... "como desde este mismo instante pasan al dominio y la posesión de los bienes, incluso el exceso de los donados a los herederos, cesa también el donatario de hacer suyos los frutos en cuanto al exceso...".

b) Respecto de la repercusión de la reducción de las donaciones inoficiosas frente a terceros adquirentes de los bienes donados, el artículo 891 decía: "Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario, y éste los hubiese enajenado, los herederos sólo podrán repetir contra el tercero poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario" (496).

García Goyena (497) comentó: "El donatario era dueño y de buena fe; es, por tanto, preciso consultar a la estabilidad de la enajenación, y conciliarla en lo que sea posible con el sagrado derecho de la legítima que no pudo ser menoscabada por el donador: sólo, pues, podrán repetir los coherederos contra el tercer poseedor en cuanto fue inoficiosa y previa excusión de los bienes del donatario."

La formulación conceptual de su posición la hallamos más adelante (498): "La donación en sus relaciones con la legítima, y para el efecto de reputarse o no inoficiosa, queda en suspenso hasta la muerte del donador, y lleva tácita y necesariamente la condición de que ha de caber en la parte libre o disponible". Es de notar que Angulo también había objetado dos siglos y medio antes contra esta configuración, pues el hecho de que no se dé la referida circunstancia es presupuesto, o si se prefiere *condicio iuris*, de la *querella inofficiosae donationis*, es decir, de la acción de reducción, sin que pueda decirse propiamente que la donación se halle condicionada, pues el evento de que resulte excesiva sólo repercute en ella si se ejercita la acción de reducción.

(494) En el Anteproyecto 1882-1888 corresponde a este artículo el 653, § 1.º que, aparte la referencia al número de artículo determinante de la inoficiosa, es literalmente igual hasta "deberán ser reducidas" y que luego varía su redacción ligeramente; continuando; "en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y el donatario haga suyos los frutos".

(495) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 971, p. 315.

(496) A este artículo correspondió en el Anteproyecto 1882-88 el artículo 1.066: "Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario y éste los hubiese enajenado o hipotecado, se imputará su importe a la legítima, a la mejora y a la tercera parte de libre disposición del donante; y si todavía la donación resultare inoficiosa, podrán los coherederos repetir contra el exceso contra el tercer poseedor previa excusión de los bienes del donatario".

(497) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 891, p. 259.

(498) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., Apéndice 8, p. 342.

Por lo demás, como Manrín Monroy (499) ha observado: “el proyecto, en vez de dar lugar a una resolución y anulación tajantes —como la del art. 961 [para el supuesto de supernaciencia de hijos]—, sólo daba, por el 891, repetición contra tercero, previa excusión de los bienes del donatario, de lo que parece resultar, más que una revocación, sólo un derecho de crédito contra el adquirente convertido en fiador legal del donatario”.

Bajo el punto de vista registral, Claudio Antón de Luzuriaga (500) explicó: “Los donadores son también equiparados al vendedor por algunas legislaciones respecto de los derechos que la ley les reserva; pero en nuestro proyecto hemos seguido el ejemplo de otras leyes hipotecarias que los pasan en silencio, y para ello nos hemos fundado en que *las acciones del donador y sus herederos para revocar o reducir las donaciones, cuando nacen de la ley, son notorias* a todo el que contrate con un donatario puesto que el registro público constará que el título de propiedad de este último es una donación y la ley advierte a todo el mundo que la propiedad de este origen está sujeta a la revocación o reducción para todos y en unos mismos casos, de modo que el registro no podría ser sino una segunda edición de la ley; por lo demás el proyecto hace necesaria la inscripción para las acciones reales reservadas al donador por la voluntad de los contrayentes, así como la de la demanda por causa de ingratitud que es completamente voluntaria.”

83. El orden por el cual debía procederse a la reducción de las donaciones fue expresada en el artículo 972 del Proyecto de 1851: “Si las donaciones no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán las más recientes por el orden posterior de la fecha de su otorgamiento en lo que resultare exceso” (501).

García Goyena (502) señaló su concordancia con el 923 francés, 971 holandés, 1.840 napolitano, 1.494 de Luisiana, 581 de Vaud, 1.158 de Sardo, sin aludir a su correspondencia con la doctrina de los autores de Derecho común, aplicada también por los juristas castellanos, según vimos con referencia a Gregorio López y a los Hermosilla y puede comprobarse entre los comentaristas de las leyes de Toro (503).

Sin embargo, las razones que aduce García Goyena son las permanentemente fundadas en la naturaleza irrevocable de las donacio-

(499) ANTONIO MARÍN MONROY, “La Colación. Historia y crítica de los problemas de valoración”, en *Anales Ac. Matr. del Notariado*, vol. IV, p. 239.

(500) CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, Comentario al título XIX del Proyecto de 1851, contenido en el tomo IV de las “Concordancias...” de GARCÍA GOYENA, p. 193.

(501) Corresponde en el Anteproyecto 1882-88 al art. 655: “Si siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso, las de fecha más reciente”.

(502) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 972, p. 316.

(503) ASÍ TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XXV, n. 2, fol. 195 vto. y s.; ANGULO, op. cit., ley 12, glos. 1, n. 6, fol. 241: “Itaque ex pluribus irrevocabilibus donationibus praecedentibus suo ordine, et antiquitatae amplebitur quintum quia solum revocantur ultimae, quae fuerunt inofficiosae l. si libertus § qui de iure patro.”

nes *inter vivos*. Así, en su glosa a las palabras “*Por el orden posterior*”, dice: “la supresión o reducción ha de comenzar donde comenzó la inoficiosidad o el menoscabo de la legítima de los herederos forzosos, y esto debe aparecer siguiendo el orden gradual inverso o más reciente de las fechas de las donaciones”. “Además, sin esta disposición, quedaría al arbitrio del donador perjudicar a un donatario anterior y hacer ilusorio parte de su derecho ya adquirido en irrevocable sin más que hacer otra u otras donaciones posteriores.”

Consecuente con esta regla era la del artículo 649, número 1, referente a la reducción en general de las disposiciones inoficiosas: “No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o dejando absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias” (504). GARCÍA GOYENA (505), después de indicar: “Es el artículo 923 francés, 971 holandés, 1.157 sardo, y en general en todos los Códigos”, comentó: “Los donatarios tenían adquirido un derecho de que el mismo donador y testador no podía privarles.”

D) RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.

84. La reducción de las donaciones es prevista en el artículo 654 del Código civil:

“Las donaciones que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.”

“Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.”

El artículo 820, número 1, previene: “*Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.*”

Y el artículo 656, declara: “*Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.*”

Existe, además, en el mismo Libro III, en el capítulo VI, sec. 1, referente a la colación, una regla especialísima expresada en el artículo 1.044: “*Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos, sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento*” (506).

(504) Corresponde con él el n. 1.º del art. 805 del Anteproyecto 1882-88, que substituyó “o dejando absolutamente sin efecto” por “o anulando”.

(505) GARCÍA GOYENA, art. 649, p. 98.

(506) Es idéntico al art. 888 Proy. 1851, salvo en que éste no tiene coma detrás de la palabra “boda”. El art. 1.060 del Antep. 1882-88, en cambio, no habla de la *reducción* sino de la *colación* de dichos regalos: “Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipo, serán colacionables cuando excedan, en un décimo o más, de la cantidad disponible”.

El análisis de estos preceptos permite formular, como síntesis, respecto al orden de reducción de las donaciones, las reglas siguientes:

1.º Se reducen en primer término las disposiciones testamentarias.

2.º Reducidas éstas, si no quedaren cubiertas todas las legítimas, se reducirán las donaciones, excepto "los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos" en cuanto no excedan de un décimo de la cantidad disponible por testamento (507).

3.º La reducción de las donaciones no exentas de reducción, se efectuará por orden inverso a sus fechas, es decir, comenzando por las más recientes.

4.º Las donaciones que sean de igual fecha, por aplicación del artículo 820, número 2 (508), deben reducirse a prorrata, a menos

De la interpretación, muy discutida, del art. 1.044 C. c., nos hemos ocupado en "Apuntes...", III, § 13, B, b, pp. 546 y ss.

a) Unos autores han entendido que el precepto limitaba el montante de los regalos de boda como máximo a un décimo de la cantidad disponible por testamento, análogicamente el límite establecido en el art. 1.331 (BONEL Y OYUELOS), o de la parte de libre disposición (LÓPEZ R. GÓMEZ).

b) Otros (MANRESA, SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, DE DIEGO, CASTÁN, BONET RAMÓN) han entendido que exime de colación dichos regalos en cuanto no exceden de un décimo de la porción disponible.

c) Otros (DE BUEN, LACRUZ, PUIG BRUTAU), han estimado que no contiene norma alguna de colación, sino de reducción por inoficiosidad.

d) Finalmente, con ROCA SASTRE, hemos entendido aplicable esa exención tanto a la reducción por inoficiosidad como a la colación tal como en la nota siguiente veremos que comentó GARCÍA GOYENA respecto del artículo 880 Proy. 1851.

En el sentido expresado, la reducción afectará a las donaciones de fecha anterior, salvándose hasta dicho décimo los regalos de boda, aunque sean de fecha posterior. En este sentido también PUIG BRUTAU, "Estudios...", vol. V-III, cap. II, B, b, p. 193 y GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 151.

(507) La clave de la interpretación del art. 1.044 C. c., nos la ofrece GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., p. 251, al explicarnos el porqué del artículo 880 del Proyecto de 1851 que fue su precedente, como hemos visto:

"GÓMEZ, en sus comentarios a la ley 29 de Toro, opina que no deben imputarse los gastos de boda, pero sí los regalos: siguen a GÓMEZ varios autores, y entre ellos FEBRERO.

"Los gastos que ocasiona la solemnidad de las bodas interesan al honor de los padres, y perecen así que son hechos; los de los regalos duran, son útiles y cubren una carga u obligación propia del hijo.

"No dejan de ser plausibles las razones de esta diferencia: pero en el artículo 885 quedan exentos de colación los regalos de costumbre; y los de boda, en rigor, deberían imputárseles. "Los gastos ordinarios de equipos de bodas, y los regalos de costumbre, son de parte del padre una deuda, y no una liberalidad; al dar la vida a sus hijos contrajo la obligación de mantenerlos, educarlos y equipararlos" se dice en el discurso 52 francés al motivar su artículo 852, que los exime de colación; y el artículo francés ha sido copiado en el 1.075 sardo, 1.522 de la Luisiana, en el 774 de Vaud, 771 napolitano y 1.143 holandés.

"En nuestro artículo se ha tomado un término medio, sujetando únicamente a colación y declaración de inoficiosidad el exceso de un décimo o más de la cantidad disponible".

(508) No se trata sólo de una aplicación analógica, sino también de

que el donante al otorgarlas hubiese determinado un orden de preferencia entre ellas (509).

Las donaciones *mortis causa*, dada su independencia del testamento del causante, han de ser catalogadas entre las donaciones y no entre los legados, conforme al tenor del artículo 820, que separa *donaciones y mandas hechas en testamento* (510), y porque la donación *mortis causa* se entiende perfeccionada en el último instante de la vida del donante mientras las disposiciones testamentarias se perfeccionan en el momento de la muerte del testador (511).

El problema de la fijación de la fecha de las donaciones *mortis causa* a efectos del orden de reducción de las donaciones, lo hemos resuelto con el siguiente criterio (512): a) Las de tipo resolutorio, por las cuales la propiedad fue transferida en el acto de su otorgamiento, deberá atenderse a la fecha de éste. b) En las de tipo suspensivo en las cuales la posesión de la cosa donada se hubiese entregado al donatario, la fecha de esta transmisión posesoria debe determinar la fecha a los efectos que examinamos, al considerar aquella transmisión posesoria como tradición condicional que se perfecciona retroactivamente al premorir el donante sin haber revocado la donación. c) En las demás donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo el último instante de la vida del donante debe estimarse como su fecha.

Es sabido que el capital de los seguros de vida a favor de tercera persona no se computa en la herencia del estipulante, ni aún las primas satisfechas si éstas pueden estimarse comprendidas entre las donaciones usuales o en los deberes de previsión jurídica o meramente morales, habida cuenta de su montante, de la persona y circunstancias del beneficiario y de los deberes morales que con éste tuviera el estipulante (513). Pero en los otros supuestos, las primas deben computarse como donaciones e, incluso, resultar inoficiosas, supuesto en el cual deberá precisarse la fecha a que debe atenderse para determinar el orden de su reducción. La duda entre si debe atenderse a la fecha del contrato de seguro, a la del fallecimiento del estipulante en la

una consecuencia de la remisión que el art. 654, § 2, hace a los arts. 820 y 821.

(509) En este sentido DE DIEGO, "Instituciones...", vol. II, lec. 54, p. 210, nota 2; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, 6, A, c, d', pp. 407 y s.; ALBALADEJO, "Compendio", cap. XVI, n. 58, p. 252. Según PUIG PEÑA, el causante no puede alterar la prioridad de las donaciones de fecha más antigua, porque resultaría contrario al principio de la irrevocabilidad de las donaciones; pero sí puede establecer el orden de prioridad entre las de igual fecha, lo que requiere "*una voluntad expresa y contenida en el acto mismo en que se hace la donación*".

(510) Así lo hemos sostenido en "La donación *mortis causa*...", X-II, en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, V, pp. 743 y ss. y en "Apuntes...", loc. últ. cit., p. 545.

(511) Así lo mostramos en "La donación *mortis causa*...", loc. cit., p. 726, y en "Donación, condición y conversión jurídica material", en *A.D.C.*, V-IV, octubre-diciembre 1952, pp. 1250 y ss.

(512) Cfr. "Apuntes...", loc. últ. cit., p. 545.

(513) Cfr. "Aspecto cuantitativo de las legítimas", 8, en *A.D.C.*, XXIV-I, enero-abril 1971, pp. 24 y ss.

que el beneficiario obtiene su derecho al capital, o la fecha del pago de cada prima por separado, nos hemos inclinado por este último criterio, atendiendo a que el pago de cada una corresponde al empobrecimiento del causante y a que son éstas y no el capital lo computado (514).

Las donaciones remuneratorias, las onerosas y modales pueden ser objeto de computación en la parte en que sean computables y del mismo modo debemos resolverlo respecto de las demás donaciones cuya computación sea cuestionada (515).

85. Cuestión importante, en este tema de reducción de donaciones inoficiosas, es la que plantea la insolvencia de alguno de los donatarios que deben sufrir la reducción. Dejamos para después la cuestión de los efectos respecto tercero de la reducción, que resolvieron el artículo 891, Proy. 1.851 y el artículo 1.066 Antep. 1882-88, estableciendo una responsabilidad subsidiaria del tercer poseedor del inmueble donado previa excusión de los bienes del donatario. Aquí sólo tratamos de poner en claro el supuesto de que, a pesar de este remedio o bien a causa de no darse éste en el régimen vigente, queden sin cubrir las legítimas por la insolvencia de un donatario, planteando si para poder satisfacerlas totalmente cabe o no proceder a reducir otra u otras donaciones de fecha anterior.

Se trata de un problema respecto del cual el Derecho comparado nos ofrece diversidad de soluciones (516). Tales: cargar tales con la insolvencia del donatario más reciente, ya sea a los legitimarios (517), bien a los donatarios anteriores (518), o bien, no computar para el cálculo de las legítimas las donaciones que por insolvencia del donatario no puedan ser reducidas (519).

También, como antes vimos, los Hermosilla (520) habían resuelto: “quando extraneus, cui ultima donatio fuit facta, reperiretur non-solvendo, et ab eo non posset recuperari; nam tunc usque ad legitimam prima revocabitur”.

(514) Así lo sustuvimos en nuestros “Apuntes...”, loc. últ. cit., pp. 345 y s. Acepta este criterio PUIG BRUTAU, “Estudios...”, vol. V-III, cap. II, 2, B, b, pp. 190 y s.

(515) Cfr. “Aspecto cuantitativo...”, 31, loc. cit., pp. 73 y ss. Respecto esta cuestión en el Derecho de Castilla, cfr. “Apuntes...”, III, § 5, C, pp. 361 y ss. Véase también las referencias que hacen los HERMOSILLA, op. cit., P. 5, tít. IV, Lex VIII, glos. XIII, vol. I, n. 315.

(516) Cfr. nuestros “Apuntes...”, III, § 10, B, d, pp. 452 y s.

(517) Tesis que ya había sostenido POTHIER, “Traité des donations entre vifs”, Sec. III, art. V, § V, cfr. en “Oeuvres de Pothier”, vol. XIII, Nouvelle edit., París, 1825, pp. 325 y s.; KIPP, op. cit., § 136, VI, 5, p. 343, estima que en el régimen del B.G.B. el donatario anterior no responde de la insolvencia del posterior.

(518) Posición por la cual, no sin vacilaciones, parece haberse inclinado la *Court de Cassation* francesa.

(519) Posición por la que se ha inclinado PLANIOL, “Tracté Pratique de Droit Civil Français”, vol. V, n. 116, cfr. ed. París, 1933, p. 112; y que aplican al art. 562 del vigente *Codice Civile* italiano y el art. 537, al 20 del Código suizo.

(520) HERMOSILLA, op. cit., Lex VIII, gloss XIII, n. 33, p. 317.

¿Cuál es la solución más adecuada en el régimen de nuestro Código civil?

a) El criterio de no computar la donación que no puede reducirse por insolvencia del donatario, ha sido defendido por ilustres autores. Manresa (521) entendió que la equidad aconseja que se prescindiera de esa donación para cómputo de la legítima, "considerando los bienes en que consistía como no existentes en el patrimonio del difunto". Roca Sastre (522) abundó en este mismo criterio de considerar como no hecha tal donación "bien que dejando viva la acción de abono del referido valor contra el donatario, por si pasare a mejor fortuna, atribuyendo tal acción a los legitimarios o al donatario anterior que pueda entonces resultar alcanzado de inoficiosidad. Puig Peña (523) y Puig Brutau (524) han recogido esta opinión, subrayando este último que dejar la eficacia de la legítima pendiente de la insolvencia de un donatario, habiendo otros donatarios, tal vez sería tanto como subordinar al interés de éstos el de los legitimarios" y que el carácter flexible de la acción rescisoria, en cuanto a la eficacia de los actos realizados por el donatario en vida del causante, no debe servir de apoyo para conferir "un carácter permanente a la relación entre el legitimario perjudicado y un determinado donatario".

Notemos que de prosperar este criterio obligaría a una total revisión de las operaciones efectuadas, pues al dejar de computarse una donación, disminuiría con el importe de ésta el montante total para el cómputo de los tres tercios, con lo que se reducirían todas las legítimas, el tercio de mejora y el de libre disposición. Ello podría dar lugar a que resultare inoficiosa alguna otra donación que en otro caso no lo sería, y a que fueran reducidas las mejoras y resulte menor la cuota viudal. Y esta rectificación quedaría pendiente de ser nuevamente rectificadas, si la ulterior solvencia del donatario de aquella donación descomputada permitiera percibir del mismo, en todo o en parte, el montante de la reducción que debía sufrir.

b) Nosotros (525) nos hemos inclinado a entender que el riesgo de la insolvencia del donatario, que debía sufrir la reducción, corresponde a los legitimarios, como acreedores de cosa o de valor, según los casos, del donatario, contra quien les corresponde una acción rescisoria, es decir, de carácter personal. El artículo 636 ni el 654 dan base alguna para repercutir, directa ni indirectamente, en todo ni en parte, a los donatarios anteriores el riesgo de la insolvencia de otro donatario posterior, tanto más cuanto que sigue viva la acción del

(521) MANRESA, op. cit., vol. V, art. 656, pp. 185 y ss.

(522) ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, § 136, VI, c, vol. I, p. 352.

(523) PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, 6, A, c, e', pp. 409 y s.

(524) PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, cap. II, 2, B, 2, c, pp. 193 y siguiente. También en este sentido ha opinado GARCÍA BERNARDO, loc. cit., pp. 151 y s.

(525) "Apuntes...", III, § 13, B, c, p. 550. En igual sentido J. SANTAMARÍA, op. cit., vol. I, art. 856, p. 653, y O'CALLAGHAN, op. cit., III, 5, p. 271.

legitimario contra éste donatario, que podría llegar a poderse hacer efectiva si éste mejorase de fortuna.

86. El hecho, reconocido en el artículo 654 de que las donaciones inoficiosas *"tengan efecto durante la vida del donante"*, comporta que éste no puede pedir su reducción. Así, la S. 2 de octubre de 1918 negó a los donantes acción para pedir la inoficiosidad de las donaciones (526).

El artículo 655 C. c. confirma este criterio al disponer: *"Sólo podrán pedir la reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a la legítima o a una parte alicuota de la herencia, y sus herederos o causahabientes."*

"Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación."

"Los donatarios y legatarios que no sean de parte alicuota y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella."

El precedente legislativo de este artículo es el artículo 654 del Anteproyecto 1882-88 (527), que, según señalaron sus redactores, fue tomado del artículo 1.092 del *Codice civile* de 1863 (528). Dato importante, pues este precepto del viejo código italiano, en su § 1, concedía el derecho a pedir la reducción a *"aquellos en cuyo favor la ley reserva la legítima u otra cuota de la sucesión, y por sus herederos forzosos"*. En lugar de la *"otra cuota de sucesión"* que *"la ley reserva"* del precepto italiano, se lee *"una parte alicuota de la herencia"*, en el § 1 del artículo 654 del Anteproyecto, que no sólo se conserva en el § 1 del artículo 656 C. c., sino que es complementado en el § 3 con el inciso *"que no sean de parte alicuota"* (que no tenía el § 3 del art. 654 del Anteproyecto), que al parecer exceptúa a éstos de los legatarios que no puedan pedir la reducción ni aprovecharse de

(526) La Dirección General de los Registros en Res. 21 de agosto de 1893, considerará que el art. 654 ordena que la donación inoficiosa tiene plena eficacia durante la vida del donante, y, por ende, hasta que llegue el momento de su reducción. Entiende esta Resolución que ni el Notario al autorizar las escrituras de donación ni el Registrador al inscribirlas, incumbe investigar si el donante conserva lo bastante para vivir, a efectos de aplicar el art. 634. De su razonamiento resulta, a mayor abundamiento, que menos aún podrán investigar su inoficiosidad que no puede juzgarse sino después de fallecido el donante llegado el momento de la reducción.

(527) El art. 654 Antep. 1882-88 dice así:

"Sólo podrán pedir la reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a la legítima o a una parte alicuota de la herencia y sus herederos o causahabientes."

"Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar a su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación."

"Los donatarios legatarios o acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella."

(528) Cfr. ed. cuidada por Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 188 y siguiente.

ella. De Diego (529) calificó esta trasposición de dislate, pues con la indicada expresión el Código italiano se refería a la cuota en usufructo asignada como legítima al cónyuge viudo.

¿Muestra la redacción del artículo 655 que los codificadores entendían que los legatarios de parte alícuota deben poder pedir la reducción de las donaciones inoficiosas y aprovecharse ella?

Algún autor (530) ha pretendido que es así. Otros (531) lo acatan, dada la reiteración que la letra del § 3 hace por pasiva del texto literal que en activa contiene el § 1. Pero la inmensa mayoría de los autores (532) entiende que no se trata sino de un error sin efecto alguno, pues no hay más donaciones inoficiosas que las que afecten alguna legítima (arts. 636 y 819, § 3):

— pues de la parte disponible que el testador consumió en donaciones irrevocables, no es posible que vuelva a disponer testamentariamente implicando la reducción de aquéllas,

— si, conforme al artículo 820, número 1, deben respetarse las donaciones irrevocables, no es posible que vuelva a disponer testamentariamente implicando la reducción de aquéllas,

— y, conforme al artículo 820, número 1, deben respetarse las donaciones “mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento”.

87. Entre los legitimarios que pueden pedir la reducción de las donaciones inoficiosas en cuanto lesionen su respectiva legítima, evidentemente debe entenderse incluido el cónyuge viudo, “aun cuando el vínculo matrimonial se hubiera contraído con posterioridad a la fecha de esas donaciones, ya que los artículos 636, 654 y 655 se refieren al momento de la muerte del donante, para declaración de la inoficiosidad de las donaciones, para la computación de su valor

(529) DE DIEGO, op cit., vol. II, Lec 54, p. 209, nota 1.

(530) Enrique PÉREZ ARDÁ, “El problema de la colación”, en R.G.L. y J. 109, 2.º sem. 1906, pp. 222, y “Donaciones en favor de herederos forzosos”, en R.G.L. y J. 111, 2.º sem. 1907, pp. 229 y ss. dedujo de los arts. 819, 825 y 829 que el heredero forzoso donatario debe restituir en beneficio de los legatarios el exceso de su donación respecto de su legítima y mejora, en su caso; y entendió apoyado este criterio en el art. 655. Para su crítica ver José MORELL, “Donaciones a favor de herederos forzosos”, en R.G.L. y J. 110, primer sem. 1907, pp. 257 y ss.

(531) Así, SCAEVOLA, op. cit., vol. XI-II, art. 655, cfr. 5.ª ed., Madrid, 1943, pp. 910 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., vol. IV, cap. XXII, n. 50, p. 708; OYUELOS, “Digesto”, vol. III, arts. 654 a 656, p. 92.

(532) NAVARRO AMANDI, “Cuestionario...”, vol. 1, art. 655, pp. 77 y ss.; MANRESA, op. cit., vol. V, art. 655, pp. 181 y ss.; BONEL, op. cit. y vol. cits., art. 654, p. 197; FALCÓN, op. y vol. cits., p. 41; MORELL, loc. cit.; DE DIEGO, loc. últ. cit.; DE BUEN, *Notas* y vol. cits., § 7, p. 645; CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., vol. IV, 7.ª ed., pp. 199 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XXI, p. 242; ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. II, § 136, VI, b, p. 380; Guillermo G. VALDECASAS, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, III, 2, en R.D.P. XLVII, 1963, p. 975; SANTAMARÍA, op. y vol. cits., 654 y 655, pp. 652 y s.; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, nota 35, p. 405; GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 150; BONET RAMÓN, “Código...”, art. 655, p. 568; ESPÍN, op. cit., vol. V, sec. IV, cap. III, III, 2, p. 482; ALBALADEJO, “Compendio...”, cap. XVI, n. 56, p. 252.

con el valor líquido de los bienes del donante y para determinar las personas que pueden pedir la reducción”, como dijo la S. 3 de abril de 1936. Criterio que resuelve también afirmativamente la posibilidad de que reclamen la reducción los hijos nacidos después de que la donación se hubiese otorgado (533).

El artículo 655, § 1, en su inciso final incluye entre quienes pueden ejercer la acción de reducción a los “herederos o causahabientes” de los legitimarios. La S. 11 de octubre de 1942 en su argumento deduce que podrán pedir la reducción los herederos voluntarios de un heredero forzoso.

Aunque el legitimario haya sido instituido heredero del causante y aceptado su herencia, puede pedir la reducción de las donaciones, pues, como hemos visto (534), la concurrencia de la condición de legitimario con la de heredero testamentario no significa limitación de aquélla (535).

Del mismo modo, como el artículo 816 prohíbe la renuncia anticipada de la legítima, el artículo 655, § 2, prohíbe la renuncia en vida del donante a la acción de reducción de las donaciones inoficiosas (536).

La falta de legitimación de los acreedores del causante para pedir la reducción de las donaciones inoficiosas resulta sin duda del artículo 643, en virtud del cual no mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación no se haya hecho en fraude de acreedores, fraude que se presumirá cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores. El artículo 655, § 3, determina que tampoco es posible a los acreedores conseguir indirectamente, lo que directamente no les permite el 643 (537). En el caso de que el activo de las legítimas se halle representado exclusivamente por las donaciones inoficiosas, se desprende del artículo 655, § 2, que en el ejercicio de la reducción no pueden subrogarse los acreedores del difunto, ni aprovecharse de ella. Sin perjuicio de que, una vez confundido en el patrimonio del legitimario con sus demás bienes, los que recibió

(533) Cfr. MANRESA, loc. últ. cit., p. 102.

(534) Cfr. “Atribución y concreción del contenido y...”, en A.D.C., XXV-I, pp. ... y s.

(535) Así fue entendido por los autores de Derecho común, como explican los HERMOSILLA, glosa cit., nn. 22, 23 y 24, p. 316.

(536) De ese modo se entendió en Derecho común, aunque la renuncia hubiese sido hecha con juramento. Cfr. HERMOSILLA, glos. cit., nn. 25 y 26, pp. 316 y s.

(537) MANRESA, op. y vol. últ. cit., art. 655, p. 187, consideró absoluta esta disposición, y, consecuentemente “si el legitimario no tuviese más bienes que los que obtuvo por la reducción, el acreedor no podrá cobrarse con ella”. No obstante, ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 350 *in fine* y s., y LACRUZ BERDEJO, *Notas* al Binder, § 33, II, p. 307, han dicho que si el legitimario aceptó la herencia sin beneficio de inventario, cabe sostener que los acreedores del causante podrán ejercitarla por vía de *subrogación* (arts. 1.001 y 1.111 C. c.). En cambio, ROYO MARTÍNEZ, loc. últ. cit., insistió en que los acreedores del causante carecen de otra acción que no sea la pauliana (arts. 643 y 1.297) respecto de las donaciones otorgadas por éste, aunque sean inoficiosas.

del donante a título de herencia y los que haya obtenido con la reducción de las donaciones inoficiosas, si no aceptó la herencia a beneficio de inventario, únicamente entonces los acreedores de la herencia podrán dirigirse indistintamente contra cualquiera de dichos bienes aunque sean los obtenidos por la reducción de donaciones inoficiosas (538).

88. En cuanto al modo de efectuarse la reducción de las donaciones inoficiosas y a la naturaleza de la acción para reclamarla debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la llamada que el artículo 654, § 2, hace a los artículos 820 y 821 C. c.

La remisión al artículo 821, significa que la reducción de la donación, cuando su objeto consista en una finca que no admita cómoda división, deberá verificarse materialmente o bien por compensación de su valor en dinero, según absorba o no el montante que se deba reducir la mitad o más del valor de la finca donada (539). Aunque el artículo 654 no lo dice, parece evidente que, como complemento del artículo 821, también debe aplicarse, en su caso, el artículo 822 a la reducción de las donaciones (540). Lo cual resulta de acuerdo con la solución aplicada a la reducción de mejoras de cosa cierta por los juristas castellanos (541).

Pero el artículo 654, § 2, también se remite a las disposiciones de su mismo capítulo y, entre éstas, parece que la más acorde es la dispuesta para la revocación de donaciones por causa de ingratitud, adecuando la eficacia de éstas, sólo *ex nunc*, con la declaración del artículo 654, § 1, de que la reducción de las donaciones inoficiosas *no obstará para que éstas tengan efecto durante la vida del donante*".

Y ahí tocamos el problema de la naturaleza de la acción de reducción de donaciones. El carácter rescisorio, tradicionalmente atribuido a las querellas de inoficiosa (582), parece confirmada con esta referencia que nos conduce a la aplicación de los artículos 645, 649 y 650 C. c. (543). De ellos, sin necesidad de recurrir a razonamientos conceptuales, podemos deducir las siguientes consecuencias:

(538) En este mismo sentido, Guillermo G. VALDECASAS, loc. cit., III, 3, p. 975, y O'CALLAGHAN, loc. cit., III, 5, p. 271.

(539) La remisión expresa del art. 654, § 2 al 821, creemos que resuelve negativamente la cuestión de si puede el donatario evitar la restitución *in natura* en todos los casos, completando en dinero las legítimas lesionadas. Cfr. PUIG PEÑA, loc. últ. cit., nota 41, p. 408.

(540) En este sentido, DE DIEGO, loc. últ. cit., p. 210, nota I; nosotros, "Apuntes", III, § 13, C, p. 552, y GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 151.

(541) Cfr. *supra*, texto correspondiente a las notas 488 a 492.

(542) Cfr. "El apartamiento y la desheredación", III, 41, en A.D.C., XXI-T, pp. 87 y ss., y *supra*, h. c., III.

(543) MANRESA, op. y vol. últ. cit., p. 184, partiendo de la validez del otorgamiento de la donación y de que se trata de una rescisión de ésta en cuanto fuere inoficiosa, cree que con "con arreglo al art. 621 deben estimarse aplicables los artículos 1.294 y 1.295 y aún el 1.299". También ROCA SASTRE, *Notas al Kipp*, vol. II, § 136, VI, 351, considera que la acción de reducción es rescisoria, personal y *ex nunc*. LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de Sucesiones de Binder*, Barcelona, 195, p. 306, deduce que se trata de una acción

a) Que “quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación [aquí de reducción] en el Registro de la Propiedad” (art. 649, § 1). De las posteriores, no podrá decirse que “serán nulas”, como, para el supuesto de ingratitud, dice el § 2 del artículo 1.649, sino que quedarán sujetas a la reducción. Lo que significa que, a estos efectos, se considera que éstas continúan siendo del donatario.

b) Que los legitimarios tendrán derecho a exigir del donatario, hasta el montante de la reducción debida “el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, o la cantidad en que hubiesen sido hipotecados” (art. 650, § 1). “Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes” (art. 650, § 2) (544).

Por analogía —con identidad de ratio— deberá aplicarse a la reducción por inoficiosidad lo que dispone para la colación el artículo 1.045, § 2: “El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida causal o culpable serán de cargo o riesgo o beneficio del donatario.” Criterio que coincide con el del artículo 645, § 3: “Cuando los bienes no pudieran ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacerse la donación” (545).

El artículo 654, en el inciso final del § 1, indica que la reducción “no obstará” “para que el donatario haga suyos los frutos”. Regla que completa el artículo 651, § 1: “Cuando se revocare la donación

rescisoria o resolutoria, parcial o total, de carácter personal y efectos semejantes a la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos. Posición que Xavier O'CALLAGHAN, loc. cit., III, 3, p. 269, matiza en el sentido de que no puede tratarse de una acción resolutoria, sino que es acción rescisoria. Parece que también presuponen el carácter rescisorio de la acción, con las llamadas que hacen al art. 1.299 C. c., para su aplicación supletoria; CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. IV, 7.^a ed., Madrid, 1952, § XLI, II, 4, p. 200; PUIG PEÑA, “Tratado...”, vol. IV-II, cap. VIII, IV, 2.^o, p. 172, y PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, vol. II-II, cap. II, 7, E, p. 97, y también ALBALADEJO, “Compendio...”, cap. XVI, n. 58, p. 252, al entender que el plazo de cuatro años es el más adecuado para la prescripción de la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

(544) RAFAEL RAMOS BASCUÑANA, “De las sucesiones”, vol. II, cap. XXIX, 12, p. 40, entendió que el donatario, en caso de enajenar los bienes donados, no respondería de la reducción con sus demás bienes, ni puede exigírsele el exceso inoficioso de la donación que había recibido. Pero esta es una opinión totalmente aislada, sin que comprendamos cuál pueda ser su fundamento. La reducción en metálico, en ese caso, la admiten casi todos los autores, como: FALCÓN, op. y vol. cit., p. 42; MANRESA, loc. últ. cit.; ROCA SASTRE, “Naturaleza jurídica de la legítima”, loc. cit., p. 207 y nota 73, y Notas al Kipp, § 136, p. 351; PORPETA, “Naturaleza jurídica de la legítima”, loc. cit., pp. 187 y ss.; LACRUZ BERDEJO, Notas al Binder, § 33, II, p. 306; PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, 6, A, c, e, pp. 408 y s.; PUIG BRUTAU, op. cit., vol. V-III, cap. II, 3, p. 195.

(545) ROCA SASTRE, Notas al Kipp, loc. últ. cit., ha aplicado analógicamente estos arts. 645, § 3 y 1.045, § 2, a la reducción por inoficiosidad, por lo cual entiende que no puede distinguirse si la pérdida fue causal o culposa. PUIG PEÑA, loc. últ. cit., p. 409, planteó esta cuestión, indicando que según la doctrina francesa queda libre de colacionar el donatario que por caso fortuito o fuerza mayor perdió la cosa donada, pero concluye recogiendo la citada solución de ROCA SASTRE.

por alguna de las causas expresadas en el artículo 644 o por ingratitude, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.”

Finalmente, aunque los bienes o valores restituidos por reducción de donaciones, entren en la masa partible no puede decirse que formen parte, al menos a todos los efectos, de los bienes hereditarios o propiamente relictos, puesto que, como antes hemos visto, los acreedores del causante no tienen derecho a dirigirse contra ellos (si no se confunden en el patrimonio de un legitimario que sea además heredero y que por no haber aceptado a beneficio de inventario, responda como tal con todos sus bienes del pasivo hereditario), ni su devolución amplía la masa de extracción para los herederos voluntarios, ni para los legatarios, sean o no de parte alícuota.

89. La reducción por inoficiosidad no alcanza en medida alguna a terceros adquirentes. A este resultado llegamos tanto si entendemos que la acción para reclamarla deriva de la *querella inofficiosae donationis*, como si estimándola de carácter rescisorio aplicamos los artículos 1.294, 1.295 y 1.299 (546), como si accedemos a buscar la solución en los artículos 645, 649 y 650, conforme hemos hecho. Confirma este criterio la supresión en el Código civil de la norma que contenían los artículos 891, Proy. 1851 y 1.066, Antep. 1882-88, que imponía responsabilidad al tercer adquirente de los bienes donados, después de hecha excusión de los bienes del donatario enajenante.

Es cierto que algunos autores han opinado de modo distinto. Así, Navarro Amandi (547), influido por la opinión que García Goyena había emitido respecto del Proyecto de 1851, recogió unas palabras de este autor, más propias para aplicarlas al sistema francés de reservas y de reducción, y estimó que en el mismo instante de fallecer el causante todos sus bienes e incluido en ellos el exceso inoficioso de los bienes donados pasan al dominio y posesión de los herederos forzosos. Scaevola (548) estimó la acción de reducción como de nulidad total o parcial. Y Espinar Lafuente (549) ha afirmado que, “inspirado el Código civil en el Derecho francés y en el italiano, y teniendo en ambos [la reducción por inoficiosidad] carácter real (arts. 930 del *Code* y 1.096 del *Codice*) sería preciso aplicar por analogía la norma del artículo 647”; pero que “realmente no se trata de un caso de revocación”, sino “una *anulación* del acto por una falta objetiva (un exceso en el poder adquisitivo) que se aprecia *a posteriori* y que en el Código civil se rige por “el régimen de la mera anulabilidad”, por lo cual, el efecto “restitutorio *in rem*” se apoya en el artículo 1.303, que “permite reclamar, incluso frente a terceros subadquirentes, la restitución de las cosas donadas”.

Por estas soluciones no encajan con la configuración de las legí-

(546) Cfr. *supra* en nota 543, la cita que en ella hacemos de MANRESA..

(547) NAVARRO AMANDI, “Cuestionario...”, vol. cit., art. 654, p. 76.

(548) SCAEVOLA, op. cit., vol. XI-II, art. 654, p. 914.

(549) ESPINAR LAFUENTE, op. cit., n. 160, pp. 351 y ss.

timas en el Código civil español, ni con las normas que en el epígrafe anterior hemos visto que debían aplicarse a la reducción por inoficiosidad. De ahí que la mayor parte de la doctrina (550) haya entendido que la acción de reducción es una acción rescisoria sin eficacia respecto de terceros de buena fe, aunque no estén protegidos por la ley hipotecaria, pero que sólo puede alcanzar ulteriormente eficacia contra terceros mediante la anotación preventiva de su demanda (551).

Hay que aclarar que, en ese caso la buena fe —por referirse a un derecho personal, como es el derivado de una acción de rescisión— no falta por el hecho de que el adquirente conozca su posible existencia. La adquisición de la cosa donada, por lo menos en vida del donante no puede significar lesión de un derecho que sólo nacerá, si se da su supuesto, cuando fallezca aquél. La mala fe, como ocurre con la acción pauliana o con la derivada del artículo 1.124 C. c., requiere también en ese caso que el adquirente sea *consciens fraudis*. Es decir, que el adquirente sepa que la enajenación se efectúa para defraudar a los legitimarios, burlando su posible acción para reclamar la reducción de una anterior donación de la cosa enajenada.

90. La acción de reducción por inoficiosidad se extingue:

1.º Por *renuncia*, expresa o tácita, de todos los legitimarios (552) afectados, efectuada después del fallecimiento del donante —no así la efectuada antes, que conforme el artículo 655, § 2, será ineficaz (553)—. No puede presumirse la renuncia por haber aceptado la herencia el legitimario a quien corresponda ejercitarla (554) ni por el cumplimiento de lo dispuesto en el testamento (555).

2.º Por *prescripción*, respecto de cuyo plazo de duración no hay acuerdo entre los autores.

Unos (556) han propuesto la aplicación del plazo de las acciones

(550) Así, FALCÓN, MANRESA, ROCA SASTRE, PORPETA, LACRUZ BERDEJO (locs. cit. *supra* nota 544; CÁMARA ALVAREZ, "Estudio sobre el pago con metálico...", loc. cit., p. 814 *in fine* y s.; PUIG PEÑA, loc. últ. cit., pp. 408 y siguiente; Guillermo G. VALDECASAS, loc. cit., I, 3, p. 975; GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 149; PUIG BRUTAU, loc. últ. cit., p. 195; O'CALLAGHAN, loc. cit., III, 5, p. 271. Como ha escrito ROCA SASTRE, loc. últ. cit., p. 532, no es necesaria la actuación de la legislación hipotecaria para obtener este resultado. El criterio opuesto lo había mantenido RAMOS, loc. cit., para quien la inoficiosidad implica una condición rescisoria que no surte efectos contra terceros adquirentes registrales. Pero, como hemos visto, el efecto meramente personal *ex nunc* de la acción resulta de las normas civiles sin interferencia de la protección registral.

(551) CÁMARA, loc. últ. cit.

(552) Cfr. PUIG PEÑA, op. cit., vol. V-II, cap. XIV, 6, A, c, f', 1, 1.º pp. 410 y s.

(553) Cfr. *supra* texto correspondiente a la nota 536.

(554) Cfr. *supra* *ibid.* texto correspondiente a las notas 534 y 535.

(555) PUIG PEÑA, loc. últ. cit., p. 411 y nota 43 en las pp. 410 y s.

(556) En este sentido, ROCA SASTRE, *Notas* al Kipp, vol. cit., § 136, VI, f, p. 532; PUIG PEÑA, loc. últ. cit., f', 2.º, p. 411 (sin embargo, véase la nota siguiente); GARCÍA BERNARDO, loc. cit. pp. 149 *in fine* y s. Este último dice fundarse en que "si bien el art. 654 se remite a las disposiciones refe-

personales, expresado en el artículo 1.964, es decir, de quince años, que debería contarse a tenor del artículo 1.969 a partir de la apertura de la sucesión.

Otros (557) se han inclinado por el plazo de prescripción que para las acciones rescisorias señala el artículo 1.299.

E) EN EL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN.

91. La vigente Compilación aragonesa sólo contiene una disposición que se refiere a la reducción de donaciones inoficiosas, consignada en el epígrafe "*cesión de la legítima colectiva*", en el artículo 124:

"No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de legitimarios a la cuantía de la legítima colectiva, cualquiera de ellos designado heredero, donatario universal o, en otro caso, cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, podrá pedir, en cuanto le perjudiquen, la reducción de las liberalidades hechas en favor de no descendientes."

Notemos que, dada la libertad absoluta de disponer entre los descendientes que rige en Aragón (art. 119 Comp.), esta acción sólo puede dirigirse contra extraños favorecidos por liberalidades que excedan de una tercera parte del caudal, es decir, que lesionen la legítima material colectiva.

Otra particularidad de esa acción de reducción se concreta a la legitimación activa para ejercitarla, que corresponde:

1.º A cualquiera de los legitimarios designados heredero o donatario universal.

2.º De no haber sido así designados ninguno de los descendientes, a cualquiera de éstos sin mediación de persona capaz de heredar; es decir, a cualquiera de los que tienen derecho a la legítima formal, conforme al artículo 120.

Es la misma libertad de disponer entre los descendientes, característica del Derecho aragonés, lo que determina la prelación de los legitimarios designados heredero o donatario universal respecto de los demás legitimarios.

Dentro del grupo preferente, de ser varios los legitimarios designados herederos o donatarios universales, su pretensión será proporcional a su cuota de llamamiento e independiente de los legados de cosa cierta o cantidad y donaciones *inter vivos* con que hayan sido favorecidos, y se dirigirá a conseguir una porción proporcional de la diferencia entre lo afectivamente atribuido al grupo de descendientes y los dos tercios del caudal (558).

rentes a la revocación de las donaciones, no hay razón ninguna para aplicarle el plazo de un año del artículo 652 ni el de cinco años del art. 646".

(557) Así, MANRESA, loc. últ. cit., p. 206 CASTÁN, op. y § últ. cit., vol. IV, 7.ª ed., p. 200; PUIG PEÑA, en contra de su opinión recogida en la nota anterior, en vol. IV-II, cap. VIII, IV, 2.º, p. 172; PUIG BRUTAU, op. cit., vol. II-II, cap. II, 7, E, p. 97; SANTAMARÍA, op. cit., art. 655, 2, p. 653; ALBALADEJO, "Compendio...", cap. últ. cit., n. 57, p. 252.

(558) Cfr. LACRUZ BERDEJO, "La defensa de la legítima material aragone-

De no haber sido instituido heredero ni designado donatario universal ninguno de los descendientes, es decir, de haber instituido el causante a un extraño o de haber fallecido intestado, la pretensión corresponderá a todos los legitimarios de primer grado, en la proporción en que serían herederos abintestato, con independencia de que hayan sido o no mencionados en el testamento o favorecidos con legados de cosa cierta o cantidad o con donaciones entre vivos (559).

F) EN EL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA.

92. Antes de la Compilación regía en Cataluña en esta materia el Derecho común, romano y canónico, elaborado por los autores, que antes hemos repasado, pero adecuado como es natural, a la cuantía y particular forma de pago de la legítima catalana y rectificada por la Constitución *Si algú dona*, como vamos a ver.

Así, Cancer (560) y Fontanella (561) recogieron la distinción entre donaciones inoficiosas *re et consilio* y *re tantum* o *nedum re* o *re ipsa* o *simplicitur inofficiosa*; y el criterio de los autores de estimar irrevocables en su totalidad las primeras si hubiesen sido hechas a extraños, entendiendo por tales a este efecto los que no fuesen descendientes del donante. Pero Cancer (562) observó que en el Principado en virtud de dicha Constitución *Si algú dona* del título *De donacions*, tanto si la donación fue hecha a uno de los descendientes como si se hizo a un extraño, ya fuese inoficiosa *re tantum* o *re et consilio*, los hijos no podían revocarla sino hasta el montante por cubrir de su legítima.

También hicieron notar (563) que el Regio Senado de Cataluña, en decisión de 1535, había aplicado el criterio de no estimar sujetas a reducción las donaciones que no siendo inoficiosas al ser otorgadas, resultaren serlo al fallecer el donante por haber disminuido la fortuna de éste. Si la inoficiosidad se produjo por donaciones sucesivas sólo la última o últimas que la ocasionaron debían revocarse, no pudiendo perjudicar a las anteriores (564).

Borrell i Soler (565) continuaba requiriendo que la donación fuera inoficiosa tanto al tiempo de otorgarse como al del fallecimiento del donante, es decir, en ambos tiempos, para poder ser objeto de reducción; y estimando que el orden de reducción de las que en ambos momentos fueron inoficiosas debe ser inverso al de sus fechas.

sa", III, en "Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas", vol. II, pp. 282 y ss.

(559) Cfr. LACRUZ, loc. cit., pp. 281 y s.

(560) CANCER, op. cit., Pars I, cap. VIII, nn. 120 a 122; cfr. ed. cit., vol. I, pp. 156 y s.

(561) FONTANELLA, "De Pactis Nuptialibus", Claus, V, gloss. VIII, Pars II, nn. 24 y ss.; cfr. ed. cit., vol. II, pp. 94 y s.

(562) CANCER, cap. cit., n. 123, p. 157.

(563) CANCER, cap. cit., n. 119, p. 156, y FONTANELLA, loc. cit., n. 40, p. 96.

(564) FONTANELLA, n. 41, p. 96.

(565) BORRELL I SOLER, op. cit., vol. V-2.º, § 509, pp. 442 y ss.

93. Según la Compilación catalana, en su artículo 141, § 2: "*La reversión o supresión de donaciones por inoficiosidad legitimatoria se regirá por lo dispuesto en esta Compilación.*"

De ella se ocupa en los artículos 142 y 143.

El artículo 142, después de regular la reducción de legados, en su § 1, a los que asimila las donaciones *mortis causa* (566) y las asignaciones o señalamientos no hechos en vida del heredante, se ocupa de la reducción de las donaciones, en sus §§ 3, 5, 6 y 7:

§ 3: "*Si verificada tal reducción o supresión [de los legados] el pasivo superar el activo hereditario, o éste continuare siendo insuficiente, podrán también reducirse o suprimirse las donaciones computables para el cálculo de legítima otorgadas por el causante a favor de extraños e incluso de legitimarios en la parte no imputable a ella.*"

§ 5: "*La reducción o supresión de donaciones empezará por la más reciente, y así sucesivamente por orden inverso de fecha, reduciéndose a prorrata si ésta fuese indeterminada.*"

§ 6: "*El causante no podrá alterar el orden de prelación en la reducción de donaciones ni disponer que se reduzcan antes que los legados.*"

§ 7: "*El legatario o donatario afectado por la inoficiosidad podrá evitar la pérdida del todo o parte de la cosa legada donada abonando a los legitimarios, en dinero, el importe de lo que deban percibir.*"

Esta facultad resulta concorde con el principio, básico en Derecho catalán, que faculta para que se satisfaga la legítima en dinero, aunque no lo haya en la herencia, a elección del obligado (art. 137 Comp.), y confirma el carácter rescisorio de acción concedida para reclamar la reducción que, consiguientemente, es subsidiaria y, como tal, requiere que el interés del actor no sea satisfecho por otro medio o indemnizado voluntariamente (567).

En este sentido se ha afirmado que la acción de revocación de donaciones tiene carácter rescisorio en el Derecho catalán, tanto antes (568) como después (569) de la Compilación.

94. La legitimación pasiva de esta acción presenta algunos problemas que Xavier O'Callaghan (570) ha examinado cuidadosamente y creemos ha resuelto de modo adecuado. A saber:

En caso de insolvencia de algunos de los donatorios que debieron sufrir la reducción, cree que nuestra opinión, referida al Código civil, de que esa insolvencia no recae en otros donatarios anteriores, re-

(566) X. O'CALLAGHAN reduce —en nuestra opinión acertadamente— esa asimilación a los legados de las donaciones *mortis causa*, a las propiamente dichas o de naturaleza suspensiva, entendiéndolo equiparables las de tipo resolutorio a las donaciones *inter vivos*, cfr. loc. cit. IV, 9, b, p. 301.

(567) Acerca de las características de la acción de rescisión, como remedio *in extremis*, cfr. Federico DE CASTRO, "El negocio jurídico", Madrid, 1967, § 589, pp. 520.

(568) Así, BORRELL I SOLER, "Dret civil vigent a Catalunya", vol. V-2, § 509, pp. 442 y ss.

(569) Cfr. X. O'CALLAGHAN, op. cit., IV-3, pp. 279 y s.

(570) O'CALLAGHAN, loc. cit., IV-5, b, pp. 293 y ss.

sulta la más adecuada, pues: “la acción que ejercita el legitimario es personal o de rescisión; va dirigida contra el donatario que corresponde según la fecha de la donación, como legitimado pasivamente, y si éste es insolvente tendrá el legitimario su derecho reconocido declarada la inoficiosidad de la donación, su rescisión y la condena del donatario a entregarle la cosa donada o su valor (no olvidemos que la acción es declarativa de condena); si el condenado en la sentencia es insolvente, ésta no podrá ejecutarse en tanto no mejore de fortuna, pero en ningún caso podrá el legitimario dirigir una nueva acción contra otro donatario, que en ningún caso, por haber un donatario —aún insolvente— anterior a él, y en virtud del artículo 142, estará legitimado pasivamente.”

Contra el tercer poseedor adquirente a título oneroso de buena fe, no será posible ejercitar la acción por aplicarse el artículo 1.295 del Código civil.

El artículo 143, desde el inciso 2.º de su § 1 hasta el 2.º, completa esa regulación:

“...; la acción de inoficiosidad de donaciones únicamente podrá ser ejercitada por los legitimarios y sus herederos. Ambas acciones serán irrenunciables en vida del causante.”

“Los acreedores del causante no podrán beneficiarse de la reducción o supresión de donaciones por inoficiosidad, sin perjuicio de proceder contra el heredero que no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario y que resulte ser el favorecido por la reducción o supresión.”

95. Asimismo, la legitimación activa para el ejercicio de esa acción plantea interesantes problemas, que también han sido estudiados por O'Callaghan (571).

Este autor pregunta si puede el heredero exigir al legitimario que, antes de reclamarle a él la legítima, ejercite la acción de inoficiosidad de donaciones. Su respuesta afirmativa señala el siguiente mecanismo: “el legitimario pide la legítima al heredero y éste no tiene caudal relicto para pagarla o para hacerlo en la cuantía que se le reclama; opone al legitimario que como no hay bienes no hay legítima o como hay pocos la legítima es menor que la que se reclama; el legitimario tendrá que ejercitar la acción de inoficiosidad de donaciones si quiere conseguir la legítima, o el valor que le falte de ella.”

La viuda pobre e indotada con derecho a la cuarta marital, conforme al artículo 150, § 2: “*podrá pedir la reducción o invalidación de las donaciones entre vivos otorgadas por el marido, cuando el designio del donante hubiese sido de defraudar la cuarta marital*”.

Los acreedores del legitimario, aunque no pueden ejercitar directamente la acción, por no estar incluidos en el artículo 143 Comp., en cambio por subrogación, conforme a los artículos 1.111 y 1.001 C. c., les cabe ejercitarla subsidiariamente, para satisfacer con ella su crédito hasta donde alcance la reducción.

(571) O'CALLAGHAN, loc. cit., IV, 3, a, pp. 288 y ss.

La acción para pedir la reducción o supresión de dotes y donaciones inoficiosas, a tenor del artículo 146, § final, "*prescribirá a los cinco años a contar de la muerte del causante*".

G) EN EL DERECHO FORAL DE VIZCAYA.

96. Notemos que la ley 13, tít. XX, del Fuero de Vizcaya se refirió a la donación general a un hijo de la casa o caserío, con todos sus pertenecidos y con todos sus bienes muebles y raíces; para cuya eficacia requirió que se hiciera a favor de un hijo u otro heredero e interviniera el apartamiento de los otros profincos. De faltar alguno de estos requisitos la donación no era válida. Es decir, la cuestión no era de reducibilidad sino de validez.

Creemos que es necesario tener en cuenta este antecedente para entender adecuadamente el artículo 30 de la Compilación:

"Cuando la sucesión se defiera en capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación, el apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en el artículo veintitrés."

El apartamiento sólo puede hacerse de varios de los herederos forzosos, o a lo más de todos menos uno, que debe ser el donatario universal o de los bienes troncales. En otro caso la donación de éstos no será válida. Su sanción no puede ser la rescisión sino la nulidad.

La reducción propiamente dicha, regulada en el Código civil, no creemos que pueda aplicarse en la tierra llana de Vizcaya si no es a las donaciones de bienes no raíces que excedan del quinto disponible.

VII. PROTECCION DE LOS LEGITIMARIOS CONTRA LAS DISPOSICIONES ONEROSAS DE BIENES DEL CAUSANTE EFECTUADAS POR ESTE CON PRODIGALIDAD, FRAUDE O SIMULADAS

A) PLANTEAMIENTO EN EL DERECHO COMÚN.

97. Fueron múltiples las cuestiones, y todas ellas muy discutidas, las que suscitaron los autores del Derecho común en torno al tema que tenemos planteado.

El problema central en Derecho civil estricto se centró al contraponer las leyes 16, XXXVII-XIV y 2, XXXVII-XII del Digesto; pues mientras aquélla consideraba en *fraude de ley* las enajenaciones efectuadas por un liberto para dejar de ser centenario, y daba lugar, en otro caso, si la enajenación se hizo en fraude del patrono, a que éste utilizara para rescindirla las acciones Faviana y Calvisiana; en cambio, en la segunda, se recogió un texto de Gayo que afirmaba: "No se ha de igualar el padre con el patrono hasta el punto de que se le dé también la acción Faviana o Calvisiana, porque es injusto que los hombres ingenuos no tengan libertad para enajenar sus propias cosas."

Ello obligó a una problemática múltiple y variada según los matices y circunstancias, que requiere una previa distinción de supues-

tos, todos ellos arduamente discutidos y con soluciones distintas según las circunstancias y el criterio de los autores que las disputaban que, a veces, incluso parecían contradecirse al defender, uno mismo, soluciones distintas en lugares diversos.

Trataremos de acotar los problemas separando los supuestos de mayor interés.

a) *Dilapidación por el padre causante de sus propios bienes.*

98. El primer supuesto se refiere a la posibilidad de que los hijos en vida de su padre puedan pedir al juez que se les señale una legítima, o alguna finca o bienes, para alimentos, en administración.

Notemos, ante todo, que los planteamientos que hallamos no son idénticos: "*si pater vendat dissipando bona*", decía Vázquez de Menchaca (572); "*si pater in fraudem filii alienavit bona in aliquem de fraude participatem etiam titulo oneroso: et puta si pater habens odio filium tractavit tecum depauando filio: tunc suasisti quod omnia bona tibi venderet: et pretium prodigaliter consumeret ite feut*", expuso Palacios Ruvios (573). Es decir, en un caso las enajenaciones con las que se disipaban los bienes estaban en curso y se reclamaba al padre; en el segundo, éste había consumido ya todos los bienes y se trataba de obtener del comprador, cómplice de fraude, mediante *officium iudicis ex aequitate* la legítima o algunos bienes para alimentos (574). Rodrigo Suárez (575) expuso claramente ambos planteamientos.

El texto de la ley *Imperator, ff. ad Trebellianica* (Dig. XXXVI-I, 50) fue traído a colación en especial para este problema. Papiniano narró que el Emperador Adriano lo había decretado en un supuesto de herencia sujeta a restitución a favor del hijo en potestad, y habiéndose probado que el padre "*multa in fraudem fideicommissi fieri*", ordenó la restitución de la herencia al hijo, "*damnum conditionis propter fraudem inflixit*", si bien por respeto debido al padre, acaso necesitado, "*officio iudicis ex accessionibus hereditarias emolumentum praestari*".

Pero, en contra, se alegó un comentario de Bartolo (576), aunque referido a la no afección de la legítima futura al pago de las deudas delictuales, o *ex maleficio*, pero que encajaba como anillo al dedo

(572) Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, "Controversiarum Illustrium", Lib. I, cap. XXXVII, l, Venecia, 1564; cfr. ed. bilingüe, de Fidel RODRÍGUEZ ALCALDE, Valladolid, 1932, vol. II, p. 289. También lo planteó así Gregorio LÓPEZ, gl. final a la ley 5, tít. IV, Partida 6.ª, cfr. ed. cit., p. 52.

(573) PALACIOS RUVIOS, "Repetitio in cap. «Per vestras»", 3.ª notab, 17, n. 14, cfr. ed. Ludguni 1538, fol. 104.

(574) Planteamiento que vemos en Antonio PICHARDO DE VINUESA, "Comentario in IV Iustineanorum Libros", Lib. IV, tít. VI, n. 15; cfr. ed. Ludguni 1671, vol. II, p. 121.

(575) RODRIGO SUÁREZ, "Allegaciones", alleg. IV, nn. 8 y 9; cfr. ed. Lugduni 1559, p. 42.

(576) BARTOLO A SAXOFERRATO, "In Secundam Infortiati Partem", Lib. XXXVII, tít. VI, lex prima, § Si impuberi; cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 161.

al supuesto discutido al que se aducía la disposición de aquella ley: "Respondeo, ibi erat spes, et hereditas deberetur ex vigore fideicommissi praecedentis, licet condicionalis, et sic ibi voluntas defuncti processit, sed hic non ese voluntate defuncti inducitur, sed a lege, ideo propie spes non dicitur, ideo cautio cessat."

Entre los autores castellanos Palacios Ruvios (577), Diego Segura (578), Rodrigo Suárez (579), el Doctor Luis de Molina Morales (580), los Hermosilla (581), Pichardo (582), entendieron, cómo en síntesis formuló el Doctor Molina, que la posibilidad contemplada "eaquor est, quamvis contraria iuris rigor considerato, veriori sit"; por lo que aquella medida "ex aequitate arbitrio iudicis posse petere", como los Hermosilla concluían, y "de aequitatae canonica revocari usque ad legitimam emptor sua malitia gloceatur", como concluía Palacios Ruvios.

El mismo Doctor Molina (583) admitió que se sujetase al padre a la referida administración en caso de contumaz conducta fraudulenta y dolosa, asimilándola en sus consecuencias a la prodigalidad: "quod si pater non est prodigus, sed ita tenax, ut non ex pendat, quod est necessarium ad bonorum conservationem, est sibi administratio auferenda".

Vázquez de Menchaca (584) mantuvo la posición más radicalmente contraria a esta posibilidad, a la que dedicó un largo capítulo para rechazarla, insistiendo: en que viviendo el padre no existe obligación de entregar legítima al hijo; en que es reprochable, conforme expresó Ovidio en el Libro I de sus *Metamorfosis*, que: "Filius ante diem patrius inquirat in annos", y que de poder reclamar el hijo la legítima, en estos supuestos, "no sólo desconcertaría y aminoraría la administración de los bienes, sino que la arrebataría [al padre] o, al menos, le disminuiría en parte la propiedad de sus bienes, lo que sería aún mucho más duro y funesto."

Un argumento a favor de su criterio lo dedujo (585) de que la situación del viudo que llevare vida deshonesta era diversa de la prevista para la viuda en iguales circunstancias; "quia viro etiam libidinose

(577) PALACIOS RUVIOS, loc. últ. cit.

(578) DIEGO SEGURA, op. cit., tít. ley Imperator.

(579) RODRIGO SUÁREZ, loc. últ. cit.

(580) LUIS DE MOLINA MORALES, "De Primogeniorum Hispanorum...", Lib. I, cap. XVI, n. p. y ss.; cfr. ed. cit., p. 53.

(581) HERMOSILLA, op. cit., tít IV, glos. XIII, nn. 14 y ss.; cfr. ed. cit., vol. I, pp. 315 y s. A juicio de estos autores, en caso de enajenación de todos los bienes cabía que los hijos, aún en vida del padre, pidieran los alimentos y la revocación de la donación en cuanto fuese en fraude de ellos (n. 15), y también en vida del padre que disipase sus bienes, podían pedir que se les asignasen bienes del padre "pro alimentos", opinión que reconocen era muy discutida (n. 16).

(582) PICHARDO, loc. últ. cit.

(583) DR. MOLINA, op. y cap. cit., nn. 12 y 13, p. 153.

(584) VÁZQUEZ DE MECHACA, op. y cap. últ. cits., nn. 2 y 8; ed. cit., pp. 289 y ss.

(585) VÁZQUEZ DE MECHACA, op. cap. últ. cit., n. 7, p. 298.

et prodigaliter viventi non datur curator” (586). En cambio, Palacios Ruvios (587) y los Hermosilla (588) entendieron que el hijo, podría revocar hasta el montante de su legítima las enajenaciones hechas por el padre que “ludendo, vel luxuriose, et male aliter vivendo amisit et sine causa alienavit”, razonando estos últimos autores la posibilidad de que los hijos reclamasen la revocación “usquae ad legitiman”: “quia etsi ludos sit licitus, cum sit in magna quantitate censetur esse prohibitus”.

99. b) *Impugnación después de muerto el causante de actos onerosos por él otorgados.*

1.º *De enajenaciones onerosas por precio vil.*

Bartolo (589) dictaminó para ese supuesto, que en cuanto valga de más la cosa que el precio pagado, es donación revocable por la *querella inofficiosae donationis*. Criterio que vemos recogido por Covarruvias (590) y los Hermosilla (591).

2.º *De enajenaciones en fraude de la legítima.*

Gregorio López (592) planteó la cuestión: “si el padre enajena a título oneroso en fraude de la legítima de sus hijos, ¿podrán éstos revocar las enajenaciones en cuanto salieran perjudicados por ellas?” Remitió la respuesta, en primer término, a Bartolo (593) que había dictaminado que si el comprador fue cómplice del fraude, como no se trataba de una donación sino de un acto fraudulento, no cabía a los hijos interponer *querella* alguna, sino ejercitar la acción revocatoria. Criterio que vemos aceptado por Rodrigo Suárez (594), Covarruvias (595), Cancer (596) y los Hermosilla (597), circunscribiendo su eficacia sólo hasta el importe de legítima (“usque ad legitimam”).

Las enajenaciones en fraude de la legítima, aun cuando fuesen objeto de acción revocatoria y no de *querella* de inoficiosidad, como

(586) Opinión recogida antes por Antonio Gómez, “Opus... super legibus Tauri”, lex XIV, n. 24, cfr. fol. 64, que distingue según se trate de bienes propios del padre o de bienes del hijo que él administre, limitando sólo a éstos últimos la pérdida de la administración en el supuesto contemplado.

(587) PALACIOS RUVIOS, Repetit cap. *Per vestras*, in notab. 3, § 22, n. 15, ed. cit., fol. 153 vto. y s.

(588) HERMOSILLA, gloss. cit., n. 20, p. 316.

(589) BARTOLO, p. últ. cit., Lib. XXXVII, tít. XII, lex. II, *Non usque*; cfr. ed. vol. cit., fol. 170.

(590) COVARRUVIAS, “*In Tit. de testamentis interpretatio*”, cap. *Raynutius* 16, § X, n. 9; ed. y vol. cits., p. 91.

(591) HERMOSILLA, gloss. cit., n. 13 *secundam*.

(592) Gregorio LÓPEZ, gl. final a la ley 8, tít. IV, Partida 5, gl. 49 h t, ed. y vel. cit., p. 52.

(593) BARTOLO, op. y lib. cits., tít. XII, lex 2, vol. cit., fol. 170 vto.

(594) RODRIGO SUÁREZ, “*Repetitio legis Quoniam in prioribus*”, Amplit XVI, n. 9, p. 455.

(595) COVARRUVIAS, loc. últ. cit., n. 9, p. 91.

(596) CANCER, “*Variarum...*”, Pars I, cap. VIII, n. 119, p. 157.

(597) HERMOSILLA, gloss. cit., nn. 13 y 14, p. 315.

sólo se revocaban en cuanto lesionaran la legítima para reparar su perjuicio, debían ser impugnadas como las donaciones por orden inverso a sus fechas y sin distinción por razón de tratarse de ventas en fraude o de donaciones. Así nos lo muestra el planteamiento que los Hermosilla (598) hicieron :“Quando plures donationes pater fecit vel alienationes fraudulentas, tunc...”

3.º *Impugnación por los legitimarios, después de fallecido el causante, de actos simuladamente onerosos que disimularan actos gratuitos que hubiesen sido otorgados por éste.*

100. Entre estos actos simulados se catalogaron compraventas que encubrieran la donación de la cosa simuladamente vendida y la confesión de una deuda inexistente o de haberse recibido un precio no pagado. Incluso las donaciones efectuadas a través de persona interpuesta, disimuladas por dos compraventas simuladas, una del donante al tercero y otra de éste al donatario.

El primer supuesto indicado lo vemos enunciado por Covarruvias (599): “eadem venditio revocabitur, si praeter fraudem probata fuerit eius simulatio aliquod quidem coniecturis”. Por ejemplo, “quidem si in morte fiat venditio haec suspectus personis, certe simulatio praesumitur”.

El de la confesión de precio fue también contemplado por el mismo Covarruvias (600): “venditio a filiis revocari eodem iure poterit, quando solutio pretii conventi non constat aliter, quam per confessionem partis”.

Antonio Gómez (601) analizó a la par los dos supuestos: “Quod pater si vendidit bona sua, vel partem eorum, et confiteatur pretium recepisse talis confessio non valet, nec probat in praeiudicium legitimae filiorum, si vere et realiter non constat de vere et actuali numeratione pretii”.

Bartolo (602) había declarado: “Venditio bonorum latitantis ut fiat, debet de debito constare”.

Y los Hermosilla (603) generalizaron que “non valere confessionem debite factam a patre favore unius ex filiis, vel de pretio venditionis soluto a filio, vel de tali re empta ex precunia filii si tertium et quintum exedat; vel si excedit quintum quando est facta favorem extranei, quia ubicumque potest esse praesumptio fraudis”.

La presunción de no existir el debito confesado se daba especialmente en determinadas circunstancias. Así:

— Cuando alguno prometiera a otro bienes suyos para después

(598) HERMOSILLA, gloss. últ. cit., n. 32, p. 317.

(599) COVARRUVIAS, loc. últ. cit., n. 9, *Quarto*, p. 91.

(600) COVARRUVIAS, *ibid*, *Tertio*, p. 91.

(601) ANTONIO GÓMEZ, “*Variae Resolutiones...*”, I Pars. Cap. XII, n. 81, vers. *Item etiam inferitur*; cfr. ed. cit., pp. 190 y s.

(602) BARTOLO, “*Commentariam in Primam Digesti Novi*”, Lib. XLII, tít. V, lex I, vers. *Hereditarium*, n. 2; cfr. ed. Lugduni 1547, fol. 137.

(603) HERMOSILLA, gloss. últ. cit., n. 11, p. 315.

de su propia muerte, y esta promesa resultare en perjuicio de alguna legítima; como, siguiendo a su maestro Dyno, había advertido Bartolo (604), quien añadió “nisi fieret promissio ex causa donationis quia tunc revocaretur donationem per titulo de inoficiosae donationis”.

— En la confesión de débito hecha en testamento o en codicilo, que significaban legado o fideicomiso, no siendo válidas como confesión si por otros medios de prueba legítimos realmente no se probase la deuda (605), e indicando Antonio Gómez (606) “Quod talis confessio, facta a patre, non praejudicat filius in legitima”, no surtiendo efecto “nisi in quinto, quod extraneis potest relinqui vel nisi in tertio et quinto, respectu alterius filii”.

— En el caso de que se trate de una transmisión, aun a título de venta, a favor de personas a quienes no podía dejárseles cosa alguna, como a los hijos ilegítimos. Supuesto en el cual Gregorio López (607) entendió que la venta podría ser válida tan sólo en el supuesto de que la venta hubiese sido verdadera, el precio real y se hubiese efectuado sin afección alguna si fuese entre extraños. La presunción de fraude determinante, salvo prueba en contrario, de la invalidez, alcanzaba también los supuestos de que el padre hubiese vendido a un extraño y éste al espureo (608).

En resumen, fuera del supuesto de transmisión a personas a favor de las cuales no podía disponerse a título gratuito, en los demás supuestos de transmisión onerosa en fraude de la legítima o bien simulada, según parece desprenderse de los textos examinados que no pretendemos sean exhaustivos, su revocación se circunscribía —salvo en los casos en que el negocio disimulado fuese una donación fraudulenta *re et consilio* hecha a favor de extraños— únicamente a cuanto perjudicara a la legítima del reclamante.

Respecto a ésta, el hijo, aunque fuese heredero de su padre, podía interponer la reclamación sin que cupiera decir que al hacerlo fuera *contra factum defuncti*, como observaron los Hermosilla (609) “quod filiis non dicitur venire contra factum defuncti, quando fraudatus reperitur in sua legitima, quoniam haec est actio propria filii, quae tendit ad rescindendum patris fraudem...”: “quia non dicitur venire contra factum defuncti, quando necessario tenebatur relinquitur in patre qui tenetur relinquere legitimam...”; “quia dispositio dicta lex *cum a matre* procedit quando illud factum ex testatoris obligatione venit, non autem quando ex obligatione legali, ut est in legitima...”.

(604) BARTOLO, loc. últ. cit., n. 1, p. 137.

(605) BARTOLO, “In secundam Infortiatum Partem”, Lib. XXXII, de legatis 3, lex *Cum quis descendens*, 35, § *Codicilliis*, nn. 4 y 9; cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 53 vto.

(606) Antonio GÓMEZ, loc. últ. cit., n. 81, p. 190.

(607) Gregorio LÓPEZ, gl. a las palabras “*pueden revocar la donación*” de la ley 10, tít. XIII, 6.ª Partida, o gl. 67 h. t.; cfr. ed. y vol. cit., p. 701.

(608) Gregorio LÓPEZ, gl. últ. cit. vers. final, p. 701.

(609) HERMOSILLA, gl. últ. cit., n. 23, p. 316.

B) RÉGIMEN DESPUÉS DEL CÓDIGO CIVIL.

a) *Actos de prodigalidad del causante.*

101. Ha desaparecido en el Código civil toda referencia a la posibilidad que tan discutida fue en el régimen anterior, como hemos visto antes (610), de pedir la revocación de las enajenaciones onerosas que hubieran originado la insolvencia del causante, dilapidador de sus bienes, en cuanto perjudicaran la legítima del reclamante, y de pedir que se impusiese a aquel la entrega de bienes equivalentes a la legítima para impedir su dilapidación y salvaguardar los alimentos del legitimario.

En cambio, ha sido precisada la incapacitación por prodigalidad y la sujeción a tutela del declarado pródigo.

García Goyena (611) expuso el criterio de la Comisión codificadora que redactó el Proyecto de 1851:

“Entre los romanos esta demanda correspondía tan solo a los parientes según unos; otros la extendían a los amigos, y aun admitían el procedimiento de oficio; y lo mismo se observaba entre nosotros a falta de ley expresa”.

“... los Códigos extranjeros (bien hayan admitido la interdicción absoluta del pródigo, o solamente el nombramiento de un consultor judicial) dan derecho de demandar en este caso con la misma latitud que en los locos dementes y sordomudos...”

“Nosotros lo restringimos a los verdaderamente interesados, como los herederos forzosos por razón de la legítima y la mujer por su dote, ganancias y alimentos.”

“Una demanda de interdicción por prodigalidad (sea cual se quiera el éxito) mancha siempre la reputación del demandado, y le acarrea o puede acarrear graves perjuicios; sus actos son equívocos y pueden fácilmente inducir en error; el pródigo en concepto de unos, es puramente liberal a los ojos de otros. En este caso no se atraviesa realmente un interés público, ni aún de toda la familia, pues no tiene derecho sobre sus bienes; el interés es la medida de la acción, y no hay más interesados que los herederos forzosos y la mujer...”

Y aun reconoció: “La demanda de un hijo contra su padre, o la de un cónyuge contra el otro por causa de prodigalidad, es cosa muy dura, y la necesidad sola puede justificarla: es una verdadera acusación...”

Este criterio de someter al pródigo a curatela se plasmó en el art. 300 del Proyecto de 1851 (612) y, en parte sustancial, se mantiene en el art. 222 del Código civil, que lo somete a tutela:

(610) Cfr. *supra*, VII, A, a.

(611) GARCÍA GOYENA, op. cit., art. 30, ed. cit., vol. I, pp. 284 y s.

(612) Art. 300, Proy. 1.851: “La demanda de interdicción por causa de prodigalidad no podrá intentarse sino por el cónyuge y herederos forzosos; y en el caso de hallarse éstos en la menor edad o en estado de incapacidad, por el ministerio fiscal, de acuerdo con el consejo de familia.

“El juicio se seguirá con el pródigo, y cuando éste no se presente, el tribunal le nombrará defensor.”

"Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio Fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquellos cuando sean menores o estén incapacitados".

El concepto de prodigalidad fue definido en la S. 25 marzo 1942 de la que fue ponente Castán Tobeñas, como: "Conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a su situación económico social, o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos: cónyuge descendientes o ascendientes".

Aun cuando sólo si hay herederos forzosos puede pedirse la declaración de prodigalidad y, por ende, en caso de desaparecer éstos o perder esa condición (v. gr., cónyuge divorciado declarado culpable —art. 834— o presuntos legitimarios incurso en indignidad—art. 756) cesa la incapacitación (art. 278 C. c.), lo cierto es que la protección familiar que significa la incapacitación y tutela del pródigo, pese a concurrir a la protección de la legítima, no trata directamente de protegerla, sino que, simplemente, coincide en la protección de los intereses del mismo círculo de personas que aquella ampara (613).

Conforme al art. 221, § 2.º C. c.: "*La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado el Consejo de familia.*"

Como explica el Profesor de Castro Bravo (614) el alcance en la esfera patrimonial de la incapacitación del pródigo está determinado por las siguientes variables premisas: actos que se le prohíben; facultades que no puede ejercitar y en las que el tutor debe actuar como representante legal suyo; y casos en que puede actuar el pródigo pero consultando al consejo de familia.

Los actos del pródigo que excedan de las facultades que conserve, según la sentencia declaratoria, son anulables. La acción de anulabilidad podrán ejercerla: el tutor, mientras dure la incapacitación; el pródigo rehabilitado, y sus legitimarios durante los cuatro años siguientes a la muerte del pródigo (art. 1.301) (615).

Es de notar que esa anulabilidad alcanza totalmente a los actos del pródigo que excedan de sus facultades. Es decir, que no se circunscriben a la salvaguardia de las legítimas de sus herederos forzosos. No se trata de una rescisión, *ex nunc* (arts. 654 y 659) sino de una anulación *ex tunc*, con efectos reales (art. 1.303 y ss.), eficaz contra terceros (616), incluso hipotecarios de estar inscrita la decla-

(613) En este sentido, GARCÍA BERNARDO, "La legítima...", pág. 95.

(614) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, "Derecho Civil de España". Parte General II-1, cap. IV, IV, 4, b, 3.º, Madrid, 1952, pp. 346 y s.

(615) CASTRO BRAVO, loc. últ. cit., p. 348.

(616) Cfr. GARCÍA BERNARDO, "La legítima...", p. 95.

ración de prodigalidad en el Registro de la propiedad, o anotada la demanda solicitándola.

b) *Compraventas por precio notoriamente de favor.*

102. Hemos visto antes (617) cómo, siguiendo el criterio de Bartolo, estimaron Covarruvias y los Heramosilla que la diferencia entre el precio satisfecho por la compra y el justo precio se debía estimar como donación que, en cuanto fuera inoficiosa, era rescindible por la *querella inofficiosae donationis*. Hoy es de notar que, desaparecido en el Código civil toda referencia al precio justo, no parece que al supuesto expresado le sea aplicable este criterio objetivo, sino únicamente el subjetivo que resulte de una patente intención liberal determinante de un precio de favor y, por consiguiente, de que deba estimarse donada la diferencia en dinero entre este precio y el valor de la cosa.

c) *Compraventa real efectuada con ánimo de dilapidar u ocultar el precio obtenido y con complicidad del comprador.*

103. Hemos visto cómo en el Derecho anterior se aplicaba a este supuesto la acción revocatoria en cuanto alguna legítima resultara efectivamente defraudada. Hoy se trata de decidir si es posible encajar este caso en el núm. 3.º del art. 1.929 y en el art. 1.298 C. c., a pesar de que la enajenación se haya efectuado antes de nacido el derecho a la legítima. Creemos que la respuesta debe ser afirmativa cuando resulten probados: 1.º, la fraudulenta intención del enajenante y la complicidad en el fraude del adquirente; y, 2.º, el perjuicio causado a la legítima del impugnante. Aunque se afirma que es determinante de la aplicabilidad de la acción revocatoria o pauliana (618), como presupuesto del *eventus damni*, la existencia de un crédito (619), y siendo así que la legítima en el supuesto que

(617) Cfr. *supra*, VII, A, b, 1.º

(618) Ha escrito CASTÁN TOBEÑAS ("Derecho civil español...", 7.ª ed., Madrid, 1951, vol. III, § LXXI, II, 2, D, e, p. 183) que los autores y la jurisprudencia, "recogiendo una tradición muy antigua y supliendo el laconismo con que nuestro Código civil regula la acción pauliana, vienen señalando —según expone la sentencia de 12 de julio de 1940— como supuestos y requisitos necesarios para que pueda ésta ser ejercitada los siguientes: 1.º Que exista un crédito a favor del actor. 2.º Que el deudor haya celebrado un acto o contrato posterior que beneficie a un tercero, proporcionándole una ventaja patrimonial. 3.º Que el acreedor resulte perjudicado por la disposición a favor de tercero y a la vez se beneficie con la declaración de su ineficacia, sin tener otro recurso legal para obtener la reparación de dicho perjuicio. 4.º Que el acto que se impugna sea fraudulento. 5.º Que el adquirente, caso de ser la enajenación onerosa, haya sido cómplice del fraude."

Pero, precisamente, esa "tradición muy antigua", incluye —como hemos visto— como supuesto de aplicación de la acción revocatoria el de ser lesionada una legítima en virtud de una transmisión verdaderamente a título oneroso efectuada para defraudar a un legitimario con la complicidad del adquirente.

(619) Federico DE CASTRO Y BRAVO, "La acción pauliana y la responsa-

examinamos aún no se ha causado, podemos afirmar que se trata de un supuesto especial de protección legal anticipada de un derecho preordenado también por la ley. Como también lo muestra la posibilidad de pedir la reducción de las donaciones que lesionan un crédito nacido, que discurre paralelamente a la revocación de las transmisiones onerosas en fraude del mismo (arts. 643 en rel. 1.291, n. 3 y 1.297, § 1); por lo cual es razonable que, paralelamente a la acción de reducción de donaciones, se conceda al legitimario la de revocación de los actos onerosos efectuados en fraude de su derecho.

El Tribunal Supremo en S. 6 mayo 1902, ante un supuesto en que la sentencia recurrida había afirmado que la compraventa no fue simulada, concurriendo en ella cosa y precio, pero la había declarado nula por obedecer a la causa ilícita de privar a un hijo del vendedor de su legítima, casó dicha sentencia por interpretación errónea del art. 1.274 y aplicación indebida del 1.275, considerando además que, dada la intención fraudulenta, si por dicha venta real “hubiera quedado el hijo defraudado de sus legítimos derechos, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de la causa, sino la de rescisión de un contrato válido celebrado en su perjuicio”.

c) *Compraventas simuladas* (620).

104. Sabido es que si el negocio jurídico ha sido *simulado absolutamente*, es inexistente. Su apariencia es impugnable por las partes sin que por ello vayan contra sus propios actos, siendo imprescriptible la acción correspondiente. No precisan, pues, las legítimas protección especial alguna en este supuesto.

La cuestión varía si se trata de una *simulación relativa*, que tras el negocio oneroso esconda otro gratuito. Es doctrina aceptada que el negocio disimulado es válido si se apoya en una causa verdadera y lícita, conforme al art. 1.276 C. c., y reúne además los requisitos que su verdadera naturaleza exija.

Quien sostenga la validez de la donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa u otro negocio oneroso simulado, deberá superar los siguientes obstáculos:

- 1.º La prueba de la realidad de la donación disimulada.
- 2.º La exigencia de que ésta reúna todos los requisitos sustanciales y formales precisos para su validez.
- 3.º Que el carácter ilícito o fraudulento de la operación en su conjunto no la vicie totalmente, al implicar la nulidad incluso de la

bilidad patrimonial”, III, A, 1 (en R.D.P. XIX, julio-agosto 1932, pp. 212) rechaza incluso la aplicación de la acción pauliana en beneficio de créditos sometidos a condición suspensiva al producirse el acto dispositivo, y en general de las meras expectativas entonces existentes. Sin entrar en esta cuestión, creemos que su solución es independiente del supuesto especialísimo que aquí tratamos, al que —repetimos— se le vino aplicando la acción revocatoria, lejos de toda preocupación conceptual, por razones teleológicas evidentemente justas.

(620) Cfr., más ampliamente tratada, esta cuestión en nuestro estudio “Las donaciones disimuladas de bienes inmuebles en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A.D.C., XXV-III, julio-septiembre 1972, pp. 669 y ss.

donación disimulada por teñir su causa de ilicitud y aplicarse entonces el art. 1.275, C. c.

4.º Que la donación disimulada no lesione legítima alguna, por lo cual no sea preciso revocarla ni reducirla.

Conforme al art. 1.276, no basta probar la causa *verdadera*, es necesario además demostrar que es *lícita*. Licitud que es normal en las causas “*de pura beneficencia*” y de “*mera liberalidad del bienhechor*” señaladas como típicas de los negocios de pura beneficencia en el art. 1.274 C. c., ya que de por sí no se hallan incluidos entre las causas ilícitas que define el art. 1.275, ap. 2.º, al decir: “*Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*”. Oposición que, en su caso, habrá de ser demostrada probando la ilicitud del motivo determinante: *causa torpe* (art. 1.306) o *fraude de la Ley* (art. 4.º, § 1.º C. c.)

Pero además, como la causa se encarna en un negocio jurídico, típico o atípico, éste deberá reunir los requisitos necesarios para su validez: capacidad de las partes, objeto, forma, no inclusión en prohibición legal alguna, etc.

Esta natural exigencia, referida a un acto gratuito disimulado nos conduce al problema de determinar si la donación disimulada en una compraventa, o en otro negocio oneroso disimulado, debe reunir los requisitos de forma exigidos por las donaciones en el Código civil y de cuál es el alcance de esa exigencia formal.

La cuestión, referida a nuestro tema, se centra en dilucidar si estas donaciones disimuladas son reducibles en caso de inoficiosidad, como cualquier donación ostensible, o bien si no es preciso recurrir a ella porque ni siquiera es válida tal donación. Veamos cuál es el planteamiento de esta discutida materia.

105. La exigencia de que la donación disimulada reúna todos los requisitos personales, reales y formales exigidos en la regulación de las donaciones descubiertas, ha planteado entre otras cuestiones muy debatidas la sustancial relativa al alcance de los requisitos de forma impuestos en los artículos 632 y, en especial, 633 del Código civil. Aquél requiere la entrega simultánea de la cosa mueble o que la donación y su aceptación consten por escrito. Este exige el otorgamiento en escritura pública de la donación de cosa inmueble y de su aceptación; requisitos que han sido considerados de forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, que escapan a la posibilidad de que su cumplimiento sea exigido por el donatario, al contrario de lo que ocurre, conforme el art. 1.279, en los supuestos incluidos en el artículo 1.280.

Sin olvidarse de esta exigencia, bastantes autores (621) no han

(621) No han dudado de que debe estimarse válida la donación encubierta en una compraventa en cuanto no lesione legítima alguna: FRANCISCO BONET RAMÓN, *Comentario* a la S. de 12 de abril de 1944, en R.D.P. XXVIII, junio 1944, n. 551; JULIÁN DÁVILA GARCÍA, “Herederos o legitimarios. Actos y contratos simulados”, en R.C.D.I., XXI, febrero de 1945, pp. 107 y ss.; FRANCISCO VIRGILI SORRIBAS, “Herederos forzoso y heredero voluntario”, su-

puesto en duda que la compraventa simulada que oculta una donación disimulada pueda valer en cuanto valiere ésta, de no estar teñida de ilicitud su causa y en cuanto no lesione legítima alguna. A su juicio, la forma notarial de la escritura pública de compraventa cubrirá la forma exigida, en el art. 633 C. c., para la donación de bienes inmuebles, en cuanto se considere exigible el cumplimiento de ese requisito formal para la validez de la donación disimulada (622).

Sin embargo, se ha insistido en que una compraventa simulada de cosa inmueble, aunque esté formalizada en escritura pública, no puede con ésta llenar el requisito de forma exigido en el art. 633 C. c. Esta ha sido la tesis de nuestro querido e ilustre maestro, Federico de Castro (623). Su criterio se funda en que "la donación oculta debe reunir todos los requisitos exigidos para la donación descubierta: es decir, que no podrá eximirse de los requisitos de forma porque no puede hacerse indirectamente lo que no puede hacerse directamente", y el requisito de forma de una donación exige "que cubra todos los elementos esenciales del contrato" incluidos en el art. 1.261, de los cuales "no es posible excluir la causa; que precisamente es la determinante del tipo de negocio" y que, por consiguiente, la forma debe expresarla, con la manifestación de donar y de aceptar la donación.

Es de notar que tanto la jurisprudencia francesa (624) como la

condición jurídica", 3, B, en R.C.D.I. XXI, julio-agosto 1945, pp. 491 y s.; en cuanto no están viciadas por ilicitud de la causa, Amadeo DE FUENMAYOR, loc. últ. cit., pp. 50 a 57; Luis GÓMEZ MORÁN, "Tratado Teórico y Práctico de particiones", Madrid, 1950, pp. 330 y ss.; TORRELLA MAS DE XAXÁS, "La forma en las donaciones simuladas de inmuebles", tesis doctoral inédita citada por Federico DE CASTRO, que la califica de "sobresaliente" (nota 3, de "La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble", en A.D.C. VI-IV, octubre-diciembre 1953, p. 1014); Javier CABAÑAS, *Observaciones a la S. de 28 de febrero de 1953*, en A.D.C. VI-III, julio-septiembre 1953, p. 742; Federico PUIG PEÑA, "Tratado...", V-II, cap. XII, 5, 3.º, pp. 395 y s.; José PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", V-III, cap. II, 2, C, pp. 196 y ss.

(622) Notemos, no obstante, que el supuesto a que BONET RAMÓN, loc. últ. cit., refería en su comentario, es decir, el contemplado en la S. de 12 de abril de 1944, consistía en una venta simulada de varias fincas rústicas otorgada en documento privado que encubría una donación.

(623) Federico DE CASTRO, "La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble", Comentario a la Sentencia de 23 de junio de 1953, en A.D.C. IV-IV, pp. 1003 y ss., y "El negocio jurídico", cit., § 436, pp. 353 y ss. Antes que él, recogió la posición de la S. de 3 de marzo de 1932 y 22 de febrero de 1940, CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil...", I-II, Madrid, 1952, § XXXV-IV, 1, D, c, c', p. 507. Acepta la opinión de CASTRO y se adhiere a ella GARCÍA-BERNARDO, "Formalismo jurídico y documento notarial", en R.D. Not. XXXVI, abril-junio 1962, p. 83, y "La legítima en el...", pp. 153 y siguientes. También muestra su identificación con este criterio Manuel ALBALADEJO, "Derecho civil", I, Barcelona, 1970; cap. V, n. 86, nota 79, p. 515.

(624) Cfr. PLANIOL RIPERT TRASBOT Y LOUSSOUARN, "Traité Pratique de Droit civil Français", vol. V, 2.º ed., París, 1957, n. 425 bis, p. 550. La jurisprudencia francesa distingue los requisitos de fondo, que exige sean los de las donaciones, y los de forma, que requiere sean los correspondientes al acto a título oneroso simulado.

italiana (625), ésta influida decisivamente por el peso de las opiniones de Ferrara (626) y de Betti (627), han seguido el criterio de considerar válida la donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa simulada, considerando la italiana que se dan los requisitos de fondo y forma exigidos para la validez de las donaciones, con tal de que la compraventa simulada se haya otorgado en escritura pública para que ese requisito formal de la donación se considere cumplido.

Pero Federico de Castro (628) ha discutido las construcciones doctrinales de ambos ilustres juristas italianos.

Contra la opinión de Ferrara, afirma que sus razones no son convincentes: "a) porque la forma no se impone sólo ni primordialmente en favor del donante, y porque hasta la protección misma de éste queda disminuida, al no consultar abiertamente con el notario y al no quedar garantizada debidamente la facultad de revocación (no se le harán las advertencias legales, art. 194, R. N.); b), se afirma lo que es cuestión, pues se trata de saber si la ley exige que la misma donación se otorgue en escritura pública; c), aquí no se trata de aplicar los principios del fraude de ley, sino la nulidad de los actos contra la ley; d), porque la desaparición de un uso, la condena de una figura basada en la mentira y la amenaza de interés nacida precisamente por poner en peligro otros intereses superiores (del Fisco, de la familia, de los acreedores y demás terceros) no parecen motivos suficientes para adoptar la solución propuesta".

Sin embargo, los legítimos intereses del propio donante, del Fisco, de los legitimarios, y, en general, de la familia del donante y de los acreedores, no quedan perjudicados por la validez de la donación disimulada, pues como Ferrara (629) dice, sus efectos serán los mismos que produciría de haber sido estipulado de un modo manifiesto:

— de estar teñida de causa ilícita, seguirá siendo nula, despejado el manto que lo encubre.

— de producirse una causa de revocación (ingratitude, sobrevivencia o supervinencia de los hijos), será revocable como verdadera donación.

(625) Cfr. BIONDO BIONDI, "Le donazioni", Torino, 1961, n. 193, p. 579, que en nota 2 recoge la jurisprudencia más fundamental. A juicio suyo, ésta se resume diciendo que la donación disimulada es válida siempre que sean respetados los requisitos de forma y sustancia requeridos por la ley para la donación y que ésta no se halle viciada; y su disciplina no diverge de la general de los negocios jurídicos disimulados, incluida la posible incidencia de fraude.

(626) FRANCISCO FERRARA, "La simulación de los negocios jurídicos", trad. al castellano por Rafael Atard y Juan A. de la Puente, 3.ª ed., Madrid, 1953, nn. 36 a 38, pp. 236 y ss. y n. 57, pp. 292 y s.

(627) EMILIO BETTI, "Teoría general del negocio jurídico", traducido al castellano por A. Martín Pérez, Madrid, s.f., n. 51, pp. 303 y ss.

(628) DE CASTRO, "La simulación y el requisito de ...", 4 y 5, en A.D.C. VI-IV, pp. 1007 y ss.

(629) FERRARA, op. cit., n. 57, p. 293.

— si lesiona alguna legítima, será reducible en cuanto sea inoficiosa.

—si la simulación se hizo para eludir una ley fiscal, deberá satisfacerse el impuesto con la multa correspondiente.

—añadiremos que, respecto de los acreedores y a efectos de la acción revocatoria y a la responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores del transmitente, serán de aplicación las normas correspondientes a las transmisiones a título gratuito, para lo cual la fecha de la escritura indicará con certeza el instante de la donación.

¿Por qué llevar más lejos la ineficacia del acto? Todo depende del ámbito del requisito de la forma sustancial de las donaciones, que merece que lo analicemos cuidadosamente.

106. La tesis que exige en las donaciones disimuladas los requisitos formales del art. 633 C. c., requiriendo que en la misma escritura pública se exprese el *animus donandi*, o sea, la causa liberal del negocio, creemos que parte del presupuesto de que la donación, en nuestro Código civil, es un contrato y de que la forma exigida en el art. 633 se refiere al contrato de donación.

Ambas premisas nos parecen inexactas.

Recordemos que, como destacó Arangio Ruiz (630), “donación no era entre romanos el nombre de un negocio jurídico que tenía propia forma y propios efectos; más bien era la indicación de un fin práctico, al cual podrían servir variados negocios”.

Nosotros, hace años (631), indicamos que el concepto de donación ha oscilado a través de la historia, mostrándose bien sea como *causa* —significando, en este caso, causa el “*animus*” justificante o fin inmediato perseguido con el negocio de que se trate—, como modo y como título. Centrado el concepto de la donación como modo, aparece la *donación traditoria*; centrado como título, resulta la *donación promisoria*. La primera se da “*quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis: quia tunc statim valet, et perficitur donatio et transit dominium et plenum ius rei in acipientem ex illo titulo, et causa donationis*”, (632). Y ésta fue considerada como la donación en sentido estricto (633).

El Código civil español no sitúa la donación entre los contratos sino entre los *modos de adquirir la propiedad*, en el Título II del Libro III, y la define en el art. 618 diciendo que “*es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa*

(630) Vincenzo ARANGIO RUIZ, “Instituzioni di Diritto Romano”, Nápoles, 1943, p. 578.

(631) “Donación, condición y conversión jurídica material”, 1, 2, 3 y 4, en A.D.C. V-IV, octubre-diciembre 1952, pp. 1210 y ss.

(632) Antonio GÓMEZ, “*Variae...*”, Lib. II, cap. IV, n. 1, 243.

(633) Luis DE MOLINA, “*De Iustitiae...*”, Disp. CCLIV, n. 14, y Disp. CCLXXIII, nn. 2 y 3; cfr. ed. Colloniae Allobrogum 1.733, vol. II, pp. 9 y 52, y vers. en castellano de Fraga Iribarne, Madrid, 1943, T. II, vol. I, p. 221 y pp. 393 y ss.

en favor de otra, que la acepta”, centrándola en la palabra “dispone”, esto es como *acto traslativo de una cosa o derecho* (634). Los arts. 632 y 633 sitúan como forma de las donaciones lo que para la compraventa significa cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida, conforme los arts. 1.462 a 1.464, es decir, el modo con valor traditorio (635).

La forma de la donación no es la forma de un contrato típico, sino la forma traditoria que es necesaria formalmente para consumir el acto de liberalidad, que sin ella no pasaría de ser un simple proyecto. El requisito formal no se refiere al *animus donandi* y al *occi-piendi*, ni a la causa liberal, sino a la *realidad de la transmisión*. Trata de discernir el tránsito entre el intrascendente “*te daré*” y el trascendente “*te doy*”, y da fijeza a este acto asegurando su seriedad.

La S. 3 marzo 1932 señala que los requisitos formales o solemnidades de la donación de inmuebles son requeridos para “que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o, por lo menos, desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego”. Es decir, es preciso que quede clara la transmisión y su contenido: el objeto, con individualizada determinación de los bienes, las condiciones y cargas, para que no haya dudas acerca de todo ello, ni de la fecha que puede ser trascendental para los acreedores.

Si el significado de los requisitos formales de carácter sustancial exigidos en los arts. 632 y 633 C. c., es el que nosotros hemos aplicado, es decir, si se halla referido al modo transmisivo bastará para la validez formal de la donación disimulada la entrega simultánea de la cosa donada o que la transmisión y su aceptación consten por escrito, si el objeto es mueble, o que sean otorgadas en una o varias escrituras públicas tanto la transmisión de la cosa inmueble como su aceptación, en las que no falte la expresión individual de los bienes transmitidos y del valor de las cargas a satisfacer por el adquirente. Por faltar la determinación de los bienes, fue invalidada una donación disimulada de inmuebles, por la S. 23 octubre

(634) El carácter traditorio de la donación en el Código civil es expresado en la S. de 6 de junio de 1908 al señalar su primer considerando, “que del concepto de la donación, según lo establecen los artículos 618 y 619 del Código civil, se desprende que constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa de disponer de una cosa en favor de otra persona, aunque fuese aquella aceptada, porque siendo la mera voluntad ambulatoria lo que determina la naturaleza de estos actos, es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada de parte del donatario en la forma o términos que establece el artículo 632 del mencionado Código” (para la donación de bienes muebles).

(635) Cfr. nuestro últ cit. trabajo, “Donación...”, I, 4, pp. 1224 y ss.

1929; y porque la revocabilidad convenida no figuró en escritura pública, lo fue la contravertida en S. 31 enero 1955.

107. El Tribunal Supremo no parece que haya mantenido siempre idéntica posición en el tema que nos ocupa.

En líneas generales se observan tres grupos genéricos de sentencias (636).

a) Las que admiten la validez de la donación disimulada en la compraventa simulada si queda demostrada la licitud de su causa y si en escritura pública se contienen la voluntad traslativa y la aceptación, así como la perfecta determinación del contenido transmitido, tanto de los bienes como de las condiciones y cargas impuestas por el transmitente.

b) Las que invocan el incumplimiento del requisito formal del art. 633 si en la escritura no se expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación, o sea, si no resulta expresada y aceptada la causa de liberalidad determinante de la transmisión.

c) Y las que, aún admitiendo dicho criterio formalista, o al menos no discutiéndolo, niegan al heredero voluntario, que no sea legitimario, la legitimación precisa para impugnar la compraventa relativamente simulada.

Pero estas tres líneas jurisprudenciales, más o menos contradictorias entre sí en sus rasgos generales, resultan complicadas y difuminadas, en muchos casos, en su análisis detenido, como luego veremos.

Por ello conviene penetrar en él para observar y distinguir:

— Los supuestos en que la impugnación es efectuada por el propio transmitente, por sus herederos voluntarios o por legitimarios suyos.

— Los casos en que la donación disimulada es *mortis causa*, aquéllos en que es *inter vivos* pura y simple, los supuestos en que, si bien *inter vivos*, es condicional, revocable o con cargas, y los casos en que es *inter vivos* pero remuneratoria.

— Las posibles interferencias de ilicitud en la causa, o bien de carencia o de limitación de la facultad de disponer a título gratuito por parte del transmitente.

— Así como los términos en que quedó planteada la *litis*, los hechos que fueron dados como probados por el Tribunal *a quo* y el modo como fue interpuesto el recurso de casación.

108. Cuando antes hemos repasado la opinión de los autores castellanos en torno a los reconocimientos y compraventas simulados que encubrían una donación, les hemos visto discutir o proponer su nulidad por ilicitud de la causa o su rescisión en cuanto lesionaran alguna legítima, según los supuestos planteados. Sin embargo, no hemos hallado alegada, por ninguno, la nulidad por defecto de

(636) Cfr. nuestro reciente estudio, "Las donaciones de bienes inmuebles disimulados...", nn. 9 y ss. en A.D.C., XXV-III, pp. 681 y ss.

forma de las compraventas simuladas en las cuales la transmisión quedaba probada por escritura pública, a pesar de que —como recordó García Goyena (637)— por Derecho romano las donaciones que excedieran de 500 sueldos de oro requerían la insinuación judicial (Dig. XXXII-III, 25 y LIX-V, 7 pr. y Cod. VIII-LIV 27 y 36, § 3) a la que no se sometían las compraventas, y de que la ley 9, tít. V, Partida 5.^a, para la validez de las donaciones de más de 500 maravedises de oro, exigió en términos generales que el donante “*lo fiziesse con carta e con sabiduría del mayor juzgador del lugar*”, con el objeto de “evitar fraudes y prodigalidades indiscretas”, quedando la donación de inmuebles “sujeta a escritura y a la toma de razón en el oficio de hipotecas desde su creación, título, libro, 10, Novísima Recopilación”.

Tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta la S. 3 marzo 1932, de la que después nos ocuparemos, ni siquiera se había planteado que la donación disimulada, en una escritura pública en la que se simulase una compraventa, no pudiera valer por el defecto formal de no constar en ella el *animus donandi*.

Así, vemos estimado que la compraventa simulada, respectivamente en cuestión, encubría una donación, y que como tal ésta es valorada, en Ss. 10 diciembre 1904, 27 junio 1914, 5 diciembre 1916, 29 enero 1945, 19 enero 1950, 16 noviembre 1956, 15 enero 1959, 22 marzo 1961.

También hallamos una serie de sentencias en las cuales se discute y resuelve como si se diera por presupuesta la posible validez de la donación disimulada, aunque la sentencia no lo declare por otras diversas circunstancias, sustantivas o procesales. Así:

— Se hace notar que sólo se ha declarado la nulidad del negocio simulado sin haberse entrado a discutir, por no haberse planteado debidamente, la existencia y validez de la donación disimulada, en Ss. 12 noviembre 1920, 19 marzo 1932, 29 marzo 1952.

— Se observa que la simulación declarada por la sentencia recurrida es absoluta, sin haberse mantenido antes del recurso ni por tanto probado la existencia de una donación disimulada, en S. 19 diciembre 1960.

— Se declara la ilicitud de la donación disimulada o de la causa real, sin aludirse siquiera a la cuestión formal que nos ocupa, en Ss. 2 abril y 12 junio 1941, 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1954, 28 febrero 1953.

— Se parte de la validez de la donación disimulada en una compraventa formalizada en escritura pública; pero, en el caso de autos se decreta la invalidez de la donación, por no describirse en la escritura, los bienes ni determinarse el valor de las cargas, en S. 23 octubre 1929; o por falta de escritura pública, pues las ventas se hicieron en documento privado, en S. 7 enero 1966; o porque el negocio simulado se encubrió en una escritura pública de compraventa y en

(637) GARCÍA GOYENA, op. cit., vol. II, art. 946, p. 292.

un documento privado de reconocimiento de deuda, por lo cual se estimó que la operación no se encubría totalmente en escritura pública, sino sólo en parte, en S. 31 enero 1955; o bien, fue rechazada la invalidez, solicitada por no haberse formalizado el negocio disimulado en escritura pública, al calificarse el contrato disimulado de cesión de bienes condicional, en S. 26 octubre 1926.

De las referidas sentencias, la de mayor interés para el tema que estudiamos es la de 29 enero 1945, de la que fue Ponente el Magistrado Celestino Valledor. Su doctrina está contenida en los considerandos 2.º, 4.º y primera mitad del 5.º, que conviene releer en su tenor literal y dicen así:

“... Considerando que la discordancia entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada desemboca frecuentemente en negocios simulados, que ofrecen como denominador común ficción, mediante la cual los contratantes se proponen alcanzar una finalidad distinta de la que es propia del contrato aparentemente celebrado, unas veces, para agotar con la declaración fingida todo el intento de engaño a tercero, generalmente fraudulento, que resume y compendia el móvil principal —*causa finalis*— y el móvil accidental y estipulante —*causa impulsiva*—, que abrigan los otorgantes en la simulación absoluta, y otras veces para tapar y cobijar un negocio distinto, que es el realmente querido —*simulación relativa*—, y si en la primera hipótesis el descubrimiento de la voluntad interna pone de relieve el artificio de su exteriorización y vuelve inexistente o sin contenido jurídico al negocio aparente por carencia de real y verdadero consentimiento, objeto y causa, en la segunda hipótesis, al ser levantado el velo de la ficción y enfrentarse el juzgador con la intención seria de celebrar otro contrato; cobra todo su vigor la voluntad interna, que actúa con plena eficacia si es reveladora de la concurrencia de los requisitos esenciales del negocio jurídico que se ha querido realizar, y en este aspecto entran en juego y aprovechan los actos de los contratantes, siquiera hayan sido efectuados de modo indirecto o a través de una voluntad aparente o falsamente declarada sin móvil fraudulento, porque entonces basta el acto interno para purificarlos y hacerlos surgir a la vida del Derecho”.

“Considerando que la aplicación de la precedente doctrina al caso de autos, lleva a la conclusión de que si la compraventa encubrió una donación con causa lícita y verdadera, según estima la sentencia recurrida, sin impugnación de este aspecto en el recurso, y si, además, resulta que tanto el “*animus donandi*” como la aceptación y la designación de la cosa inmueble donada se hicieron constar, sin móvil fraudulento, que ni siquiera fue alegado, en escritura pública de fingida compraventa, que sirve, para amparar la voluntad interna de liberalidad y la de aceptación, el contrato realmente celebrado reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos de fondo y forma exigidos por los arts. 1.261 y 633, en relación con el 1.276 y con el 1.258 del Código civil.

”Considerando que por ser perfecto el contrato de donación y no haberse alegado, ni vislumbrarse la existencia de vicio alguno en sus requisitos esenciales que pudiera invalidarlo por vía de anulabilidad, regulada en los arts. 1.300 y siguientes del Código civil, ni aún concretamente por el cauce de la causa falsa del contrato de compraventa, puesto que la donación de que se trata tiene causa verdadera y lícita que le sirve de soporte, quiebra la tesis de la sentencia recurrida en cuanto, por un lado, afirma la carencia de requisitos esenciales en la donación por falta de escritura pública en que *sin disfraz* se expresase el consentimiento para donar y para aceptar, lo que equivaldría a negar la eficacia que en nuestro Derecho puede tener en sí mismo el negocio encubierto...”

En consecuencia, el 6.º considerando comienza por sentar que “por lo expuesto, concurriendo en la donación los elementos esenciales propios de este contrato, carece de base la tesis de la donación inexistente, con secuela de nulidad imprescriptible...”.

109. Frente al grupo de sentencias, a que acabamos de referirnos, hay otra serie que es invocada para sostener que la donación de bienes inmuebles debe ser reflejada, con su *animus donandi* y el *animus accipiendi* del donatario, o sea, con su *causa liberal*, en la escritura pública, en la que debe aparecer *sin disfraz*.

De las aducidas, debemos comenzar por rechazar algunas porque su decisión obedece a una *ratio decidendi* basada en una hipótesis distinta. Así ocurre: con la S. 23 junio 1953, que parte del supuesto de que “no existió *animus donandi*” y de que el contrato subyacente “está fundado en una causa ilícita”; con la 5 octubre 1957, en la cual el recurso de casación se centró en torno a la ilicitud de la causa de la donación encubierta, que el demandante había disimulado en una compraventa que, en una escritura pública en la que no intervino, se formalizó y otorgó a favor de la demandada; con la S. 11 febrero 1959, que rechazó la casación contra una sentencia en que la Audiencia había declarado la incapacidad del pretendido donante, su falta de consentimiento, la ilicitud de la causa y no haberse reservado en propiedad ni en usufructo lo necesario para vivir, contravieniendo el art. 644 C. c., y con la S. de 12 febrero 1966, que califica el supuesto como de simulación absoluta.

De las demás, hemos de separar y destacar la de 29 de octubre de 1956, en cuanto califica de donación *mortis causa* la disimulada bajo la compraventa simulada que la propia donante quiso revocar. Aún cuando, en su tercer considerando, dice que es doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la contenida en Ss. de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940 y 23 de junio de 1953 (en esta última se declaró la falta de *animus donandi*), centra específicamente su *ratio decidendi*, en los considerandos 5 y 7; en el hecho de que la donación *mortis causa* disimulada no se otorgó en forma testamentaria y en que esta forma es requisito esencial para este tipo de donaciones. Criterio este último contra el cual reiteradamente hemos

razonado nuestra radical disconformidad (638), pero sin que esto obste, a juicio nuestro, en modo alguno la justicia del fallo, puesto que evidentemente la donante había revocado dicha donación *mortis causa*, dejándola así invalidada por ser ese tipo de donaciones esencialmente revocables (639).

La primera de las sentencias que se aducen como sustentadoras del criterio de que falta el requisito de forma, exigido en el artículo 633 C. c. para las donaciones de inmuebles, en una compraventa simulada en escritura pública que encubría una donación *inter vivos*, por no expresarse en ella la voluntad de donar y la de aceptar la donación, es decir, por no reflejar la causa liberal, es la Sentencia de 3 de marzo de 1932. Esta casó, por interpretación errónea del artículo 633 C. c. la sentencia recurrida, en la cual se declara simulada la venta, pero válida y eficaz para transmitir el dominio de bienes inmuebles la donación *inter vivos* disimulada en la escritura pública en la que fue formalizada aquélla. En ponencia del Magistrado Aurelio Ballesteros, el Tribunal Supremo lo razonó del siguiente modo:

“Considerando que si bien al amparo del artículo 1.276 del Código civil pueden ser admitidos los negocios disimulados, o sea, los actos jurídicos válidos y lícitos encubiertos por contratos aparentes, pero privados de la causa específica a que va unida su existencia, es necesario para que aquéllos produzcan plenos efectos que se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento, así como la existencia del objeto en que han de apoyarse las relaciones obligatorias o reales ciertamente concertadas, sino también la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades que la ley exigiría a quienes actuaran paladinamente;

”Considerando que esta rigurosa doctrina ha de ser especialmente ímpuesta, con arreglo a la tradición española, en el campo de las donaciones puras y simples de inmuebles por reflejar las hechas *inter vivos* más que un modo abstracto e independiente de transferir la propiedad, un acto liberal que atribuye el dominio al donatario gratuitamente y que por significar una merma, sin contraprestación del patrimonio del donante y un enriquecimiento sin gravamen del beneficiario, requieren requisitos y solemnidades que protejan al transfe-

(638) Cfr. nuestros estudios: “La donación *mortis causa* en el Código civil español”, en Anales de la Ac. Matr. del Notariado, vol. V, Madrid, 1950, pp. 633 y ss. —donde desarrollamos una idea que nos había sugerido nuestro querido compañero José González Palomino—; “Donación, condición y conversión jurídica material”, en A.D.C. V-IV, octubre-diciembre 1952, pp. 1205 y siguientes; “La donación *mortis causa* y el Código civil”, en R.C.D.I., XXVIII, 1952, pp. 321 y ss., y “«Las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante», del artículo 620 del Código civil”, en R.C.D.I., XXXVIII, 1965, pp. 225 y ss.

(639) El 6.º considerando de la S. de 29 de octubre de 1956, que analiza las donaciones *mortis causa* y su revocabilidad, destaca que la tercera manera de ser revocadas consiste en el *arrepentimiento del donante* (ley 11, tít. IV, Partida 5.ª), que examina especialmente.

rente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio de responsabilidad patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o por lo menos desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego;

"Considerando que, a tenor del artículo 633 del Código civil para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública con expresión de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, pudiendo formalizarse la aceptación en la misma escritura, o en otra separada, y aunque con tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica."

Creemos sinceramente, que estos considerandos distan mucho de resolver en el sentido alegado, y con la rotundidad que luego se ha atribuido a esta sentencia, el problema doctrinal de la necesaria insuficiencia de la forma pública de una venta simulada para cubrir formalmente la donación por ésta disimulada. Basta subrayar que su tercer considerando, después de aducir los requisitos formales precisos para la validez de las donaciones de inmuebles, añade: *"aunque con tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el negocio disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica."*

¿Hubiera sido, pues, otro el fallo si en el pleito hubiese resultado auténticamente reconocida por ambas partes, y acreditada la existencia y el contenido de la donación disimulada?

El análisis de la S. de 3 de febrero de 1932, así como también el de los siguientes de 22 de febrero de 1940 y 12 de julio de 1941, confirman lo ajustado que fue a la realidad el tercer considerando de la S. de 29 de enero de 1945 al subrayar que entre su propio caso y los examinados por aquéllas: *"existe tal diversidad de hechos enjuiciados que si en el presente se opera sobre donación perfecta... en aquellos otros casos se ofrecieron a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma condicional, con retractación oportuna del donante, y no se puede pretender que una misma norma regule la estructura jurídica de hechos dispares o contradictorios."*

Como réplica a esta S. de 29 de enero de 1945, se presenta la

de 23 de junio de 1953, que, sin embargo, decidió que en el supuesto por ella juzgado no existía *animus donandi*.

La S. de 5 de noviembre de 1956, vuelve a repetir en su segundo considerando el razonamiento tan repetido de la "doctrina rigurosa", pero, en su supuesto, la posible donación encubierta se verificaba mediante la interposición de tercera persona a través de dos ventas simuladas, en la primera de las cuales se formalizaba una venta de bienes gananciales de su primer matrimonio que hizo el viudo estando por segunda vez casado, quien con su primera esposa había otorgado testamento mancomunado, regido por la legislación aragonesa, en el cual se habían instituido recíprocamente herederos con la limitación de no poder disponer *mortis causa* de los bienes que heredaren, el destino de los cuales fue determinado para los que quedaren de cada uno al fallecimiento de ambos. Hechos que no dan un apoyo demasiado firme, pese a lo dicho en algunos de los considerandos, a la doctrina formalista.

Tampoco el supuesto de hecho ni la *ratio decidendi* de la S. de 7 de octubre de 1958 la apoyan realmente, a pesar de que en su cuarto considerando repitió las consideraciones acerca del rigor formal exigido para las donaciones por las sentencias citadas, pues el supuesto de hecho contemplaba una donación universal, hecha a través de persona interpuesta, de la totalidad del patrimonio en beneficio de un nieto, pero con despojo de los demás descendientes legitimarios, lo que el primer considerando de la sentencia calificó de "maquinación ilícita determinante de la nulidad que se decreta y que no sólo priva de validez a los contratos simulados, sino también a la donación subyacente, carente de causa, y que, además, no resulta hecha ni aceptada por modo expreso en escritura pública, con infracción del artículo 644 del Código civil".

La S. de 19 de octubre de 1959 contempló un supuesto en el cual el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial de Barcelona habían declarado rescindida por lesión *ultra dimidium* una venta que el causante había otorgado a sus hermanas, a quienes, fallecido aquél, demandó su viuda, como heredera universal del mismo, instituida en su último y válido testamento. El Tribunal Supremo rechazó el recurso, que invocaba la existencia de una donación onerosa disimulada, porque la apreciación de la cuestión de hecho por la sentencia recurrida, al no ser contraria a la lógica o criterio humano, debe prevalecer sobre la del recurrente. Pero, a mayor abundamiento, consideró la misma doctrina rigorista acerca de la aplicación del artículo 633 a las donaciones disimuladas.

Las sentencias que verdaderamente y de un modo rotundo y decisivo han aplicado la más rigurosa doctrina, *formulada hasta ellas más bien en los considerandos que empleaba como "ratio decidendi"*, han sido las Ss. de 10 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964 y 14 de mayo de 1966. De éstas, en la primera y la tercera fueron demandantes los herederos del disimulado donante y en la segunda este mismo.

110. El rigor formalista, decididamente agravado por la S. de 10 de octubre de 1961, movió posiblemente a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, preocupada siempre por la solución justa del caso, a contrapesarla e iniciar una tercera posición que han negado *a priori* la legitimación procesal activa a los herederos voluntarios de quien hubiera otorgado una compraventa simulada que encubriese una donación disimulada.

Se trata de una postura menos restrictiva de la impugnabilidad que la que sólo acepta la posibilidad de reducir, en cuanto fueran inoficiosas, las donaciones *inter vivos* disimuladas, libremente consentidas y con causa lícita. Pero, por otra parte, la restringe más, pues al negar la legitimación a los herederos voluntarios, resulta que éstos no pueden impugnar las donaciones disimuladas como compraventas, ni aún cuando éstas hayan sido simuladas en documentos privados.

Inició la aplicación de esta doctrina la S. de 3 de abril de 1962, negando la legitimación a los herederos voluntarios para impugnar la simulación relativa efectuada en una compraventa. En la S. de 22 de abril de 1963 fue aplicada a un supuesto en que se habían simulado compraventas de inmuebles y valores, en sendos documentos privados, que disimulaban una donación universal. También la S. de 21 de marzo de 1964 la aplicó ante la simulación que el causante efectuó de una venta de todas sus fincas, en documento privado, a favor de uno de sus sobrinos, a quien demandaron los demás. La de 16 de octubre de 1965 la refirió a un supuesto en que la donación disimulada era remuneratoria. Y la de 30 de mayo de 1968 estimó que, aun cuando la venta hubiese sido simulada en documento privado, no cabía duda de que contenía “un negocio simulado de liberalidad, que es el que quisieron encubrir los intervinientes, siquiera no lo supieran adornar con los requisitos de forma precisos para su eficacia traslativa de la propiedad...”, negando que la demandante tuviera acción para impugnarla porque no era legitimaria de ninguno de los que aparecían como enajenantes.

Realmente, las sentencias que acabamos de referir tienen precedente en la S. de 30 de junio de 1944, en cuanto ésta consideró que “para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien actúa procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional, esto es, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza”, y que el demandante de autos “no es parte legítima, por falta de interés jurídico para accionar sobre simulación de venta de bienes de la exclusiva propiedad de su hermana doña ..., que ésta haya transmitido a los demandados por acto real de liberalidad encubierto por causa onerosa de compraventa, pues, si bien es cierto que el demandante como heredero voluntario de su citada hermana, le convendría y le sería de utilidad que se acrecentase el haber hereditario trayendo a

la masa repartible los bienes que la causante enajenó, no lo es menos que lo que la ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante que necesita ser defendido frente al acto simulado que lo lesiona, y es manifiesto que en el caso de autos no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor...”.

Resulta clara la posición de esta S. de 30 de junio de 1944 al negar la legitimación a un heredero voluntario para impugnar una transmisión que, si bien se disfrazó en la compraventa simulada, ocultaba una donación que la sentencia recurrida estimó válida, ya que el propio transmitente, por igual razón, también hubiese hallado cerrado el paso para impugnar la transmisión por él efectuada (640).

En este mismo sentido la S. de 3 de abril de 1963, consideró “que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no asistir este derecho a su causante”... “y consiguientemente no haberseles podido transmitir *mortis causa*”. Y la de 22 de abril de 1963 reiteró, puesto que no se hallaba ante un caso de simulación absoluta, “sino a lo sumo relativa”, que “es doctrina de esta Sala a través de distintas resoluciones”... “que los herederos voluntarios, supuesto que concurre en la recurrente, no vienen legitimados para la impugnación de contratos celebrados por el causante en los supuestos de simulación relativa, por no asistirles más derechos que los correspondientes a aquél, como sucesores de su personalidad en el aspecto patrimonial”.

Pero el problema de estas dos últimas sentencias, y de las que luego han seguido esta misma doctrina, estriba en que partiendo de estas consideraciones no pueden soslayar su contradicción con la jurisprudencia que ha declarado nulas las donaciones disimuladas de inmuebles que no reunieran los requisitos de forma exigidos en el artículo 633 C. c., y que, consiguientemente, habrían sido impugnables por el propio donante, con el agravante de que la compraventa simulada, que encubrió la donación en el supuesto de la S. de 22 de abril de 1963 había sido otorgada en documento privado. Aquí, en ese último caso, parece evidente que el causante hubiese tenido acción para impugnar la donación disimulada, por lo cual el considerando que hemos transcrito queda completamente en el aire.

Es cierto que la últimamente citada sentencia, en el considerando anterior al que contiene el razonamiento que antes hemos transcrito, dice, a su vez, “que la recurrente no se halla asistida de acción para impugnar aquellos contratos, toda vez que la situación de heredera voluntaria no le atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de la institución, que le impone acatamiento a la voluntad de su causante, reflejada en aquellos documentos o contratos objeto de impugnación”.

(640) Es decir, que, a juicio de esta sentencia la falta de acción del actor no se fundaba sólo en que era heredero voluntario de la transmitente, sino en la validez de la transmisión. Cfr. José PUIG BRUTAU, “Estudios de Derecho Comparado.—La doctrina de los actos propios”, Barcelona, 1951, cap. III, 8, pp. 126 y s., y Luis DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, “La doctrina de los actos propios”, Barcelona, 1961, cap. IX, pp. 193.

Significa esto que las donaciones encubiertas faltas de la forma de escritura pública que el disimulado donante hubiese podido impugnar, ¿deben, en cambio, acatarlas sus herederos voluntarios si aquél murió sin haber iniciado su impugnación? ¿Se produce una convalidación *mortis causa*, sin necesidad de forma testamentaria ni de las formalidades exigidas para las donaciones?

La también citada S. de 3 de abril de 1962 trata de exponer en la forma más general la doctrina de la jurisprudencia acerca de la legitimación del heredero voluntario para impugnar los negocios simulados por su causante, al considerar:

“... que el heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta, ya que respecto a ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante al reducirse el negocio afecto a ese vicio a una mera apariencia, que le priva de todos sus efectos y obsta a la posibilidad de confirmación, pues como proclama la sentencia de 28 de noviembre de 1958, siguiendo la doctrina de las de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 25 de junio de 1946, sí es indudable que los herederos voluntarios deben su entrada en la sucesión al expresado llamamiento del causante, cuando sigue la adición hereditaria, resulta evidente que pueden ejercitar las acciones judiciales de demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del *de cuius* que no se extinguen por su muerte según el artículo 659, y suceden en toda la titularidad, que el óbito no termina, como lo expresa el artículo 661 del propio cuerpo legal, doctrina conforme con la de la sentencia⁶⁴¹ de 23 de mayo de 1956.”

111. Pero, pese a esta distinción entre simulación absoluta —en la que se da como indudable que los herederos voluntarios están facultados para impugnarla— y simulación relativa —que parece se trata de contraponerla a aquélla a efectos de aplicarle la solución adecuada—, parece que, con ella, no se agota el problema, ya que si el causante pudo impugnar el contrato disimulado por falta de alguno de sus requisitos esenciales determinantes de su nulidad, no se ve la razón por la cual, en ese caso, conforme la doctrina al principio expuesta, pueda negarse la legitimación al heredero voluntario (641).

El problema lo ha expuesto con sencillez y claridad Santamaría Amsa (642). El heredero voluntario “como tal, está obligado a respetar los actos propios del causante, eficaces en Derecho, como lo estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circunstancia de que por ellos se haya minorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado su interés en la herencia”. “Pero

(641) Cfr. PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, VIII, cap. II, 2, II, A, b, p. 181 y s.

(642) Juan SANTAMARÍA ANSA, “Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de los actos jurídicos de su causante”, 3, en R.D.P. XLV, abril 1961, p. 271.

—añade— estará legitimado para impugnarlos cuando lo haga en ejercicio de acciones que hubiese podido articular el propio causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesoria” (643). Así podrá ejercitar:

— “las acciones de anulabilidad, por vicio del consentimiento, cuando el causante lo hubiese prestado por error, dolo, violencia o intimidación, y no mediare confirmación o sanación ni tales acciones hubieran prescrito”.

— “... las acciones rescisorias por lesión en los casos en que la ley las tuviera establecidas en favor del causante”.

— “Las acciones de impugnación por simulación que hubieran podido asistir al causante cuando se pretendiera dar al acto simulado una realidad jurídica que efectivamente no tuviera, podrán también ser ejercitadas por los herederos.”

— “Las acciones de nulidad por defecto de forma podrán o no ser articuladas por los herederos según la naturaleza del defecto de forma imputado al acto constituyera o no para el causante un motivo de impugnación.”

Subrayemos que, concretamente, en tema de simulación:

a) *Si ésta es absoluta*, con el éxito de la impugnación del acto simulado, éste quedará totalmente cancelado. Así, “en el caso de enajenación simulada llevada a cabo por el causante para poner a salvo las fincas enajenadas contra posibles responsabilidades, cualquiera que sea la condición del heredero, la acción tenderá a la invalidación total de la enajenación y a la reintegración a la herencia de todas las fincas que fueron objeto de ella”.

b) *Si fue relativa*, le asistirá, no sólo las acciones que corresponderían contra quien “pretendiera dar al acto simulado una realidad que efectivamente no tuviera”, sino también las de anulabilidad —nulidad por ilicitud de la causa o defecto de forma y rescisorias— por lesión que al causante hubiera podido actuar.

112. Para la validez de la donación disimulada no sólo es preciso que sea probada la real existencia de ésta, cubierta por la forma exigida por los artículos 632 ó 633, según sea su objeto un bien mueble o inmueble, sino que, además, es necesario: que esa donación no esté viciada de defecto en la facultad dispositiva del donante: ni teñida por alguna prohibición legal de disponer a título gratuito en favor del donatario; ni de ilicitud o inmoralidad del motivo determinante, elevado a causa por esa razón; ni por el carácter fraudulento de la operación en su conjunto, que la vicie totalmente por implicar la intención de burlar alguna norma de Derecho.

Notemos que, en cualquiera de estos supuestos, la intención perseguida por la simulación relativa puede perseguir una finalidad de defraudar a alguien: sea a los protegidos por una limitación de la facultad dispositiva impuesta en una institución de residuo o semejante; sea a los legitimarios, o bien de burlar (*fraus legis*) una norma

(643) SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., p. 282.

prohibitiva de donar a determinadas personas o prohibitiva de sobrepasar estos límites dispositivos, o, en fin, de enmarcar la causa inmoral o ilícita de una disposición. Así estos supuestos pueden enlazarse entre sí, implicándose, en uno sólo, el fraude de ley, la intención de defraudar a alguna persona y la finalidad inmoral.

Sin embargo, conviene que tratemos de diseccionar algunos supuestos típicos de simulación relativa, que encubren donaciones, que impliquen sólo alguna de las vulneraciones que hemos apuntado.

a) *Falta de facultad dispositiva a título gratuito del simulado vendedor o permutante*, como ocurrió en los supuestos contemplados en las recientes Ss. de 19 de diciembre de 1960, 23 de noviembre de 1971 y 11 de febrero de 1972, en los cuales simuló la venta un heredero gravado con fideicomiso de residuo que podía disponer a título oneroso, pero no gratuitamente.

b) *Efectuarse la donación disimulada a favor de persona inhábil para recibir donaciones del simulado vendedor*, como es el caso del cónyuge (644) respecto de su consorte (art. 1.334 C. c.) (645), y de los hijos que éste tenga de otro matrimonio o de las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación (art. 1.335 C. c.) incluso en el caso de que se hagan a la persona inhábil "*simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta*" (art. 628 C. c.), o en Cataluña, si con ello se trata de burlar las incapacidades sucesorias de los números 2.º y 3.º del artículo 252 de la Compilación catalana, respecto de la persona culpable de trato sacrílego, adulterino o incestuoso con el causante, extendida a todos los grados de la línea recta de consanguinidad o afinidad, o hasta el segundo grado civil de la colateral por consanguinidad, y de los hijos nacidos de las indicadas uniones y los padres en la sucesión de estos hijos, con las atenuaciones que el mismo apartado expresa.

c) *Ser inmoral o torpe el motivo determinante, así causalizado, de la donación disimulada*, como en el supuesto de la S. de 22 de febrero de 1940 y 5 de octubre de 1957.

d) *Tener la finalidad de burlar la legítima de todos o alguno de quienes tenga derecho a ella.*

(644) Notemos que la prohibición de donar del art. 1.334 puede ir desconectada de la de venderse del art. 1.448, puesto que ésta no rige si entre los cónyuges se ha pactado la separación de bienes.

(645) Respecto del sentido limitado que atribuimos a la prohibición de las donaciones entre cónyuges del art. 1.334, circunscribiendo la nulidad "durante el matrimonio", por lo cual quedarían convalidadas *mortis causa* de haber sido mantenidas por el donante hasta su muerte sin revocarlas, conforme la doctrina romana, cfr. nuestros estudios: "La donación *mortis causa* en el Código civil español", XIV, en Anales Ac. Matr. del Not. V, pp. 794 y ss.; "Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada con metálico que confiesa ser parafernial", E., en A.D.C. II-II, abril-junio 1944, pp. 660 y ss.; «Donación, condición y conversión jurídica material», IV, en A.D.C. V-IV, pp. 1286 y ss., y, en brevísima síntesis, en "Panorama del Derecho civil", Barcelona, 1963, tema X, II, 1.º, a, pp. 249 y s., donde citamos un *obiter dictum* de la S. 7 de junio de 1960 que parece efectuar la misma interpretación del art. 1.334 C. c.

Nos hallamos ante el supuesto que concretamente tiene mayor interés concreto para el objeto de nuestro estudio. El tema se sitúa en el umbral de la vieja distinción, no recogida en el Código civil, pero que hemos visto sostenida por numerosos autores de Derecho común, entre las donaciones inoficiosas *re tantum*, solamente reducibles en cuanto lo fueran, y las inoficiosas *re et consilio*, a las que se aplicaba igual doctrina si el donatario era un descendiente del donante y que se invalidaban totalmente si habían sido otorgadas a favor de un extraño, presumiéndose en las donaciones universales que la inoficiosidad era *re et consilio*.

Pese a que, en nuestro actual ordenamiento, es indudable que esta doctrina, tan discutida en el Derecho intermedio, no está vigente para las donaciones descubiertas, ha sido aplicada por nuestro Tribunal Supremo a donaciones disimuladas con compraventas o permutas simuladas. Así puede comprobarse en las Ss. de 12 noviembre 1920, 12 julio 1941, 12 abril 1946, 24 marzo 1950, 29 febrero 1953, 23 junio 1953 y 7 octubre 1958.

En cambio, tenemos otras sentencias en las que se rechaza que el legitimario pueda pedir la nulidad de donaciones simuladas encubiertas en ventas simuladas, sino tan solo su rescisión en cuanto perjudique a sus derechos legitimarios. En ese sentido se citan las siguientes:

La S. 6 mayo 1902, aunque no referida únicamente a un supuesto de lesión en la legítima del actor en la herencia de la vendedora, pues aquél, que era hijo de ésta, demandó, a su tío que aparecía como comprador de la misma, solicitando que se declarase nula por simulación la compraventa o, subsidiariamente, rescindida para que pudiera cobrar lo que se le debía por completo pago de la legítima paterna y por la cantidad reservable que debía percibir: el Tribunal Supremo, razonó en el 2.º considerando de esta sentencia, que a mayor abundamiento “si por consecuencia de la enajenación hubiere quedado doña... [la hija reclamante] defraudada en sus legítimos derechos, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de causa, sino la de rescisión de un contrato válido celebrado en su perjuicio, acción rescisoria...” La S. 12 noviembre 1920 que como hemos visto, después de confirmar la nulidad e ilicitud de la causante de una permuta simulada dejó a salvo la cuestión de la nulidad o validez, con aplicación del art. 808 C. c., de la posible donación disimulada, sobre la cual explicó que no había versado el pleito.

Y la S. 19 enero 1950 que confirmó la sentencia de instancia que había declarado inexistente la compraventa simulada, y declaró “que el contrato de donación que encubría fue, en cambio, perfectamente válido y eficaz, en tanto no perjudicara los derechos legitimarios de la actora doña..., con reserva a la misma de cuantos pudieran asistirle para interesar la reducción de la donación”.

113. Amadeo de Fuenmayor (646), a la vista de la jurisprudencia anterior a 1948, por él contemplado, llegó a la conclusión de que “la donación disimulada bajo un contrato de compraventa y realizada con objeto de burlar los derechos legitimarios de los herederos forzosos del otorgante, rebasando el área de los contratos simulados, penetra en el campo de los negocios ilícitos y con ello adquiere el carácter de absolutamente nula”. Pero circunscribe ese resultado a los supuestos en que la simulación obedece a esta finalidad, mientras que admite la validez, aunque sujeta en su caso a reducción, “en el caso de celebrarse una donación disimulada sin el propósito de burlar los derechos sucesorios del donante”.

También Javier Cabañas (647) comentó que, según la doctrina sentada por la jurisprudencia en Ss. 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1950 y 28 febrero 1953: “Las donaciones con intención de defraudar las legítimas no se rigen por el artículo 654, C. c. que sólo ordena su reducción en la medida que sean inoficiosas, sino por el artículo 1.275; es decir, que por ilicitud de la causa del negocio hay lugar a la anulación total de la liberalidad...” (648).

Distinto punto de vista había mostrado Bonet Ramón (649) al comentar la S. 12 abril 1944: “Los legitimarios, como ha reconocido acertadamente el Tribunal Supremo en el caso que nos ocupa, son también terceros, porque, si bien son herederos, tienen un derecho intangible a la legítima que les es reconocido por la Ley y que pueden defender contra la malicia del causante”. Pero, matiza Bonet: “Cuando el legitimario, como tercero, impugna por simulación un acto lesivo de su causante, no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto, más que hasta integrar su cuota legítima”.

Julián Dávila (650), partiendo de que el heredero no está legitimado para pedir la nulidad de la simulación relativa en cuanto ésta encubra una donación real y lícita —conforme había declarado la S. 30 junio 1944—, prosiguió que el legitimario, tanto si es heredero voluntario como si no lo es, carece de acción para pedir la nulidad de tal donación disimulada aunque lesione su legítima, pero que el legitimario como tal no puede ser perjudicado por la simulación relativa conforme declara la S. 12 abril 1944. Pero añade que esta sentencia fue demasiado lejos, pues lo que compete al legitimario para proteger la legítima, en esos casos, es “pedir la inoficiosidad (rescisión): y esto no puede hacer *a priori* sino *a posteriori*”; pues, el legitimario “pagado de su legítima, no puede pedir más, del

(646) Amadeo DE FUENMAYOR, “Intangibilidad de la legítima”, II, B, c, b, en A.D.C. I-I, pp. 56 y s.

(647) Javier CABAÑAS, *Observaciones a la S. de 29 de febrero de 1953*, en A.D.C. VI-III, julio-septiembre 1953, p. 742.

(648) PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. II, 2, C, p. 197, recoge y comparte esta opinión.

(649) FRANCISCO BONET RAMÓN, *Comentario a la S. de 12 de abril de 1944*, en R.D.P. XXVIII, junio 1944, p. 551.

(650) Julián DÁVILA GARCÍA, “Herederos o legitimarios. Actos o contratos simulados”, en R.C.D. I, XXI, febrero 1945, pp. 106 y ss.

mismo modo que el acreedor defraudado que cobre, pierde su acción". En conclusión, a su juicio, el legitimario, como tal, "carece de acción de nulidad respecto del contrato simulado" y lo razona así:

"El legitimario que se considera perjudicado por un acto del causante puede obtener la *rescisión* del mismo. Pero rescindir es distinto de anular. Con la rescisión se obtiene solamente compensación por el daño económico sufrido (ineficacia suficiente). Con la nulidad se declara la inexistencia del acto (ineficacia absoluta) sin que la causa sea la existencia de un perjuicio. La acción de inoficiosidad es siempre acción rescisoria (arts. 654, 820 y siguientes del Código civil), y, por ello, se reducen sus actos hasta el límite necesario para completar la legítima, y en todo lo demás queda mantenido el acto o contrato. Y es que el acto o contrato que merma o disminuye la legítima no es nulo sino rescindible. De igual forma que el acreedor en la acción pauliana y en todos los supuestos de rescisión (Sentencia de 10 de diciembre de 1904)".

Y agota el argumento, aduciendo *ad absurdum*: "Si el legitimario tuviera acciones de nulidad resultarían favorecidos con el éxito de su acción todas las personas que tienen en el caudal hereditario parte alícuota. El heredero voluntario, el legatario de parte alícuota y el mismo legitimario, en cuanto participa en esta forma, sería beneficiada en la parte de libre disposición. Por ese camino, solicitando el legitimario la nulidad, se beneficiaría el heredero voluntario y el mismo, y solicitándolo el heredero voluntario se perdería el juicio" [conforme el criterio de la S. 30 junio 1944, que le consideró no legitimado para reclamarlo].

Este criterio fue mantenido también por Virgili Sorribes (651): "Supongamos que el testador simuló venta de parte de sus bienes para perjudicar la legítima de su heredero forzoso instituido heredero voluntario. ¿Podría impugnar tal acto el heredero voluntario—forzoso—? Como heredero voluntario, *no*; como heredero forzoso, *sí hasta cubrir su legítima*" (652).

114. Tal vez se alegue la posibilidad de que la *operación, en su conjunto pudo haberse efectuado en fraude de ley y, consiguientemente, en infracción del artículo 4.º del Código civil*.

Pero esto no puede ser así sino en la misma medida en que el negocio real, pero disimulado, infrinja una norma a la que escaparía el negocio simulado, como una prohibición o limitación de donar, ya sea emanada directamente de la ley, o bien derivada de la protección de que ésta inviste a la voluntad de un disponente anterior

(651) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, "Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzoso no es heredero)", 3, B, en R.C.D.I. XXI, julio-agosto 1945, p. 491.

(652) Exponen las opiniones de BONET RAMÓN y DÁVILA GARCÍA, sin definir claramente su propio criterio, LUIS GÓMEZ MORÁN, "Tratado Teórico Práctico de Particiones", Madrid, 1950, cap. III, pp. 331 y s., y FEDERICO PUIG PEÑA, "Tratado...", V-III, cap. XIV, 5, A, nota 29, p. 397.

que hubiera limitado las facultades dispositivas que el simulante pretende traspasar. Así, vemos que el *fraus legis*, en materia de simulación relativa, efectuada para disimular una donación, nada añade a la nulidad absoluta de la donación disimulada dimanante de la falta de aptitud dispositiva del transmitente, o de su infracción de una prohibición de disponer a título gratuito. Y, tratándose de burlar las legítimas, cualquiera que sea la intención del disponente, no hay objetivamente fraude de ley, sino en tanto y en cuanto resulte lesionada alguna legítima; es decir, en cuanto la donación disimulada sea inoficiosa, será, reducible por esa razón.

Destruído el artificio simulado, y descubierto el negocio disimulado, también queda destruido el fraude, puesto que cara a cara de la ley queda el negocio disimulado al que directamente puede aplicársele ésta. En él no hay fraude; el fraude se intentó con la simulación que ha sido descubierta y, consiguientemente, destruida.

Por ello, no parece, pues, que deba ser hoy posible aplicar una invalidación por fraude a la donación disimulada en medida superior a la que le afectaría de haberse hecho sin disfraz. Y si, a ésta, ciertamente no le es aplicable la, un tiempo discutida, inoficiosidad *re et consilio*, no sabemos ver el cauce preciso para aplicarla a las donaciones disimuladas. Cosa distinta sería si la transmisión simulada no tuviera ni siquiera internamente *animus donandi*, sino que únicamente hubiera obedecido a la intención de defraudar alguna legítima, porque entonces no habría donación alguna disimulada y la simulación sería absoluta. Pero si, además de aquel *animus fraudanti*, hay un *animus donandi*: ambos recaen en la donación, pero aquél queda circunscrito tan sólo a la medida en que ésta sea inoficiosa, puesto que en los demás la donación es posible legalmente sin limitación alguna.

115. La legitimación del legitimario para impugnar los actos simulados por su *de cuius*, ha sido explicada en los considerandos comprendidos entre el 2.º y la mitad del 5.º de la citada S. 3 abril 1962, que declaran:

“...que, por aplicación del principio de respeto a los actos propios, el heredero no podrá atacar los actos del causante, que por ser jurídicamente eficaces en sí mismos resultarían inatacables para el propio causante, mientras el heredero actúe simplemente en ejercicio de los derechos del causante, y no cuando invoque derechos propios, que, aunque referidos a la herencia, le coloquen frente a ella en la posición de tercero, porque entonces el monomio causante-heredero se desdoblará y surgirá, en discriminación de las respectivas personalidades, el binomio heredero como sucesor del causante, por un lado, y, por otro, el heredero como titular frente al causante de un derecho que le autoriza a desconocer los actos de éste”.

“...que el heredero voluntario está obligado a respetar los actos propios del causante, eficaces en derecho, como estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circuns-

tancia de que por ello se haya minorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado su interés en la herencia, pero estará legitimado para impugnarlos cuando ejercite acciones que hubiese podido ejercitar el propio causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesoria, mientras el heredero forzoso, amparado por el principio de la inviolabilidad de la legítima, tiene acción para impugnar los actos de su causante que se hubiesen realizado en perjuicio de su derecho, no pudiendo oponérsele que como sucesor está obligado a pasar por dichos actos cuando precisamente éstos se simularon en menoscabo de su derecho de sucesión prestablecido en la Ley, y al no tener existencia real no podía prevalecer sobre este derecho”.

“...que la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impunar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 de enero de 1950, que como resulta de lo declarado en sentencias de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en este aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión”.

“...como reconoce la sentencia de 11 de marzo de 1960, que aún cuando se haya puesto en tela de juicio la posibilidad de que un heredero voluntario, en calidad de sucesor del causante, pueda impugnar los actos del *de cuius*, no han dejado de ponerse a salvo para esos actos impugnatorios los intereses de los herederos legitimarios...”.

La S. de 19 de enero de 1950 afirmó que, “como resulta de lo declarado por este Tribunal en sus Ss. de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944, el hecho de la sucesión, con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación puedan resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que los otorgan sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disimularlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino

que se asimila, en ese aspecto, a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al derecho y la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión...”.

116. Es de destacar, que las consideraciones expuestas por el Tribunal Supremo en sus transcritos razonamientos muestran el distinto carácter de la legitimación que ostentan el heredero y el legitimario para impugnar los actos simulados por el causante:

a) El heredero voluntario lo está como sucesor de aquél y en la medida en que éste hubiera podido ejercitar las acciones consiguientes; y, como a él, le afectará la doctrina de los actos propios del mismo causante.

b) El legitimario en cambio, lo está como interesado, en virtud de un derecho propio derivado de la norma que preestablece los derechos sucesorios que deben corresponderle; es decir, en cuanto dimana del principio de inviolabilidad de su legítima (653). Por ello puede actuar como un tercero respecto del causante (654). Y por eso, como subraya Díez Picazo (655), este “ataque del legitimario a los actos del causante, no es un auténtico “venire contra factum proprium”, “no ejercita un derecho que el causante le haya transmitido, sino su propio derecho de legítima y las acciones que lo protegen”

O sea, como destaca Santamaría Ansa (656), la doctrina jurisprudencial “se asienta sobre la distinción entre interés legítimo amparado en un derecho establecido en la ley, que es el que ostenta el heredero forzoso en razón a la legítima, perjudicada por el acto del causante que se pretende impugnar, y el simple interés derivado de la institución a título voluntario, que no está amparada por ningún derecho extraño a la propia institución”. “El heredero forzoso, cuando actúa en defensa de su legítima, puede desenvolver su actuación frente a la voluntad del causante, porque esta voluntad debe entenderse ineficaz en Derecho; el heredero voluntario está obligado a las consecuencias de los actos propios de su causante, aunque perjudiquen su interés en la sucesión.”

Ahora bien, esta diferente legitimación está determinada por un *distinto interés jurídico*, en uno y otro caso, que si determina una diversidad de supuestos de posible actuación —dependiente para el heredero voluntario de las del causante e independientes las del legitimario—, también lógicamente debe determinar cuál ha de ser la

(653) PUIG BRUTAU, “Fundamentos...”, V-III, cap. III, 2, II, A, a, p. 181.

(654) En este sentido pueden citarse además de la S. de 3 de abril de 1962 —antes examinada—, las Ss. de 12 de abril de 1916, 11 de octubre de 1943, 12 de abril de 1944, 25 de junio de 1946, 19 de enero de 1950, 3 de diciembre de 1953, 11 de marzo de 1960, ampliamente comentadas por SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., pp. 277 y ss.

(655) DÍEZ PICAZO, op. y loc. últ. cit., p. 235.

(656) SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., p. 281.

amplitud cuantitativa de los efectos de la respectiva acción, en caso de prosperar.

El heredero voluntario tendrá la misma acción de nulidad absoluta, anulabilidad, resolución o rescisión que asistía al causante y que, consiguientemente, éste transmitió a sus herederos. Puesto que su interés es el mismo de aquél a quien ha sucedido, idéntica será su legitimación, al menos en cuanto el causante, cumpliendo formalidades testamentarias, no le haya impuesto la aceptación y convalidación del acto que él pudiera impugnar.

En cambio, *el interés* que legitima al legitimario como tal para su impugnación, es, como hemos visto, un interés distinto, al que su propia *ratio*, le circunscribe cuantitativamente los límites de su reclamación. Así lo comprende Santamaría Ansa (657): “en el caso de la donación hecha en fraude de la legítima, bajo apariencia de una enajenación con causa simulada, el heredero forzoso que la impugne podrá pretender la invalidación de esta enajenación en cuanto merme su legítima, pero la donación libre y voluntariamente otorgada será eficaz en el resto”.

Con ello reconoce de hecho la razón de las afirmaciones de Bonet Ramón (658), de que el legitimario “no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto más que hasta integrar su cuota legitimaria”; de Dávila García (659), de que el legitimario no puede pedir sino la rescisión por inoficiosidad de esas donaciones disimuladas, pero no la nulidad del contrato simulado, y de Virgili Sorribes (660), de que la impugnación que el heredero forzoso puede hacer como tal contra los negocios simulados por su causante en perjuicio de su legítima, queda circunscrita sólo “hasta cubrir su legítima”. El argumento *ab absurdum* de Dávila es correcto: ni el legitimario puede beneficiarse más de lo que importe su interés legítimo, ni lo actuado por él ha de beneficiar al heredero voluntario en cuanto éste carezca de interés legítimo para reclamarlo.

Esa distinción no desaparece cuando en una misma persona se reúnen las cualidades de heredero voluntario y de legitimario. Podrá actuar en un concepto o en el otro, puesto que éste no es absorbido por aquél (661). Pero, según cual sea el concepto en que actúe, vendrán predeterminadas sus posibilidades y el ámbito de su acción.

Por una parte, como declaró la S. de 12 de abril de 1944, ni la doctrina de los actos propios ni las consecuencias que se derivan del hecho de la sucesión, conforme a los artículos 659, 661, 1.257 y 1.258 del Código civil, “pueden impedir a un legitimario impugnar por simulación los actos de su causante que cedan en peculiar perjuicio de derechos sustraídos a la disposición del testador, so pena de contrariar el espíritu de las disposiciones encaminadas a velar por la

(657) SANTAMARÍA, op. cit., p. 282.

(658) BONET RAMÓN, cfr. supra nota 968.

(659) DÁVILA GARCÍA, *ibid.* nota 979.

(660) VIRGILI SORRIBES, *ibid.*, nota 980.

(661) Cfr. nuestro estudio “Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas”, n. 13, A.D.C., XXV-I, pp. 48 y s.

defensa de la legítima, frente a los actos ilícitos encaminados a amyorarla o a hacerla totalmente ilusoria". Razonamiento al que Díez Picazo (662) ha glosado: "El hecho de ser heredero de la vendedora, no impide que un legitimario impugne la venta realizada precisamente en perjuicio de la legítima. La aceptación de la herencia no hace desaparecer las acciones encaminadas a la protección y defensa de los derechos legitimarios."

De otra parte, los actos que, como heredero del causante, no puede impugnar el legitimario, que en cambio está legitimado en este último concepto de legitimario para impugnarlos en cuanto perjudiquen a su legítima; si en ese concepto los impugna con éxito, no deben aprovecharle en mayor medida como heredero voluntario, puesto que su interés jurídicamente protegido tiene como límite aquel perjuicio.

XIII. SITUACION DE LOS LEGITIMARIOS RESPECTO DE LAS ENAJENACIONES A TITULO ONEROSO VERIFICADAS POR SU CAUSANTE DE BIENES A ELLOS PERTENECIENTES, O A ELLOS DESTINADOS POR OTRO TITULO

Nos hallamos ante la hipótesis típica de que el padre haya enajenado bienes del peculio de su hijo menor de edad, o bienes sometidos a fideicomiso o reserva y destinados por estos títulos al propio hijo. ¿Cuál será la situación de éste frente a estas enajenaciones? ¿Dependerá de que sea heredero, puro o a beneficio de inventario, o legatario del padre? ¿Qué juego tendrá aquí su condición de legitimario? La cuestión no es nueva, como vamos a ver.

A) PLANTEAMIENTO POR LOS AUTORES CASTELLANOS SIGUIENDO EL CRITERIO DE LOS AUTORES DE DERECHO COMÚN.

117. Estos autores distinguieron cuidadosamente según fuese o no herederos el hijo del padre enajenante de bienes que debía restituirle por cualquier causa (peculio adventicio, fideicomiso, feudo mayorazgo). Como ellos, separaremos ambos supuestos (663).

a) *Hijo no heredero del padre enajenante* (por renuncia, desheredación u otra causa).

Para esta hipótesis la cuestión se centró en torno al criterio de dos textos, la ley 1 *Cod. De bonis maternis* (VI-LX, 1) y la ley 24, tít. XIII, 5.^a Partida, versículos 3.^o y 4.^o.

La ley 1, *Cod. VI-LX*, ocupándose del peculio adventicio, concluye advirtiendo a quien adquiere bienes del mismo, enajenados por

(662) Díez PICAZO, op. últ. cit. Apéndice, 158, pp. 379 y s.

(663) Nos habíamos ocupado ampliamente de esas opiniones de estos autores en "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil", vol. II, n. 44, A, Madrid, 1957, pp. 367 y ss

el padre, que no podrá oponer prescripción alguna a los hijos que los reivindiquen.

En cambio, los referidos versículos 3.º y 4.º de la ley 24, tít. XIII de la 5.ª Partida, declararon respecto de los mismos bienes: “E si por aventura los enajenasse, fincarían por ende obligados, e empeñados al fijo los bienes del padre, después de su muerte fasta que recibiese entrega dellos, de aquello que el padre lo ouiesse enagenado, o malmetido. E si por aventura, en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos, que non compliessen, o que ouiesse el padre embargados, o mal parados en alguna manera; entonces, puede demandar sus bienes a quien quier que los fallen, e deuelos cobrar.”

Algunos autores, como Antonio Genez (664) y Covarrubias (665), interpretaron literalmente la ley de Partidas, si bien el segundo la criticó duramente.

En cambio, Gregorio López (666) e Ibáñez de Faría (667) trataron de concordarlas, aunque con criterios distintos.

El primero, para conciliar ambos textos, propuso cuatro posibles soluciones:

1.ª Que se aplicará la ley de Partidas cuando el hijo prefiriera usar la acción personal contra los herederos del padre o la hipotecaria contra los poseedores de los bienes del mismo, a la de dominio contra los poseedores de la cosa de su propiedad enajenada por el padre.

2.ª Que sólo fuera aplicable cuando el padre realizara lícitamente la enajenación, pero no empleara el precio en provecho del hijo (pero él mismo rechazó esta segunda explicación: porque las palabras de la Ley se refieren al supuesto de ser la enajenación ilícita porque de ser lícita no parece aceptable que los adquirentes deban responder del correcto empleo del precio de los bienes).

3.ª Que esa Ley sólo era aplicable a la enajenación de cosas fungibles, conforme lo anotado por Angelo a la Novela 108, capítulo 2, versículo *ex illo supleri*.

4.ª Que únicamente se refería a las cosas dotales estimadas, mas no a las inestimadas.

Concluyendo, que “para poner de acuerdo esta ley de Partida con el Derecho común, y al efecto de evitar un absurdo, es preciso escoger entre la primera, la tercera o la cuarta interpretación, por más que parezcan algún tanto aventuradas”.

Ibáñez de Faría entendió que la ley 1, *De Bonis maternis*, del *Codex*, se ocupó del padre que enajenó como propios los bienes de

(664) ANTONIO GÓMEZ, “Opus... super legibus Tauri”, in *legem*, XLVIII, n. 16, fol. 245.

(665) COVARRUBIAS, “Variarum...”, Lib. I, Cap. VII, n. 5, in “Opera Omnia”, cit. vol. p. 197.

(666) GREGORIO LÓPEZ, gl. a la ley 24, tít. XIII, P. 5.º, cfr. ed. cit., vol. III, p. 316.

(667) IBÁÑEZ DE FARIÁ, *Adiciones a las Varias resoluciones de Covarrubias*, lib. I, cap. VII, nn. 32 y 33, ed. Collinae Allobrogum 1728, p. 50.

sus hijos, y la de Partidas de cuando al enajenarlos actuó como legítimo administrador de los mismos. Y estimó justas ambas soluciones aplicadas en estos términos, pues si el padre actuó como administrador de los bienes de los hijos, que en caso de necesidad podía enajenar, el hecho de que éste hubiese usado mal tal facultad, sería determinante de que resultase más razonable que primero respondieran los bienes del padre que los de los terceros poseedores.

También Gregorio López, hacia el final de la glosa referida, y apoyándose en la ley glosada, afirmó que si el padre ha fundado un mayorazgo a favor del hijo del segundo matrimonio con bienes comprados con dinero perteneciente a los hijos del primero, puede sostenerse que este mayorazgo subsistirá, limitándose el derecho de los hijos del primero a la demanda del dinero que les pertenecía. Criterio que estimó de acuerdo con lo anotado por Baldo en el § penúltimo de *his qui feud. dar. poss.*, cl. 4.

b) *Hijo heredero del padre enajenante.*

118. Si el hijo fue instituido heredero universal por su padre y aceptó la herencia sin utilizar el beneficio de inventario, la mayor parte de la doctrina entendió, que no podía reivindicar en caso alguno los bienes adventicios, ni los demás sujetos a restitución a su favor, que hubiese enajenado su padre y causante. No obstante, no faltaron quienes, para diversos supuestos, sostuvieron otras soluciones. Así:

1.º Pedro de Peralta (668) opinó que si la enajenación hecha por el causante es inválida, el heredero puede accionar contra ella. Criterio que el portugués Arias Pinelo (669) aplicó a la reivindicación de bienes de mayorazgo enajenados, y que limitaron Peláez de Mieres (670) y Hermenegildo de Roxas (671) al supuesto de que la enajenación se hubiera efectuado con ánimo fraudulento.

2.º Rodrigo Suárez (672), Gregorio López (673), Antonio Gó-

(668) Pedro DE PERALTA, in rubr. de hered. instit., núm. 79 y concretamente para los mayorazgos, núm. 95 y pág. 54 (citado por PELÁEZ DE MIERES).

(669) "Arii Pinelli lusitani, Iurisconsulti ad constitutiones Cod. De bonis maternis doctissime amplisimique Commentarii, quibus maternae successione iure felicitas explicantur" (Lugduni, 1560), Lex prima Tertia pars. núm. 99, pp. 572 y ss.

(670) Melchor PELÁEZ DE MIERES, op. cit., Cuarta pars, Quaest XIV, n. 2.º, fol. 449 vto., concluyó; "Quod primogenitus licet sit haeres patris, potest agere revocatoria, si pater in illius fraudem vendidit feudum primogeniturae".

(671) Hermenegildo DE ROXAS, "Tractatus de incompatibilitate Regnorum et Majoratum», Pars. V, cap. VI, cfr. ed. Dugduni, 1745, n. 26, "Nona limitatio: quando antecessor alienasset rem, vel. res ad Maioratus pertinentes, in fraudem filii primogeniti vel alterius successoris in Maioratu, qui postea sit successor et haeres patris antecessoris".

(672) RODRIGO SUÁREZ, "Repetitionis Legis Quoniam in Prioribus Cod. de inoff testamentum", *ampliatio septima*, n. 6. en "Opera Omnia", ed Duaci, 1614, pág. 398.

(673) Gregorio LÓPEZ, gil. últ. cit.: "Empero, si no hizo inventario, el hijo heredero universal deberá respetar las enajenaciones hechas por el padre.

mez (674), Covarruvias (675), el Dr. Luis de Molina Morales (676), Alfonso de Guzmán (677) y el portugués Alvaro Velasco (678) sostuvieron la total irreivindicabilidad por el heredero, apoyándose, de una parte, en la ley *Vindicantem* (Dig. XI-II, 17) y, de otra, en la *Heredem* (Dig. L-XVII, 59). Aquélla proclamó que el vendedor que reivindicaba la cosa que él mismo vendió puede ser repelido con la excepción de dolo, aunque haya adquirido el dominio por otro título de derecho, “porque sin probidad intenta hacer objeto de evicción una cosa vendida por él”. La segunda proclamó: “*Heredem eiusdem potestatis, iurisque, esse, cuius fuit defuntus, constat*”. Concretamente se halló una solución análoga en la ley *Filium*, 31 del título *De liberali causa* (Dig. XL-XII), que prohibía al hijo heredero del padre que reclamase la esclavitud del manumitido por su padre.

Frente al argumento de que, tratándose de una venta nula o prohibida por la ley, puede pedirse su nulidad incluso por los hijos que sean herederos del enajenante, ya que es posible ir contra los propios actos si fueron hechos contra ley, replicó Velasco (679), que sólo es inaplicable el axioma de que no es posible ir contra los propios actos si fueron hechos contra la ley, en dos casos: cuando la nulidad fue introducida en favor del enajenante, o bien cuando la ley la ordenó en interés público. Y que en los supuestos que discutimos, la prohibición no se dispuso a favor de aquél, sino *intuiti filiorum*, y éstos, como herederos de su padre, no pueden reclamar la nulidad de lo obrado por éste, puesto que el mismo padre no pudo demandarlo.

A los que estimaban admisible la reclamación entablada por el hijo, heredero de su padre, en el caso de que éste hubiere realizado la enajenación *para defraudarle*, se replicó (680): que no puede presumirse la intención fraudulenta; que el heredero aceptante, puesto que se lucra con la herencia, debe pechar con sus obligaciones, y que con la adición consiente los actos realizados por su causante, incluso los fraudulentos, de los que sin duda responde el aceptante como heredero suyo.

como si él las hubiese verificado, según BALDO en d. ley 6, Cod. Und. liber., col. 7.^a.

(674) ANTONIO GÓMEZ, op. últ. cit., in *legem XI Tauri*, n. 84, vers. *Iusta quod tamen notabiliter quero*, en el inciso en que afirma, “quod non tenetur stare contractui si non est successor eius universalis”.

(675) COVARRUVIAS, “In titulum de testamentis interpretatio”, *caput. Primum*, n. 13, en “Opera Omnia”, cit. vol. II, p. 26.

(676) LUIS DE MOLINA, “De primogeniorum hispanorum...”, cit., lib. IV, cap. I, n. 17, p. 572.

(677) ALFONSO DE GUZMÁN, “De evictionibus”, cfr. ed. Lugduni, 1676, Quaest. XXXVIII, n. 19, p. 215, donde apoyándose en la autoridad de BALDO y BARTOLO, afirma que “heres adeundo contrahit veram obligationem de observando disposita per defunctum, ita quod etiam si praetendat bona iure proprio vigore fideicommissi, exceptione repellatur”.

(678) ALVARO VELASCO, “Decisionum, consultationum ad rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae”, Consult. LXIX, n. 10, cfr. ed. Coloniae Allabrogum, 1735, p. 144.

(679) VELASCO, n. 14, p. 145.

(680) VELASCO, n. 15, p. 146.

Si el hijo sólo heredó una cuota del *as* hereditario, se estimó que únicamente en la proporción correspondiente a esa cuota debía devengársele la reivindicación.

II. Si el hijo utilizó el *beneficio de inventario*, predominó la opinión (681) de que debía respetar la enajenación en cuanto montare el valor inventariado que le correspondiere.

III. Si el hijo sólo heredó a su padre la *legítima* y utilizó, además, el *beneficio de inventario*, la cuestión fue muy controvertida como ya lo había sido entre glosadores y comentaristas.

La opinión negativa de Baldo, Saliceto, Paulo, Alejandro, Jasón, Corneo y Jacovino, fue seguida por Rodrigo Suárez (682), Covarruvias (683), el Doctor Luis de Molina (684) y Alvaro Velasco (685), razonando el primero de estos cuatro que si el hijo venciera al comprador, éste resultaría acreedor de la herencia que le debería la evicción y, como tal acreedor, sería preferente el hijo incluso en su *legítima*.

La opinión de Angelo y Bartolo fue sustentada por Gregorio López (686) y Hermenegildo de Roxas (687), sosteniendo que en cuanto no hubiese cubierto su *legítima* el hijo podía contravenir lo obrado por su causante. Y Arias Pinelo (688), abundando en este criterio, opuso a los argumentos de Rodrigo Suárez que, ciertamente, al resultar el comprador vencido acreedor de la herencia, disminuiría el montante de la *legítima* en el precio e intereses de la evicción, pero que de esto sólo resultaba que, una vez computada la *legítima* con deducción de las deudas de la herencia, incluyéndose entre ellas la obligación de prestar evicción, el legitimario podía vindicar la cosa sin que su acción pudiese ser rechazada, sino por cuanto hubiese recibido él por encima de su *legítima*.

Como ya hicimos notar en el estudio a que venimos refiriéndonos, la disparidad de ambas tesis radica en que respectivamente se refieren, la primera, a un supuesto de *legítima* recibida como *pars hereditatis* y, la segunda al supuesto de obtenerse como *pars bonorum* o activo líquido.

IV. Si el hijo recibió la *legítima* a título de legado, o como ins-

(681) Ver: RODRIGO SUÁREZ, loc. cit., n. 7, p. 399; Gregorio LÓPEZ, glo. y loc. últ. cit.; Antonio GÓMEZ, op. últ. cit., in legem XLVIII, n. 16, fol. 245 (“nisi talis filiis sit heredes patris”: “quia tunc pro ea parte pro qua est heres, non potest agere”); ARIAS PINELO, op. cit., n. 79, vers. “Eadem conclusio”, pp. 513 y ss.; PELÁEZ DE MIERES, loc. últ. cit., n. 3, fol. 450; Hermenegildo de ROXAS, loc. cit., n. 25, p. 250 (este autor explicó: “Ratio es quia heres raepresentat personam sui antecessoris pro ea parte quam est haeres: quod vero ad aliis partes, dicitur extraneus”). VALASCO, loc. cit., nn. 9 y 10.

(682) Rodrigo SUÁREZ, loc. cit., n. II, p. 399.

(683) COVARRUVIAS, “In tit. de Testam.”, cap. I, n. 13 (vol. cit., p. 26), donde propone: “compensationis legitimae cum ista re alienata”.

(684) Luis DE MOLINA, “Primogeniarum...”, lib. y cap. cit., n. 26, p. 573.

(685) Alvaro VALASCO, loc. cit., n. 7, pp. 143 y ss. y n. 10, pp. 144 y ss.

(686) Gregorio LÓPEZ, loc. últ. cit.

(687) Hermenegildo DE ROXAS, loc. últ. cit., n. 27, *décima succedit*.

(688) ARIAS PINELO, op. cit., n. 80, pp. 516 y ss.

tituido "in re certa" concurrido con otros llamados "ex asse", se estimó que su vindicación no podía ser rechazada, aunque con ella se reduciría el montante de su legítima al reducirse el líquido hereditario por la obligación de evicción consiguiente. Así lo vemos afirmado por Rodrigo Suárez (689), Alvaro Valasco (690), Hermenegildo de Roxas (691) y el Doctor Luis de Molina (692), quien después de afirmar que el legitimario heredero puede ser rechazado en su vindicación en proporción a su cuota, precisó que esto se entiende en el supuesto de haber sido instituido el hijo en su cuota, pero no así cuando en *quota bonorum*, o sea en su legítima como tal, o si en cosa cierta hubiese sido instituido concurriendo heredero universal, ya que en estos casos no sucede *iure hereditario*, ni se le transmiten las acciones activas ni pasivas, y, consecuentemente, ni puede rechazarse su reivindicación de las cosas enajenadas por su padre, aunque de su *quota bonorum* deba detraerse lo debido por la evicción que la disminuye consiguientemente.

119. En el siglo XVII, Febrero (693) aplicó el criterio de la referida ley de Partidas, con cita de Covarruvias y Arias Pinelo, para afirmar que los reservatarios tampoco pueden reivindicar los bienes reservables, después de muerto el padre bínubo, si aceptan su herencia sin hacer previa excusión en los paternos, pues como herederos universales están obligados a observar los contratos celebrados por su causante; y, así, sólo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables podrá repetir contra el poseedor; pero, si la renuncian, no necesitan hacer excusión para intentar su repetición. Igual criterio vemos mantenido, cerca de un siglo después, por Benito Gutiérrez Fernández (694), que insistió en la aplicación de la ley 24, tít. XIII, P. 5.º, en contra del intento conciliatorio de Gregorio López e Ibáñez de Faría.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la S. de 21 de mayo de 1861, lo limitó a no requerir la previa excusión de los bienes del padre para que el hijo, que renunció a la herencia del mismo, pudiese reclamar los bienes reservables enajenados por éste (695). Crite-

(689) Rodrigo SUÁREZ, loc. cit., n. 12, pp. 400 y ss.

(690) Alvaro VALASCO, loc. cit., n. 10, vers. Quintus casus est, p. 145.

(691) Hermenegildo DE ROXAS, op. y loc. cit., n. 34, p. 251.

(692) Doctor Luis DE MOLINA, loc. últ. cit., n. 27, p. 574.

(693) Josef FEBRERO, "Librería de escribanos", Parte segunda, t. II (Madrid, 1781), lib. II, cap. II, § II, n. 35, p. 357. Ver también la versión de Joseph MARCOS GUTIÉRREZ, "Febrero reformado y anotado", P. II, t. IV, p. 151, lib. II, cap. V, § 2, n. 32, y la de Eugenio DE TAPIA, en su versión "Febrero novísimo", t. I, p. 585, lib. II, tít. II, cap. XXIV, n. 32.

(694) Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. cit., vol. III, p. 656, lib. III, cap. VI, sec. IV, final, art. 4.

(695) Así, después del Código civil los primeros colaboradores de MANRESA (cfr. en vol. III, p. 301 de la 6.ª ed. su referencia) y VALVERDE MARURI, basado en que los reservatarios sólo disponían de acción rescisoria y no de nulidad ni reivindicación contra las enajenaciones del reservista (cfr. la referencia de SCAEVOLA, op. cit., vol. XVIII, p. 288), siguieron opinando que el reservatario debía hacer previa excusión de los bienes del reservatario antes de dirigirse contra el adquirente de los bienes.

rio que también presupone, en un *obiter dictum*, el segundo considerando de la Sentencia de 16 de junio de 1862, pues afirma que los derechos que concede a los hijos la ley 24, tít. XIII, P. 5.^a, es para el caso de que el hijo no quiera ser heredero ni haber parte en los bienes del padre. Y que siguió la Sentencia de 26 de enero de 1874, al proclamar en su quinto considerando, “que D. J. F. S. al reivindicar, como dueño después del fallecimiento de su padre D. M. W. y después de haber renunciado la herencia del mismo, la casa sita en el pueblo de B., calle del P., número 17, objeto de este pleito, que su indicado padre había adquirido por sucesión intestada de su otro hijo del mismo matrimonio, D. M. L., ha estado en su perfecto derecho, así como lo ha estado al solicitar simultáneamente que se declare nula y de ningún valor ni efecto la venta que de dicha finca hizo el D. M. W. en 29 de octubre de 1850”.

Y, en cambio, la posibilidad de oponerse a la reivindicación intentada por el hijo que aceptó la herencia de su padre —el reservista enajenante—, la reiteró la Sentencia de 4 de julio de 1896 de acuerdo con la doctrina del Derecho común, al destacar su primer considerando que a los hijos sólo les es posible entablar la reclamación “cuando no fuesen herederos del mismo [padre enajenante], pues si quisiesen heredarle carecerían de acción para hacer dicha reclamación porque en tal caso están obligados a guardar todos los pleitos derechos que al padre hubiese hecho y no ir contra ellos, [lo cual] se funda evidentemente en el principio consignado en las mismas leyes de que quien hereda sucede en todos los bienes del difunto, y así en sus derechos como en sus obligaciones, porque sería contradictorio que quien como heredero tiene el deber de salir a la defensa del que contrató con su causante cuando un tercero le perturbe en la posesión del derecho adquirido, fuese quien le perturbare, no siendo por una acción que el difunto hubiese podido ejercitar en vida”.

B) EL PROBLEMA DESPUÉS DE PROMULGADO EL CÓDIGO CIVIL.

120. Antes de abordar el tema debemos delimitar su exacto contenido, para lo cual hemos de excluir de nuestro objeto las enajenaciones total o parcialmente simuladas y las verificadas en fraude, sea de la relación de que se trate o bien de la legítima, así como las enajenaciones que se hallen sometidas a la condición o al término resolutorio de la no consolidación del derecho del transferente. El problema se centra en el examen de las enajenaciones verificadas sin simulación alguna ni fraude compartido por transmitente y adquirente, sino realizadas con ánimo dispositivo definitivo, pero sobrepasando el poder dispositivo del transferente. Razón por la cual, los destinatarios de estos bienes pueden reclamar la ineficacia de la enajenación; pero los herederos del transmitente han de responder de evicción al adquirente que sufra la reivindicación.

Hemos visto que el Tribunal Supremo, con posterioridad a la vigencia del Código civil, aunque referente a un caso anterior en la Sentencia de 4 de julio de 1896, negó al hijo heredero del padre

enajenante la reivindicación de bienes reservables que éste había vendido. Sin embargo, esa referencia al Derecho anterior al Código, como notó Scaevola (696): “La mayor importancia de esta doctrina es la de haber sido publicada varios años después el Código sin que el Tribunal Supremo se preocupara de la posibilidad de su derogación. Por el contrario, la sentencia se refiere a principios jurídicos constantes, y saca deducciones de la propia naturaleza del derecho hereditario, que no ha sufrido modificación en el Código, y hace creer que el Tribunal Supremo sostiene la misma opinión después de derogada la ley 24, tít. XIII, de la Partida 5.ª.”

La Sentencia de 6 de mayo de 1902, en un supuesto en que se reclamaba la nulidad de la venta de una finca y de una participación indivisa de otra, adquiridas con dinero que se afirmaba reservable y que no cubría la herencia de la reservista, declaró en su tercer considerando, que:

“Aún en el supuesto de que el mencionado móvil [de defraudar a los reservatarios] pudiese estimarse como causa de la venta, doña J. M. [la reservataria] carecería de acción para reclamar la restitución de las fincas enajenadas, porque siendo continuadora de la personalidad jurídica de su madre en el concepto de heredera de la misma, siquiera se hubiera acogido al beneficio de inventario, que no produce otros efectos que los establecidos en el artículo 1.023 del Código civil, le alcanza la regla 2.ª del artículo 1.306, que niega al culpable la facultad de repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido, cuando, como sucede en el caso actual, el otro contratante estuviese exento de culpa, doctrina que, con relación a un caso análogo, ha sido declarada por este Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de julio de 1896, alegada en el recurso.”

121. Contra el criterio de esta jurisprudencia se han manifestado Scaevola (697), De Diego (698), De Buen (699), Marín Monroy (700), Sols García (701), Ruiz Artacho (702), Santamaría (703) y Castán Tobeñas (704). Estos dos últimos autores han entendido que la antigua doctrina del Tribunal Supremo ha sido superada por la

(696) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XVII, arts. 974, 975 y 976, D, 2.º, p. 292.

(697) SCAEVOLA, loc. últ. cit., pp. 292 y ss.

(698) Felipe CLEMENTE DE DIEGO, “Dictámenes...”, vol. cit., dict. n. 42, p. 42.

(699) DE BUEN, *Notas* al “Curso...” de Colin y Capitant, vol. cit., p. 392.

(700) Antonio MARÍN MONROY, “La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución”, en R.C.D.I. VI, diciembre 1930, pp. 904 y ss. y nota 185.

(701) Pedro SOLS GARCÍA, “El heredero; ideas para su estudio”, en R.C.D.I. XX, septiembre 1944, pp. 575 y ss.

(702) J. RUIZ ARTACHO, “Algo más sobre las reservas”, en R.C.A.I. XXVII, junio 1951, pp. 435 y ss.

(703) J. SANTAMARÍA, “Comentarios...”, art. 975, vol. I, p. 920, y Juan SANTAMARÍA ANSA, “Legitimación del ...”, loc. cit., p. 282.

(704) José CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil...”, vol. VI, 1.º, 7.ª ed., Madrid, 1960, § CX, II, 5, C, b, p. 198.

general relativa a los actos en perjuicio de la legítima, que debe aplicarse también a la reserva, y que con arreglo a la doctrina sentada por la S. de 19 de enero de 1950, los reservatarios, cuando defienden sus derechos a los bienes reservables, se asimilan a los terceros con personalidad distinta a la del reservista.

Pero los argumentos esgrimidos por estos autores se detienen en un punto de la cuestión sin profundizar más en ella. En efecto:

1.º El argumento de la diversidad de títulos, prescinde de que el heredero del enajenante sufre su deber de evicción.

2.º El de la ineficacia de los actos del difunto perjudiciales a sus herederos por haber violado un precepto legal, prescinde de los derechos del adquirente por la evicción que pesará sobre el caudal hereditario, y confunde estas enajenaciones con las simuladas o en fraude de ley.

3.º En general, olvidan que los derechohabientes, que no puedan reclamar a quien compró los bienes que les correspondían, tienen en cambio, conforme al artículo 1.085 C. c., derecho a reclamar a sus coherederos que no tuvieran derecho a la cosa, indebidamente enajenada por el *de cuius*, la parte a ellos correspondiente en su valor del que se lucrarían injustificadamente en caso contrario. La obligación de evicción corresponde a todos los herederos y no sólo a quienes tenían el derecho a reclamar que pierden por tener esa condición de herederos. Por eso, es evidente que pueden reclamar a los demás coherederos la parte correspondiente a su cuota respectiva de la obligación de evicción que el *de cuius* tendría sólo a favor de los por él despojados.

4.º La reacción a la S. de 19 de enero de 1950 no parece ajustada a la cuestión, puesto que se refiere al derecho a obtener su legítima, pidiendo la reducción de las donaciones disimuladas como podrían exigir la de cualquier otra donación inoficiosa. Algo que en ningún caso niegan los sustentadores de la otra tesis, pues el supuesto en cuestión se refiere a la impugnación de una enajenación onerosa, de cuya evicción responde la herencia del enajenante, por lo cual a los herederos les corresponde esta responsabilidad, aunque por otro título tengan derecho a impugnar la enajenación, y sin perjuicio de que en las relaciones internas entre los coherederos debe compensarse al heredero perjudicado por la enajenación.

122. Por esas razones, y por las positivas que luego referiremos, se han mostrado de acuerdo con la jurisprudencia clásica, Manresa (705), Sánchez Román (706), Díaz Cobeña (707), Valverde Valverde

(705) MANRESA, "Comentarios...", vol. VII, arts. 968 a 980, II, pp. 290 y siguientes.

(706) SÁNCHEZ ROMÁN, "Curso...", vol. VI-II, cap. n. 161, e), pp. 1041 y siguientes.

(707) Luis DÍAZ COBEÑA, "Dictámenes", Madrid, 1919, dict. XV, D (20 de abril de 1908), p. 243.

de (708), Borrell y Soler (709), Royo Martínez (710), si bien éste sólo se limitó a recoger la doctrina del Tribunal Supremo, Dávila García (711), Virgili Sorribes (712), de cuyas opiniones nos hemos ocupado con detalle en nuestro estudio últimamente citado (713).

Díez Picazo (714) ha aclarado bien el alcance, en este punto, de la doctrina de los actos propios una vez distinguidos el derecho del causante y el derecho propio del heredero derivado de otro título diverso del de herencia, al observar:

“Ocurre, sin embargo, en ocasiones, que el ejercicio del derecho propio del heredero queda impedido por la aceptación de la herencia del causante, cuando la situación jurídica del causante era contraria al ejercicio de este derecho. Tomemos el siguiente ejemplo: el padre ha enajenado irregular e indebidamente los bienes del hijo; el hijo es titular de una acción dirigida a impugnar esta enajenación y a obtener la restitución de los bienes; si, antes de ejercitar esta acción, fallece el padre y el hijo acepta la herencia, el ejercicio de la acción de impugnación queda impedido. Al entablar la acción, se dice, el heredero viene contra los actos del difunto, que, como heredero está obligado a respetar. Así como el padre enajenante no podía impugnar la enajenación, tampoco puede ya hacerlo el hijo. Aquí, en rigor, no se da ninguno de los supuestos típicos de inadmisibilidad del “venire contra factum proprium”, que suponían, como hemos visto, que la pretensión y el derecho en que se funda hubieran sido transmitidos por el causante al heredero. Aquí hay una pretensión originaria del heredero, que queda impedida al aceptar la herencia del causante. Es un fenómeno semejante al de la confusión de derechos, aunque no idéntico. La confusión supone la reunión de las dos cualidades o de las dos titularidades de una relación jurídica —v. gr., acreedor y deudor— en la persona del heredero. Si el causante era acreedor y el heredero deudor, el crédito se extingue con el fenómeno sucesorio. En nuestro caso la acción se dirige contra un tercero: el adquirente de los bienes. Esta acción queda impedida por reunirse en una sola persona, a través de una sucesión “mortis causa”, la cualidad del

(708) VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., p. 480, nota 1.

(709) Antoni M. BORRELL I SOLER, *Miscel·lania Jurídica*, Rev. Jur. de Cat., XXXII, cit., p. 300.

(710) ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XX, pp. 234 y ss.: “En cuanto a los reservatarios, pueden ejercitar las acciones de impugnación de las enajenaciones a que se refiere el artículo 975, pero si tienen además el carácter de herederos del reservista, las Sentencias de 4 de julio de 1896 y 6 de mayo de 1902 han declarado que, en cuanto tales herederos, no les es lícito impugnar los actos realizados por el causante.”

(711) Julián DÁVILA GARCÍA, “Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima”, R.C.D.I. XIV, octubre 1943, pp. 667 y ss. y 670.

(712) Francisco VIRGILI SORRIBES, “Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzoso no es heredero”, en R.C.D.I. XVIII, julio-agosto 1945, pp. 488, 489 y 492 y ss.

(713) “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y...”. loc. cit., pp. 379 a 382.

(714) Luis Díez PICAZO, “La doctrina de los actos propios”, cap. IX, IV, pp. 235 y s.

titular de la acción de impugnación y la cualidad de sujeto especial-mente vinculado por el negocio, o por la situación jurídica, y obligado especialmente a respetarla. Esta "confusión" produce la extinción de la acción, siempre que con ello no quede perjudicada la legítima del heredero forzoso."

123. Nuestra opinión, concretamente con respecto a la posición de los reservatarios, la razonamos ampliamente en nuestro estudio del artículo 811 (715). Aquí nos interesa precisar, concretamente, el supuesto del reivindicante legitimario, según sea o no heredero del enajenante, supuestos respecto de los cuales recogemos las siguientes conclusiones:

a) *Si el reivindicante, que es legitimario, no es heredero del enajenante, sino legatario o simple legitimario.*

Es evidente que en este caso la reivindicación será posible y que el reclamante, por esa circunstancia de no ser heredero, no responderá de evicción (716). No obstante, aunque no esté obligado personalmente al saneamiento y la evicción, en cambio (como deuda que ésta es de la herencia, su montante disminuirá el activo líquido hereditario y, por ende, la cuantía de su legítima.

b) *Si el reivindicante, que es legitimario, es heredero del enajenante.*

En principio, como en el caso anterior, tendrá evidentemente, por una parte, derecho a los bienes indebidamente enajenados por el causante que le correspondían por otro título, y, como legitimario, al montante de su legítima. Ahora bien, la responsabilidad solidaria (art. 1.084) de todos los coherederos al saneamiento por evicción (arts. 1.461 y 1.478) de las enajenaciones de su causante (art. 661), le impedirá aquella reivindicación. A igual resultado se llega por el *principio de convalecencia*, del cual Jerónimo González (717) hace aplicación entre otros supuestos: "3. Si el mismo heredero enajenante es heredado por el verdadero titular, y éste responde ilimitadamente por las deudas de su propio causante."

No obstante, el heredero que por esta razón no pueda reivindicar los bienes que por otro título le correspondían, puede reclamarse conforme al artículo 1.085 C. c. a sus coherederos, a prorrata de las respectivas cuotas de éstos, la parte que a los mismos corresponda en la obligación de evicción y saneamiento que la herencia debe a su vez al heredero perjudicado en su derecho por no poder reclamar como tal contra la indevida enajenación del causante. Obligación que existe, aun sin necesidad de recurrir al artículo 1.083, pues esa obligación es deuda del caudal del causante, del cual debe restarse para

(715) "La Jurisprudencia...", loc. cit., pp. 384 y ss.

(716) Ver nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio", I, § 3.º, pp. 25 y ss., y II, § 6.º, F, pp. 298 y ss.

(717) Jerónimo GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Principios hipotecarios", IX, "Principio de tracto sucesivo", E, en "Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil", t. I, Madrid, 1948, pp. 421 a 424, y en R.C.D.I. III, septiembre 1927, pp. 683 y ss.

obtener el activo líquido. Y además, como legitimario, podrá éste reclamarles también, con el apoyo del artículo 815, el complemento preciso para que —además de reparársele su personal perjuicio— le quede íntegramente cubierta su legítima.

Su situación será mejor y más clara si acepta la herencia a beneficio de inventario. En ese caso, además de su derecho, frente al adquirente de los bienes indebidamente enajenados por el causante, a su valor en cuanto su adquisición hereditaria no se la cubra; deberá obtener su legítima naturalmente computada deduciendo del caudal, como integrante del pasivo, la obligación de saneamiento por los bienes indebidamente enajenados.

Pero, si no hace uso de este beneficio, sólo podrá reintegrarse repercutiendo contra los otros herederos a prorrata, en cuanto le sea posible obtenerlo. No debemos olvidar que el beneficio de inventario exige unas formalidades establecidas para garantizar a los acreedores del causante (y acreedor resulta todo comprador suyo vencido por evicción) de que no les serán ocultados ni distraídos bienes integrantes del activo hereditario:

H) NORMAS ESPECIALES DE LA COMPILACIÓN CATALANA RELACIONADAS CON ESTA MATERIA.

124. El artículo 209, § 2, dice que *“al fideicomisario no le vincularán como propios los actos que respecto del fideicomiso haya realizado el fiduciario, aunque sea su heredero, a no ser que éste le impusiere esta vinculación en el título sucesorio”*.

Pero, naturalmente, esta no vinculación no impide que el fideicomisario soporte su responsabilidad, como heredero, al saneamiento por evicción a favor del adquirente que resulte sujeto pasivo de su reivindicación, y que pueda reducir el montante de su legítima, en su caso.

Y el artículo 263 señala entre los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario: *“4.º Al heredero le vincularán los actos propios de su causante, pero en cuanto ello implique deuda hereditaria se aplicará lo dispuesto en este artículo.”* Su aplicación creemos que lleva a resultados iguales, para el supuesto que nos ocupa, de los que antes hemos hallado al estudiarlo en el régimen del Código civil, si bien esta norma de la Compilación catalana es indudable que los especifica explícitamente.

La revisión periódica del Código y de las Compilaciones civiles (*)

AMADEO DE FUENMAYOR

Profesor de la Universidad de Navarra

Ante todo, unas palabras para dar razón del tema que me propongo tratar en este I Congreso de Derecho Gallego.

El tema me fue inspirado por la circunstancia ocasional del Congreso: la revisión decenal prevista en la Compilación de 1963.

Me propongo simplemente exponer algunas reflexiones en torno al sistema de revisiones periódicas acogido por la mayoría de las recientes Compilaciones forales. Pero como quiera que el sistema trae su origen de las disposiciones adicionales del Código civil, me ha parecido oportuno examinar antes el alcance y finalidad de estas disposiciones. De tal modo espero contribuir —mediante una interpretación comparativa, método que estimo de gran utilidad— a dejar planteados algunos problemas de importancia que será necesario abordar en la reelaboración de nuestras Compilaciones civiles.

I. LAS COORDENADAS HISTÓRICAS DEL CÓDIGO Y DE LAS COMPILACIONES

Tanto el Código civil como las Compilaciones españolas —aparte de otros rasgos comunes— tienen como indudable nota que los equipara en naturaleza, al menos en un aspecto importante, la de ser creaciones humanas condicionadas por la coyuntura histórica que enmarca su respectiva aparición; creaciones humanas que, por otra parte, sufren, sin poder evitarlo, el influjo de circunstancias sobrevenidas en el horizonte de nuestro ordenamiento civil.

Por eso es fácil observar que las coordenadas del Código —es decir, las líneas que sirven para determinar su posición exacta dentro del ordenamiento civil— han variado no poco desde la fecha ya lejana de su promulgación. Y, por eso también, la estimación que hoy nos merece el Código respecto del ordenamiento civil considera-

(*) Texto de la conferencia pronunciada en La Coruña, el 25 de octubre de 1972, en el I Congreso de Derecho Gallego.

do en su conjunto no es ni puede ser la misma que en los años 1888 y 89.

Igualmente es lícito afirmar que la posición inicial de las Compilaciones dentro del ordenamiento civil —determinada en buena parte por la coyuntura histórica de su respectivo origen— no tiene por qué permanecer fija e inmutable, sino que puede desplazarse por influjo de nuevas circunstancias, entre las cuales merecē especial aprecio la tarea de los juristas encaminada a la revisión y perfeccionamiento de aquellos cuerpos legales.

1. *El Código vigente, el Código futuro y las Compilaciones*

Aquel ideal unificador proclamado en el artículo 96 de la Carta otorgada de Bayona —“Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales”— se repite en los sucesivos textos políticos hasta la Constitución de 1876. Su cumplimiento, tras numerosas tentativas, se dilata durante casi todo el siglo XIX, hasta alcanzar un éxito tan sólo relativo al dictarse el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, por el que María Cristina, con el refrendo de Alonso Martínez, ordena publicar en la Gaceta de Madrid el Código civil.

Bien puede decirse que el Código ha sido posible merced a unos gobernantes que conocen bien la sabiduría del dicho popular “lo mejor es enemigo de lo bueno”. Al recordar las graves dificultades no superadas en anteriores intentos, estos gobernantes se conforman con llevar a puerto la obra codificadora, aunque sea con renuncia de más ambiciosos objetivos, y —entre ellos— el que encierra el precepto constitucional. Por demás expresivos son los términos en que se manifiesta Silvela en el Real Decreto de 7 de enero de 1885: “No es nuestro ánimo reformar instituciones, ni innovar costumbres, ni aclimatar novedades; y deliberadamente renunciamos a utilizar esta ocasión, que a algunos parecerá propicia para recoger los trabajos y proyectos más recientes del extranjero, ensayando entre nosotros la última palabra de los escritores más acreditados... Entendemos que hay en España mayor urgencia en regularizar lo ya reformado, armonizar lo útil que de nuevo se ha traído, con lo que por acaso ha librado intacto o renacido vigoroso, que en perseguir mayores y más peregrinas conquistas; y para lograr estos fines, modestos, pero positivos, lo verdaderamente práctico es tomar la obra en el punto en que la encontramos y seguirla, variando poco su plan, hasta conseguir su remate”. Y por lo que se refiere a los Derechos forales, Silvela va a exponer un criterio también de gran prudencia: “Quizá el infrascrito —dice— lleve muy lejos su desconfianza hacia todo lo que sean reformas poco preparadas por la opinión, por el estudio de muchos, por largos sufrimientos de los perjudicados, y por evidentes demostraciones de un bien positivo, de una ganancia segura y

conocida e indiscutible en el cambio; pero tratándose de cosa tan delicada como codificar el Derecho foral, no vacila en aconsejarse de su personal timidez y abraja la confianza de que le han de acompañar en esas opiniones las Cortes, juzgando como él que hay una distancia tan considerable entre los elementos con que contamos hoy para llevar adelante el Código de Castilla y los que se han empezado a reunir para codificar en apéndices o proyectos de ley especiales el Derecho foral, que el único medio de no retardar innecesariamente la solución del primer problema y de no precipitar con notoria temeridad la del segundo consiste en separarlos”.

Ese criterio señalado por Silvela acabará por triunfar, acogido por Alonso Martínez, en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que establece el sistema de Apéndices que el Gobierno deberá presentar a las Cortes, “en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código”. Estos Apéndices que —con excepción del aragonés— no llegarán a promulgarse, aparecen ante nuestros ojos a la distancia de casi un siglo, más que como el propósito de una futura tarea legislativa, como la elegante excusa para sacar a flote el Código civil: una excusa obligada por el notorio fracaso del ideal unificador proclamado nada menos que en una norma de rango constitucional.

Otras son las coordenadas históricas de las recientes Compilaciones. No es sólo una diferencia terminológica lo que las separa de los Apéndices nonnatos. La diferencia es muy profunda, porque es también distinta la coyuntura de que proceden. Un clima nuevo —limitadas ya muchas aristas de la vieja cuestión foral— conduce a planteamientos y criterios nuevos en el Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza en 1946. Su refrendo oficial se encuentra en el Decreto de 23 de mayo de 1947, que —tras reconocer expresamente “la coexistencia en España de diferentes ordenamientos civiles, reveladores en su misma variedad de la riqueza de nuestra tradición jurídica”— manifiesta que el Gobierno inicia la preparación de un Código civil general para España, “mediante un proceso de elaboración cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales, lo que dará lugar a la comunicación de los distintos derechos hispánicos, en busca de aquellos principios comunes en que se asentó el espíritu cristiano y nacional de nuestra unidad, nuestra libertad y nuestra grandeza”.

La profunda diferencia entre las Compilaciones y los Apéndices forales estriba en su diversa situación respecto del Código civil.

Los Apéndices se conciben como piezas accesorias y complementarias del Código: accesorias, porque para ellos el Código es lo principal; y complementarias, en cuanto su función es dar cima a una obra que, con el Código, no había quedado terminada enteramente. Los Apéndices miran, en todo caso, al Código ya promulgado, al que han de completar.

Las Compilaciones —que se incorporan a un ordenamiento ju-

rídico en el que ya no existe exigencia constitucional que reclame la unificación legislativa— nacen para coexistir con el viejo Código civil, sin ser respecto de él piezas accesorias ni complementarias. Tienen —eso sí— vocación para contribuir al alumbramiento de un Código nuevo, pero esta vocación, lejos de subordinarlas al Código actual, las coloca en cierto sentido en igualdad de plano y las somete a un destino común, pues el Código actual recibe ahora, en esta etapa de las Compilaciones, la misión nueva de coexistir hasta desaparecer, tras “la comunicación de los distintos derechos hispánicos”.

2. *El pie forzado en la redacción primera del Código civil.*

Al sugerir una serie de reformas y la agregación de nuevas instituciones en el Código civil, escribía Moutón en 1908: “Muchas de las modificaciones que quedan indicadas, es justo comprender y declarar que no pudieron realizarse al redactarlo, debido a la severidad con que fue presentada la Ley de Bases de 1888, pues según la primera, el Código civil había de tomar por fundamento el proyecto de 1851, en cuanto se contenía en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del *Derecho histórico patrio*, debiendo formularse sin otro alcance y propósitos que el de *regularizar, aclarar y armonizar* los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas” (1).

Pero esa severidad de que habla Moutón significó también un pie forzado para la redacción del Código civil en otro sentido: en cuanto el artículo 5.º de la Ley de Bases establecía que “las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales”.

Sin embargo, en el orden práctico el pie forzado en la redacción del Código tendría distinta trascendencia según que la imperfección de la obra realizada afectara a los Derechos forales o al Derecho del propio Código. En el segundo caso —pronto nos detendremos a examinarlo— sólo se traduciría en lamentaciones —oficiales o privadas— y en la sugerencia o demanda de reformas. Muy otras serían las reacciones ante la obra legislativa imperfecta que se estimara

(1) MOUTÓN Y OCAMPO, *Necesidad de la revisión del Código civil*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, tomo 113, 1908, página 463.

lesiva a los Derechos forales. Y eso fue justamente lo ocurrido a propósito del artículo 15 del Código, cuya primera redacción levantó gran polvareda, por estimarla gravemente atentatoria a la efectiva vigencia de aquellos Derechos, por cuanto el respeto a su "integridad" se había convertido en una sarcasmo o ironía, toda vez que el sistema del artículo 15 conduciría en la práctica a someterlos a un proceso de liquidación, por ir desapareciendo poco a poco los sujetos a quienes aplicarlos (2).

Así se llega a un nuevo texto del artículo 15 en la edición reformada del Código civil promulgada por Real Decreto de 24 de julio de 1889. En la exposición de motivos publicada días después —por Real Orden de 29 de julio— se deja constancia de las tensiones habidas: "Una de las cuestiones más vivas y extensamente discutidas en ambas Cámaras fue la de la subsistencia del Derecho foral en las relaciones entre los habitantes de las provincias y territorios que lo conservan y los de los territorios y provincias en que rige el Derecho común. Los primeros recelaron, aunque sin razón, que el título preliminar del Código, obligatorio para todas las provincias del Reino, contenía disposiciones contrarias a sus fueros, por cuanto el artículo 12, que consagra la *subsistencia del actual régimen foral en toda su integridad*, no comprendía expresamente el Derecho foral consuetudinario; como si éste no formara parte de dicho régimen. Atentado aún más grave contra los fueros creyeron hallar en el artículo 15, por cuanto declaraba sujetos al Código a los nacidos en provincias de Derecho común, del mismo modo que la Constitución del Estado declaraba españoles a los nacidos en España. Interpretada esta disposición sin tener en cuenta la del artículo 12, que manda conservar el régimen foral en toda su integridad, razón habría para estimarla contraria a los Fueros, que no reconocen en los hijos otra condición que la de sus padres. Pero como las disposiciones de un Código no se deben interpretar aisladamente, sino en combinación con todas las otras que tienen relación con ellas habría debido entenderse el artículo 15 sin perjuicio de lo dispuesto en el 12, el cual consagra la integridad del régimen jurídico foral, en justo acatamiento al precepto claro y terminante del artículo 5.º de la Ley de 11 de mayo de 1888". Y la exposición de motivos añade: "Ya que esta interpretación no tranquilizó bastante a los que entendían de otro modo el artículo 15, la Sección ha procurado aclararlo y fijar su verdadero sentido, de suerte que no pueda quedar duda al más suspicaz de que por él no se introduce novedad alguna en el régimen jurídico de las provincias forales" (3).

(2) Cfr. RODRIGO BERCOVITZ, *La adquisición de la vecindad civil por nacimiento de un territorio distinto al de la vecindad de origen*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIII, 1970, págs. 739 y s.; MARTÍN LIRIA, *Ponencia sobre la regionalidad o vecindad civil* (Jornadas de Derecho Foral, Jaca, 27-31 agosto 1972), págs. 13 y s.

(3) Cfr. LÓPEZ Y MELÓN, *Código civil*, Madrid, 1967, págs. 30 y 31.

3. Significado de las disposiciones adicionales del Código

El Código civil establece en sus tres únicas disposiciones adicionales un sistema de revisión periódica, cuya significación, alcance y eficacia práctica conviene examinar.

El sistema, mandado establecer en la Ley de Bases (4), ha merecido, en general, elogios de los comentaristas, que ponderan su oportunidad y conveniencia.

Al decir de Moutón, el autor de la Ley de Bases “comprendió perfectamente que las necesidades que venía a satisfacer el Código civil, ni estarían por completo detalladas y cumplidas en el articulado de aquel Cuerpo legal, ni aún en el caso menos probable de que así fuera, la civilización moderna, mucho más rápida que la pasada, consentiría sin hacerlo notar, que subsistiera años y años una legislación que, como la civil, camina de progreso en progreso, sin las indispensables reformas, las ordenadas modificaciones y las atinadas alteraciones en su concepto científico y práctico. De otra suerte resultaría la Ley civil a los pocos años anticuada, con profundas lagunas, y siendo causa productora de cuestiones jurídicas que el Código más elemental debe prever y evitar” (5).

Según Manresa. “la reforma y progreso de la legislación es condición precisa de la vida del derecho positivo, el cual debe ser la expresión más exacta posible de las necesidades sociales, teniendo en cuenta las circunstancias históricas en que la nación se halle en cada época, lo cual exige que las instituciones jurídicas se vayan transformando en el curso sucesivo del tiempo, viniendo a ser esta progresiva evolución de las mismas, no una reforma arbitraria y caprichosa, sino una necesidad real e indiscutible en todas las legislaciones”. Esa es la necesidad prevista en la Base 27 (6).

“En los años de 1888 y 89 —escribía Castán— se consideraba necesaria la reforma periódica, decenal, del Código civil, para acomodar sus preceptos al desenvolvimiento natural de la vida jurídica” (7); y más tarde dirá: para armonizar la necesidad de *fijeza* que es propia de los Códigos, y especialmente los de carácter civil, con la *renovación* que el progreso y natural evolución de las instituciones

(4) “Se establecerán, con el carácter de disposiciones adicionales, las bases orgánicas necesarias para que en períodos de diez años formule la Comisión de Códigos y eleve al Gobierno las reformas que convenga introducir como resultados definitivamente adquiridos por la experiencia en la aplicación del Código, por los progresos realizados en otros países y utilizables en el nuestro, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo” (Ley de 11 de mayo de 1888, base 27, *in fine*).

(5) MOUTÓN, *loc. cit.*, pág. 433.

(6) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, XII, 2.^a ed., Madrid, 1911, págs. 969 y 980.

(7) CASTÁN, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, pág. 55.

jurídicas impone, ideó la Ley de Bases el sistema de las revisiones periódicas" (8).

"Los propios autores del Código civil reconocieron —dice Hernández Gil— las deficiencias que pudieran contener, y en las disposiciones adicionales dejaron abierto el cauce para la corrección y perfeccionamiento" (9).

Albaladejo, resumiendo la opinión de los autores, afirma que la Ley de Bases estableció un sistema de revisiones periódicas "con el fin de ir modificando aquellos puntos de la legislación codificada que lo requiriesen, bien por haberse comprobado su deficiencia inicial, bien por haber sido superados por la evolución jurídica" (10).

Para Batlle la fórmula era feliz y abría un cauce de progreso. La explica con unas interesantes observaciones: "Cuando nuestro Código civil, tras azarosa y lenta gestación se dictó, ya había cedido mucho la corriente doctrinal, hija de un filosofismo optimista, que veía en los propios códigos sistemas duraderos de soluciones perennes. Ilusión que la escuela histórica desvaneció, estableciendo el criterio de que la normas legales, que nunca pueden preverlo todo y para siempre, habían de ser flexibles para adaptarse a la circunstancia y que en todo caso habría de arbitrarse el camino para una modificación de los preceptos positivos remozando paulatinamente y en vista de la realidad cambiante, las reglas inadecuadas o caducas" (11).

A mi juicio, el significado mas profundo de las disposiciones adicionales consiste en haber establecido "un proceso de constante

(8) CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, I, vol. I, 10.^a ed., Madrid, 1962, pág. 194. "En todo sistema jurídico —escribe PRINSHEIM— existe una eterna lucha entre el logro de la certeza, estabilidad y credibilidad, de una parte, y de otra, el logro de sentencias justas, la adaptabilidad a nuevas condiciones de vida, la posibilidad de reformas" (*Cause, fonti ed effetti della codificazione*, en "Jus" VIII, 1957, pág. 548). Subrayando exageradamente esto último, dice GIORGIANI que "un Código nace ya viejo y necesita muy pronto ser revisado" (*Sulla riforma della legislazione civile*, en "Scritti in memoria di Antonio Giuffrè", II, Milano, 1967, pág. 396).

(9) HERNÁNDEZ GIL, *En defensa del Código civil*, en "Revista de Derecho Privado", XXXII, 1948, pág. 779. En parecidos términos escribe Díez PICAZO: "El Código civil español nació en 1889 un poco consciente de su modestia... y atribuyéndose a sí mismo un cierto aire de provisionalidad. Las disposiciones adicionales del Código establecieron un sistema de reforma periódica del mismo" (*Lecciones de Derecho Civil, I. Parte General*, Valencia, 1967, págs. 51 y 52).

(10) ALBALADEJO, *Derecho Civil. I, Introducción y Parte General*, Barcelona, 1970, págs. 49.

(11) BATTLE, *Observaciones sobre la reforma del Código civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto 1958, página 426. Con referencia al Código Napoleón —calificado por Bigot-Preameneu como "una obra perfecta, una especie de arca santa objeto de un respeto religioso"—, decía JERÓNIMO GONZÁLEZ: "El culto profesado desde el primer instante al grandioso monumento, los ditirambos con que se ensalzaba al autor y a la obra, las comparaciones con las demás humanas y la única excepción que se hacía con el Evangelio, 'porque el Evangelio es la palabra misma de Dios', unidos a la organización de la enseñanza del Derecho, que tendía a formar profesionales o prácticos, no jurisconsultos ni sabios,

renovación y adaptación del Código”, como dice con expresión feliz Santamaría (12).

Tal vez sin advertirlo, los políticos que idearon la Ley de Bases —y con ella hicieron posible el Código civil—, al tener conciencia del pie forzado que a éste imponían; al considerar la suya como obra modesta y, por tanto, muy lejos de la perfección ideal; al prevenir las críticas que iba a provocar un texto legal precipitadamente elaborado; inventaron el sistema de la revisión periódica que significa una fórmula feliz, no tanto por su eficacia operativa, cuanto por el realismo con que —merced a ella— se valora la obra codificadora en su conjunto. Y es que, como ha explicado recientemente Hernández Gil, la codificación puede ser caracterizada como un proceso; algo que es y existe dinámicamente, con dinamicidad interna, como condición de su propia estructura; un estar constantemente en marcha, realizándose y al mismo tiempo en actitud reflexiva vigilante; considerarse a sí misma, críticamente, como problema y realizarse como empresa; con capacidad de actuación y de revisión (13).

II. LA REVISION DECENAL DEL CODIGO CIVIL

El sistema establecido en las disposiciones adicionales de nuestro Código significa, como acabamos de ver, una fórmula feliz para expresar el propio legislador el carácter perfectible de su obra, en cuanto necesitada de una revisión periódica. Pero si bien merece elogios en este sentido, no cabe decir otro tanto por lo que mira al régimen ideado para llevar a cabo esas revisiones. Así se comprueba al examinar —como vamos a hacer enseguida— el procedimiento previsto en las disposiciones adicionales y lo que de hecho ha ocurrido en los ocho decenios transcurridos desde la entrada en vigor del Código civil.

1. *El procedimiento de revisión*

Bueno será recordar el tenor literal de las tres disposiciones adicionales:

“1.^a. El Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de

y a la idea de que discutir el Código se aproximaba a la blasfemia, así como la repugnancia con que el mismo Napoleón tuvo noticia de los primeros comentarios, explican la timidez de los intérpretes y los estrechos límites en que la Jurisprudencia iba a desenvolverse” (*El Código Napoleón y el pensamiento jurídico francés*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, XI, 1935, pág. 177).

(12) *Comentarios al Código civil*, II, Madrid, 1958, pág. 1041.

(13) Hernández Gil, *Formalismo, antiformalismo y codificación*, Madrid, 1970, pág. 24.

cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ellas harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal.

"2.^a El Ministro de Gracia y Justicia pasará estas Memorias y un ejemplar de la Estadística civil del mismo año a la Comisión general de Codificación.

"3.^a En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir."

No habían transcurrido tres meses desde la publicación de la edición reformada del Código civil —debida en buena parte a la necesidad de remediar sus extralimitaciones respecto a la integridad de los Derechos forales— cuando el Ministerio de Gracia y Justicia consideró oportuno dictar una Real Orden circular, fechada el 16 de octubre de 1889, en la que se trata del criterio en que deben inspirarse los Presidentes del Tribunal Supremo y de las Audiencias territoriales en la redacción de las Memorias anuales a que se refiere la primera de las disposiciones adicionales. Se dice en esta circular que interpretándose la disposición adicional en un sentido amplio, y puesta la mira en los beneficiosos resultados que de su cumplimiento pueden esperarse, no limiten los Tribunales sus observaciones a los puntos de derecho que hubieren sido discutidos ante los mismos, sino que los expongan también sobre aquellos otros que, no habiendo dado ocasión a controversia, les ofrezcan motivos de duda. Bien se ve que quiere llamarse la atención justamente acerca de la posibilidad de reformar el Código —por el cauce de las disposiciones adicionales— para salvar aquellas otras deficiencias impuestas por la necesidad de haberlo promulgado en corto plazo y con el pie forzado de la Ley de Bases (14).

(14) Pasados los años—sin necesidad de enfrentarse con el ambiente inmediato a la promulgación del Código,— otra circular del Ministerio de Gracia y Justicia, dirá con criterio más modesto y realista: "Deseando este Ministerio que, con cuanta brevedad sea posible, tengan debido cumplimiento las disposiciones adicionales del Código civil, y que la Comisión general de Codificación pueda formular y elevar al Gobierno las reformas que en el mismo convenga introducir, transcurrido como está con exceso el plazo señalado para ello;

S. M... ha tenido a bien disponer que en el término de un mes, a contar desde el recibo de esta Real orden, formule V. I., y remita a este Ministerio, una Memoria que sirva como de resumen a las que anualmente tiene remitidas esa Presidencia, y en la cual señale las deficiencias que haya encontrado ese Tribunal en la aplicación del Código, los puntos de Derecho controvertidos y los artículos u omisiones que han dado lugar a dudas, añadiendo a su propia observación y estudio el de la Sala o Salas de lo civil de esa Audiencia y sus presidentes, a cuyo fin puede pedirles su concurso.

La literatura oficial —si bien ineficaz por sus resultados— es por demás expresiva, aunque utilice fórmulas a la vez discretas, de lo que ahora nos importa subrayar: que las disposiciones adicionales más que un cauce o procedimiento para la revisión periódica del Código son un escudo defensivo, un parapeto tras el cual se reconocen las deficiencias del Código y se pueden prometer una vez y otra las adecuadas reformas.

Así resulta también de la exposición de motivos que precede al Real Decreto de 17 de abril de 1899, por el que se reorganiza la Comisión General de Codificación:

“En orden al Derecho civil, próximo se halla a expirar el término de diez años fijado a la Comisión general de Codificación para formular y elevar al Gobierno las reformas que convenga introducir en el Código civil, cuya observancia se mandó por Ley de 11 de mayo de 1888, los Reales Decretos de 6 del siguiente octubre y de 11 de febrero de 1889 y la Ley de 26 del propio año; y aunque tal vez no sea posible al presente alterar el ordenamiento de sus instituciones, como desde mucho antes de su publicación se propuso, y como lo justifica hoy la superioridad que bajo éste y otros varios conceptos presenta el Código recientemente publicado en una importante nación de Europa, no ha de ser deducible prescindir de los nuevos puntos de vista que revelan las deliberaciones y conclusiones de las conferencias celebradas por los delegados de casi todos los gobiernos europeos, con el propósito de fijar reglas de observancia internacional para resolver los conflictos que nacen de las diferencias en las leyes nacionales sobre el matrimonio, el divorcio, la tutela y las sucesiones testada e intestada, y la adopción de cuyas reglas, aceptadas en principio por los dignos antecesores del que suscribe, han de llevar necesariamente a la reforma de importantes artículos del expresado Código civil y a la inclusión de otros nuevos, si no ha de ser baldía la experiencia de un decenio para la introducción de numerosas modificaciones a fin de mejorarlo en el concepto y en la expresión de gran número de reglas de esta rama del Derecho positivo. Además, es necesario poner con él en concordancia, no sólo la Ley Hipotecaria, sino la del Registro civil, la cual rige hoy solamente con carácter provisional.”

La clara alusión al Código civil alemán —con un cierto complejo de inferioridad— y a los nuevos puntos de vista de las recientes conferencias de los delegados de casi todos los gobiernos europeos, rima muy bien con lo dicho en la 3.^a de las disposiciones adicionales de tomar en consideración también, para las revisiones decenales, “los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro”.

si lo estima necesario o conveniente” (Real Orden circular de 1 de abril de 1902, dirigida a los Presidentes de las Audiencias territoriales).

2. Lo ocurrido en la práctica

Famoso es en Italia el dicho que se atribuye a Víctor Manuel Orlando, tantas veces ministro de Justicia, de que su mayor timbre de gloria, digno de figurar en su tumba, era el hecho de no haber emprendido nunca una reforma de los Códigos de su país (15). Motivo tuvieron también buena parte de los ministros españoles para decir otro tanto, en relación al Código civil; aunque cabe pensar que no lo hicieran para no alardear del incumplimiento de las disposiciones adicionales. Claro que esto último no pasaría de ser un escrúpulo si se admite el parecer de Sánchez Román para quien, los diez años que aquéllas señalan es el plazo en que la revisión del Código es *legalmente posible*, aunque no *obligatoria* (16).

Lo cierto es que, con reiteración laudable, tanto la doctrina científica como el Gobierno han recordado —como digno de cumplimiento— lo establecido en las disposiciones adicionales.

Próxima a vencer la década primera, escribía Gumersindo de Azcárate: Ese día (el de la revisión decenal) se va acercando, y salvo los datos que haya reunido el Ministerio de Gracia y Justicia, no se observa corriente alguna de opinión, ni científica ni lega, que indique el sentido, los términos y la extensión de la reforma que deba experimentar aquel novísimo Cuerpo legal” (17). Por entonces se dicta la Real Orden de 17 de abril de 1899, antes aludida, y Sánchez Román hace notar —a pesar de su benevolencia respecto de la no obligatoriedad de la revisión— que “son numerosas y variadas las indicaciones que, ya con carácter doctrinal, ya de índole parlamentaria, ya por dictamen de funcionarios, principalmente del orden fiscal, se dirigen a plantear como problema de utilidad el de la *revisión del Código civil* una vez pasado como lo está el plazo de diez años” (18).

Al cabo de la segunda década dirá Moutón y Ocampo: “nada ha hecho en el período de veinte años, transcurridos desde mayo de 1889, la Comisión General de Codificación en pro de la reforma de aquel Cuerpo legal, cuya modificación solicitan los jurisconsultos y requiere el progreso jurídico de la nación” (19). Poco después se dictará el Real Decreto de 12 de marzo de 1910, que manda proceder inmediatamente a la formación del oportuno proyecto para la revisión del Código civil y nombra al efecto una Comisión especial com-

(15) Cfr. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, en “Giurisprudenza italiana”, CXX, 1968, pág. 210.

(16) *Estudios de Derecho Civil*, I, Madrid, 1899, pág. 602.

(17) AZCÁRATE, *Una obra notable sobre el Código civil*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, tomo 93, 1898, pág. 28. El trabajo se dedica a reseñar la obra recién publicada por Augusto Comas, bajo el título “La revisión del Código civil español”.

(18) Op. y loc. cit.

(19) Loc. cit., pág. 434.

puesta por miembros de la General de Codificación; pero la Comisión fue suprimida, sin haber alcanzado su objetivo, por Real Decreto de 31 de marzo de 1913 (20).

Un nuevo toque de atención dará Alcalá Zamora en los aledaños del tercer decenio: "Llevamos cerca de treinta años con el Código civil, cuya revisión decenal, por el mismo ordenada, no se ha intentado siquiera, y sólo se ha modificado en ese tiempo dos veces: una un solo artículo rebajando el interés legal del 6 al 5 por 100, y otra para suprimir en dos de aquéllos dos palabras referentes al papel sellado, como consecuencia de una variación en la Ley del Timbre" (21). Por entonces, será don Antonio Maura, en su calidad de presidente de la Comisión de Códigos, quien certifique la inaplicación del sistema, en su comunicación dirigida al Gobierno, en 21 de noviembre de 1925, sobre el proyecto de Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón: "A causa de la especialidad que es nota característica del Apéndice, no tienen cabida en él enmiendas de la Ley común; ni aun aquellas que han venido a ser urgentes, por omisión de los retoques decenales que se previeron al promulgar el Código" (22).

En tiempos de la Segunda República no faltarán voces que denuncien la ineficacia práctica del sistema. En 1932, dirá De Buen: "Hasta la fecha, a pesar del tiempo transcurrido, la revisión (del Código civil) no ha tenido lugar, y hasta ha faltado un propósito serio de llegar a ella, aunque en la literatura oficial no hayan dejado de expresarse buenos deseos (23). Y al siguiente año Castán se lamentará porque "la indolencia de políticos y juristas ha hecho que transcurran más de cuatro decenios sin que se haya dado cumplimiento a la previsora prescripción de las disposiciones adicionales." (24).

En tiempos más recientes, encontramos también declaraciones análogas a las anotadas con anterioridad, tanto en la literatura oficial como en la científica. Así el Decreto de 23 de mayo de 1947 —que establece las Comisiones de juristas para la preparación de las Compilaciones— se refiere a "la falta de las revisiones decenales previstas para nuestro primer Cuerpo de Derecho privado"; Batlle dice, al co-

(20) La Comisión especial —integrada por SÁNCHEZ ROMÁN, ALDECOA Y CHARRÍN— no se propuso una revisión a tono con las exigencias de las disposiciones adicionales; intentó redactar un nuevo Código, tarea no concluida al fallecimiento del primero. Se ha publicado, en parte, este texto en la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1925 y 1926, bajo el título *Un anteproyecto de Código civil español*.

(21) *La unidad del Estado y la diversidad de sus legislaciones civiles*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 144, 1924, página 377. Las reformas aludidas afectaron, respectivamente, al artículo 1.108 (Ley 2-VIII-1899), y a los artículos 688 y 732 (Ley 21-VII-1904).

(22) Estas palabras se recogen en la exposición de motivos del Real Decreto Ley de 7-XII-1925, por el que se aprueba el Apéndice aragonés.

(23) *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, 1932, pág. 198.

(24) *Hacia un nuevo Derecho civil*, pág. 55.

mentar la reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958, que el cauce de las disposiciones adicionales “no fue seguido, pues, desde 1889 hasta hoy, tal revisión regular y periódica no se ha hecho ni una sola vez” (25); y Albaladejo muy recientemente comenta también que el sistema de revisiones periódicas en la práctica no se ha aplicado, y las reformas hechas hasta ahora al Código han seguido otros caminos (26).

3. Una posible revisión de las disposiciones adicionales

El Congreso de Zaragoza de 1946 tuvo como presupuesto implícito la idea —expuesta insistentemente por Castán— que rechazaba las reformas parciales del Código civil y propugnaba la necesidad de un Código nuevo, a la par que defendía que éste sólo podía lograrse con mucha parsimonia. Sólo hay opción —escribía en 1933— entre reformas parciales o reforma total y sistemática. ¿Cuál de ambas soluciones es preferible? No hemos de esforzarnos en demostrar los graves inconvenientes del sistema de reformas parciales. Las leyes especiales, al no poder cambiar los preceptos fundamentales del Código, no hacen más que destruir la sistemática del Derecho privado, introduciendo en él la mayor desarmonía. Cada reforma ocasional, a trueque de introducir un cierto progreso, presenta el peligro de desorganizar el Derecho y producir antinomias nuevas... Sólo una reforma orgánica y unitaria puede sentar las bases de un Derecho civil acomodado a las exigencias de nuestra época... Mas no pensemos que la elaboración de un Código civil es obra de un día. Infinidad de escollos habrá que vencer para ver realizada tan ardua empresa” (27).

Entre nosotros ha sido y es opinión dominante la dificultad que entraña la redacción de un nuevo Código, aunque existen divergencias sobre la oportunidad de las reformas parciales.

Foncillas, en un comentario al Real Decreto Ley de 13 de enero

(25) Loc. cit., pág. 427.

(26) Loc. cit., pág. 49.

(27) *Hacia un nuevo Derecho civil*, págs. 56 y 57. En parecidos términos se manifestará en escritos posteriores: *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*, Madrid, 1954, págs. 182 y 183; *Los problemas civiles de la llamada “inseminatio artificialis” en los seres humanos*, en el libro “Homenaje a la memoria de don Juan Moneva”, Zaragoza, 1956, pág. 408.

Hace medio siglo escribía SCIALOJA: “En lo relativo al Código italiano, he creído yo durante mucho tiempo que las enmiendas se podrían realizar perfeccionando las diferentes partes, sin derribar de un golpe todo el edificio, y en tal sentido, ya como Ministro de Justicia, ya como Senador, he presentado varias proposiciones al Parlamento. Pero es preciso reconocer que entre nosotros el sistema de la modificación parcial no ha dado buen resultado” (*La reforma de los Códigos de Derecho privado en Italia*, en “Revista de Derecho Privado”, X, 1923, pág. 355 y 356).

de 1928, decía: “La modificación del Código civil en materia de sucesión *ab intestato* es la ostensible manifestación, una vez más, de que nuestra técnica legislativa no se atreve con innovar el todo de la ley sustantiva civil y va parcialmente abordando los puntos más enérgicamente reclamados por el movimiento de reforma en la doctrina y en la legislación”; y concluía que “lo urgente es la organización de una reforma integral, para lo que el tiempo no hay que escatimarlos si deseamos una obra bien lograda” (28). De Diego, al estudiar la necesidad de la reforma civil como consecuencia de la nueva Constitución republicana, ponderaba el problema con su habitual buen sentido: “Empero, si todos los testimonios indicados acusan unánimemente y por modo inequívoco la necesidad de la reforma, y aun la urgencia de poner muy luego manos a la obra, no por esto debe precipitarse la empresa, para que no se malogre. Un Código no es obra de un momento, ni para un momento...” (29).

Con referencia al Derecho catalán, Coll i Rodes propugnaba que su codificación se hiciera pronto, pero sin precipitación; se hiciera paulatinamente por medio de reformas fragmentarias que afecten a instituciones en que la reforma fuera más necesaria o más fácil (30).

Entre nosotros, a las dificultades que entraña la revisión de cualquier Código —como, por ejemplo, se ha puesto de relieve en los casos de Francia (31) y de Italia (32)— se añaden las que provienen

(28) FONCILLAS, *La reforma del Código civil*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, IV, 1928, págs. 434 y 443.

(29) Felipe Clemente DE DIEGO, *Técnica legislativa codificadora*, en “Revista de Derecho Privado”, XXI, 1934, pág. 69.

(30) “El pitjor enemic de la Codificació és la pressa en fer-la, però és una tasca que en relació al Dret català és indispensable de fer. El problema per nosaltres es planteja entre dos termes antitètics: hem d'evitar els perills de la precipitació i no podem negligir la urgència de la tasca obligada. La manera viable de consiliar aquella antitesi és dur a terme la tasca codificadora paulatinament per medi de reformes fragmentàries que afectin a institucions respecte de les quals més necessària o més fàcil la reforma i de lleis complementàries que incorporin al nostre patrimoni jurídic institucions no compreses en la primera llei reguladora del nostre Dret” (Ramón COLL i RODES, *La restauració del Dret català*, en “Revista Jurídica de Catalunya”, enero-marzo 1932, página 40).

(31) La idea de revisar el Código francés, lanzada durante el siglo XIX, se concretó en 1904, con ocasión del centenario. Al explicar, entonces, la urgencia de la revisión, decía LARNAUDE: “¡Se puede decir que nosotros no tenemos realmente, a pesar de las apariencias, un derecho civil codificado! ¡Ya no tenemos Código civil! ¡Francia, que ha sido la primera en tener una legislación civil codificada, vive hoy, de hecho, casi bajo el imperio de la costumbre! Francia, que había querido una legislación clara, completa, suficientemente precisa, armoniosamente dispuesta, sólo tiene un derecho civil fragmentario, hecho de trozos y piezas, complicado y deslucido por numerosas lagunas” (*Le Code civil et le nécessité de sa Révision*, en el libro “Le Code Civil—1804-1904—Livre de centenaire”, tome second, Paris, reimpresión de 1969, páginas 908 y 909). Pero el trabajo de elaborar un anteproyecto de nuevo Código civil, confiado en 1904 a una Comisión extraparlamentaria, no fue realizado (COLIN y CAPITANT, *Traité de Droit civil*, I, Paris, 1957, pág. 188).

Por Decreto de 7 de junio de 1945, se encomendó la revisión del Código

de la coexistencia del Código civil con los ordenamientos forales. Lo advertía Castán, en 1954, al decir —tras exponer de nuevo su idea contraria a las reformas parciales— que “la revisión de nuestro Código civil tiene como cuestiones previas todas las que plantea el régimen de los llamados Derechos forales y que no admiten soluciones precipitadas” (33). Por entonces, Batlle afrontaba también el problema, pero con otro criterio, pues consideraba preferible “legislar por partes e instituciones, único modo acaso de resolver el enconado problema del Derecho foral. Pasó ya la ilusión de los Códigos tesoros de verdades incommovibles. Un Código no tiene por qué ser un planteamiento nuevo de un orden jurídico, sino la sistematización de una realidad ya existente. Eso le daría mayor validez. La reforma paulatina es quizá más fácil y más prudente” (34).

a una nueva Comisión, que ha ido realizando su cometido mediante la publicación de varios volúmenes, en París, a partir de 1947 (*Travaux de la Commission de réforme du Code civil*).

Vid. Marc ANCEL, *La revisión del Código civil francés*, en “Revista de Derecho Privado”, XXXV, 1951, págs. 298 s.; José María PASCUAL SERRES, *Ante la Codificación civil francesa*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, 1954, pág. 436, según el cual “el *choc* producido por la guerra de que Francia acaba de salir fue fulminante en sus efectos”, aludiendo a la circunstancia de haber sido dictado el Decreto de 1945 por el general De Gaulle. Cfr. también Imre ZAJTAY, *Rechtsvergleichende Bemerkungen über den Code civil und das Bürgerliche Gesetzbuch*, en “Civilistische Praxis”, 157, 1958-59, páginas 479 y s.

(32) A los veinte años de publicarse el segundo Código civil de Italia, se planteó oficialmente—sobre todo por motivaciones de ideología política— la oportunidad de su reforma. El Gobierno Leone presentó al Parlamento el proyecto de ley núm. 557/c, con fecha 10 de octubre de 1963, titulado “Delegación legislativa al Gobierno de la República para la reforma de los Códigos”. Esta iniciativa fue muy discutida, en reuniones de juristas celebradas de enero a octubre de 1965 y publicadas en el volumen *La riforma del Codice civile*, Roma, ed. Bulzoni, 1966. Es de advertir que el criterio predominante era contrario a una nueva codificación, y favorable a reducir la reforma a determinados sectores—en especial, el Derecho de familia—, mediante leyes especiales. La tentativa oficial fue implícitamente abandonada por virtud de la Ley de 27 de julio de 1967, núm. 685, que se limita a anunciar que la reforma general del Código civil se irá preparando mediante la revisión de algunas instituciones de Derecho de familia, “cuya reforma es hoy solicitada casi sin contradictores”.

(33) *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*, pág. 183.

(34) BATLLE, *Espíritu y direcciones del Derecho civil español moderno*, Murcia, 1954, pág. 26 y 27.

Esa “ilusión de los códigos tesoros de verdades incommovibles” corresponde a la época del “codicismo”, según la terminología acuñada por CARNELUTTI, “Bilancio del positivismo jurídico”, en su obra *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953, pág. 249 y s. Sobre las recientes actitudes, de diverso signo, contrarias al codicismo, RODORÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, en “Rivista del Diritto commerciale”, LXV, 1967, parte prima, págs. 83 y s.; FERRI, *Antiformalismo, democrazia, Codice civile*, en “Rivista di diritto commerciale”, LXVI, 1968, parte prima, páginas 347 y s. Este último autor habla de la tendencia de sustituir el Código civil por un sistema fundado sobre principios generales. Una dirección aná-

El Código y, siguiendo su ejemplo, las Compilaciones tomaron decididamente partido por el sistema de las revisiones periódicas, es decir, de las reformas parciales. Y cabe preguntarse si existe incompatibilidad —como parece afirmarse en la tesis de Castán y de otros autores —entre revisiones parciales y Código nuevo.

El criterio del Congreso de Zaragoza —acogido por el Decreto de 23 de mayo de 1947— es en un todo favorable a la preparación de un nuevo Código, mediante un cuidadoso proceso de elaboración cuya primera etapa se está realizando ahora. Esta etapa consiste en las Compilaciones de las instituciones forales, “lo que dará lugar —son palabras del citado Decreto— a la comunicación de los distintos derechos hispánicos”.

Es notorio que el Código español —que, promulgado en 1888, sigue vigente hoy— no puede, como Cuerpo legal, estar de espaldas a los ordenamientos forales. Este criterio de incomunicación fue juiciosamente considerado oportuno por quienes, en el siglo pasado, aspiraban a no dilatar la elaboración del Código de Castilla y, a la vez, querían evitar una codificación atropellada de los Derechos forales: “el único medio —decía Silvela en el Proyecto de Ley presentado a las Cortes con el Real Decreto de 7 de enero de 1885— de no retrasar innecesariamente la solución del primer problema (llevar adelante el Código de Castilla) y de no precipitar con notoria temeridad la del segundo (codificar en apéndices o proyectos de ley especiales el Derecho foral) consiste en separarlos”.

Las actuales coordenadas del Código civil, ¿no están pidiendo en él alguna revisión que facilite esa “comunicación de los distintos Derechos hispánicos”?

Si de verdad se quiere esa comunicación, deberán ponerse los medios adecuados. Para mí estos medios —por lo que respecta concretamente al Código civil— consisten en realizar dos operaciones:

a) Derribar los muros levantados en el Código para lograr el aislamiento apetecido en 1888. Está todavía por cumplir una de las conclusiones de Zaragoza, que se orientaba en este sentido: “Será derogado el artículo 1.317 del Código civil vigente, que impide la comunicación jurídica entre las regiones españolas de diferente legislación civil. Y, en su lugar, se permitirá que los cónyuges establezcan para su matrimonio el régimen económico de cualquiera de los sistemas vigentes en España” (35).

b) Revisar el régimen de revisión periódica del Código, en el sentido de que éste pueda nutrirse no sólo “de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro”, sino también

loga es la defendida, entre nosotros, por MARÍN PÉREZ, “La estructura del Estado y el Derecho privado”, en su obra *Estudios sobre el Derecho privado y sus transformaciones actuales*, Barcelona, 1959, págs. 617 y s.

(35) Cfr. OLIVAR, *El Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza*, en “Revista Jurídica de Cataluña”, noviembre-diciembre 1946, páginas 17 y 18.

de la tarea de los juristas españoles plasmada, en formulaciones legislativas, a través de los sucesivos textos de las Compilaciones forales (36).

III. LA REVISIÓN PERIÓDICA DE LAS COMPILACIONES

1. *Significado de la disposición adicional*

Este sistema de revisión decenal del Código civil ha sido también acogido por las Compilaciones hasta ahora promulgadas, con excepción de la de Vizcaya y Alava, que guarda silencio sobre el problema.

La de Cataluña dice así en su disposición adicional: “La Comisión compiladora formulará cada diez años una Memoria relativa a los asuntos civiles sustanciados en los Juzgados y Tribunales del territorio de la Audiencia de Barcelona, comprensiva de las omisiones o deficiencias que se hubieren observado en la presente Compilación y de las dudas y dificultades que haya originado la aplicación de sus preceptos. En vista de ello redactará y elevará al Gobierno, junto con dicha Memoria, el adecuado proyecto de reforma”. La Compilación balear copia lisa y llanamente el texto catalán, salvo la obligada referencia a “los Juzgados y Tribunales del territorio de la Audiencia de Palma de Mallorca”.

No son idénticos a los anteriores los textos de Galicia y Aragón, que ofrecen alguna pequeña novedad. Según el primero, “la Comisión compiladora formulará cada diez años una Memoria comprensiva de las dudas y dificultades que haya originado la aplicación de los preceptos de la presente Compilación, así como de las omisiones o deficiencias observadas, elevando al propio tiempo, si procediera, el oportuno proyecto de reforma”. La disposición adicional aragonesa sólo introduce en el anterior texto una variante, que parece estar inspirada en una previsión optimista: habla de “las dudas y dificultades que pueda haber originado la aplicación de los preceptos de esta Compilación”, pensando que también cabe que —al menos en el espacio de dos lustros— no se presenten esas dudas y dificultades.

La lectura de estos textos sugiere buen número de interrogantes, pero yo voy a fijar tan sólo mi atención, por no permitirme otra cosa

(36) Con referencia a la Compilación de Cataluña, hace BONET una observación muy atinada: “Los artículos, relativamente abundantes, que regulan algunas materias, como la de los heredamientos y la de los fideicomisos, están sobradamente justificados por la doble consideración de la importancia primordial de aquéllas, dentro del Derecho civil especial de Cataluña, y de la que puede tener en el futuro su incorporación al anhelado Código único, que reanude la línea de la gran tradición jurídica española, riquísima y polifacética, que permite en muchas ocasiones prescindir de moldes extraños, cualquiera que sea el respeto que merezcan y el prestigio que haya alcanzado su técnica” (*Compendio de Derecho Civil*, I, Madrid, 1959, pág. 89).

el tiempo disponible, en dos cuestiones: el procedimiento de la revisión y la mayor o menor amplitud que, por razón de la materia, puedan alcanzar las revisiones periódicas. Antes, sin embargo, quiero llamar la atención sobre los siguientes particulares:

a) Una Orden del Ministerio de Justicia de 10 de febrero de 1948 relativa a las Compilaciones —sin tener en cuenta la experiencia aleccionadora ofrecida por normas anteriores— se equivocó doblemente en materia de plazos, pues al referirse a las Comisiones encargadas de su preparación dispuso: “Las referidas Comisiones elevarán a este Ministerio, en el término de seis meses, los oportunos proyectos de compilaciones forales, que con la debida sanción serán puestos en vigor y regirán durante el plazo que se establezca, y una vez transcurrido podrán ser incorporados al Código general de Derecho civil español”. Ni el plazo de seis meses se cumplió ni se estableció en las Compilaciones plazo alguno limitativo de su vigencia en el tiempo.

b) Las Conclusiones del Congreso de Zaragoza hablaron de un período suficiente de vigencia de las Compilaciones (37) y de un período de convivencia de los distintos Derechos hispánicos (38), sin señalar plazo alguno.

c) La disposición adicional de las Compilaciones hablan de una Memoria que se “formulará cada diez años”. Y esto significa que se tiene prevista cierta longevidad a estos Cuerpos legales, dato que —unido a los dos anteriores— es de especial interés en nuestro tema, pues nos está diciendo —delicadamente, pero con notable elocuencia— que un Código civil nuevo son palabras mayores, que un Código civil nuevo es obra difícil que requiere mucho tiempo.

Veamos ya el procedimiento que, para la revisión decenal de las Compilaciones, está hoy en ellas establecido. Se trata de un problema importantísimo de técnica legislativa, cuya acertada solución condiciona en buena parte la fecundidad que de esas revisiones puede esperarse (39).

(37) “Publicadas las compilaciones, y tras el período suficiente de su divulgación, estudio y vigencia, se determinará el modo material como han de quedar recogidas en el futuro Código general de Derecho civil español las instituciones a que se refiere el párrafo primero” (Conclusión primera, ap. b). Sobre la elaboración de este texto, vid. OLIVAR, loc. cit., pág. 12 y s.

(38) “La reunión de un nuevo Congreso Nacional de Derecho civil una vez terminado este período de convivencia de los distintos Derechos hispánicos, para examinar la forma y carácter del futuro Código General de Derecho civil” (Conclusión primera, ap. e). Cfr. OLIVAR, pág. 14.

(39) Sobre los problemas que plantea y trata de resolver la llamada “técnica legislativa” —poco cultivada entre nosotros— es abundante, desde hace un siglo, la bibliografía extranjera: WENDT, *Rechtssatz und Dogma*, en “*Jhering's Jahrbücher*”, 1890, págs. 29 y s.; GENY, *La technique législative*, en el “*Livre du Centenaire*”, II, Paris, 1904, págs. 999 y s.; ZITELMANN, *Die Kunst der Gesetzgebung*, 1904; KOHLER, *Technik der Gesetzgebung*, 1904, págs. 345 y s.; HEDEMANN, *Über die Kunst gute Gesetze zu machen*, en “*Festschrift Otto Gierke zum 70. ten Geburtstag*”, Weimar, 1911, págs. 14 y s.; BELING, *Methodik*

En las cuatro Compilaciones antes citadas se encomienda a las Comisiones compiladoras una doble tarea, que deben realizar cada diez años:

- a) Formular una Memoria informativa sobre dudas, dificultades, omisiones y deficiencias.
- b) Elevar al propio tiempo el oportuno o adecuado proyecto de reforma (40).

Si nos fijamos en los órganos encargados de realizar esta doble tarea —y recordamos que las revisiones son decenales y no se ha limitado el número de veces en que podrán realizarse— salta a la vista la necesidad de que las Comisiones compiladoras sean órganos permanentes (41), de naturaleza análoga a la Comisión General de Codificación (42). En tal sentido se ha pronunciado, recientemente,

der Gesetzgebung, Leipzig, 1922; ANGELESCO, *La technique législative en matière de codification civil. Etude de droit comparé*, París, 1930; DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, París-Bruxelles, 1935; PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, París, 1935; ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung der Privatrechts*, Tübingen, 1956; KERIMOV, *Fragen der Gesetzgebungstechnik*, Berlín, 1960. Entre nosotros, pueden consultarse los trabajos ya antiguos, de CASTÁN, *Hacia un nuevo Derecho Civil*, págs. 62 y s.; y DE DIEGO, *Técnica legislativa codificadora*, págs. 70 y s.

(40) Las Compilaciones de Cataluña y Baleares dicen que la Memoria y el proyecto de reforma se elevarán al Gobierno, circunstancia ésta que omiten las Compilaciones de Galicia y Aragón. Cabe preguntar si esta omisión ha sido intencionada y, caso afirmativo, cual es el alcance que debe atribírsele.

(41) La disposición adicional de las Compilaciones ha querido, sin duda, recoger una de las Conclusiones de Zaragoza, según la cual "incumbiría el estudio y redacción de las instituciones forales o territoriales y las peculiares de algunas regiones, y de la modificación en su caso y en su día, a los juristas de cada territorio mediante el organismo adecuado". (Cfr. OLIVAR, loc. cit., pág. 14.)

Gozan de una honorable tradición, en numerosos países, los órganos permanentes que ayudan a los parlamentos y a los Gobiernos en la tarea legislativa. Vid. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, en "Jus", I, 1950, págs. 315 y s.

(42) En opinión de CASTÁN, "las comisiones que preparen la reforma de los Códigos y leyes de Derecho privado no han de ser Comisiones especiales sujetas en todo momento a la arbitrariedad ministerial. Para asegurar la continuidad de la labor y en definitiva la unidad de la legislación, se hace preciso constituir una entidad que, con la denominación de Comité o Consejo legislativo u otra cualquiera, suponga un órgano permanente y unitario para la preparación y redacción de las leyes, que intervenga forzosamente en todos los proyectos que hayan de ser presentados al Parlamento, y que esté compuesto de un número no excesivo de miembros, con representación, no sólo de científicos, sino también de profesionales y prácticos, designados todos ellos sin sujeción a preocupaciones políticas y que puedan actuar con la independencia suficiente". (*Hacia un nuevo Derecho civil*, pág. 65.)

Al decir de HERNÁNDEZ GIL, "si el Estado confiere la preparación y revisión de ciertos sectores del ordenamiento jurídico a un organismo técnico, cualificado y permanente, hace un acto de declinación del puro decisionismo político muy saludable para el derecho" (*Formalismo, antiformalismo y codificación*", pág. 28).

el II Congreso jurídico catalán, al proponer que sea definitivamente institucionalizada la Comisión Compiladora (43).

De otra parte, parece también oportuno —por no decir absolutamente necesario— que el órgano permanente llamado a proponer las revisiones decenales sea también escuchado antes de que pueda dictarse cualquier norma que de modo directo o indirecto afecte formal o sustancialmente al régimen jurídico de las Compilaciones. Y que no se trata de una hipótesis imaginaria nos lo dice —con harta elocuencia— la derogación de los artículos 88 y 89 de la Compilación de Galicia, llevada a cabo por imperativo de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre montes vecinales en mano común.

Y ahora, brevemente —pues no dispongo de tiempo para más— algo sobre el alcance de la revisión, es decir, sobre la mayor o menor amplitud que, por razón de la materia, pueden alcanzar las revisiones periódicas.

Si se comparan las disposiciones adicionales del Código y de las Compilaciones, se observa el empleo de conceptos análogos: “deficiencias y dudas que hayan encontrado (los tribunales)” al aplicar el Código. “y los artículos u omisiones” del Código que han dado ocasión a las dudas del tribunal”, conceptos que equivalen —en el texto de las Compilaciones— a “las dudas y dificultades— que pueda haber originado la aplicación” de sus preceptos, y a “las omisiones o deficiencias observadas”. Sin embargo, la revisión del Código puede también inspirarse en “los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro”, lo que significa —como uno entre los muchos argumentos que podrían aducirse— que existe la más amplia libertad para esa revisión, a la que no se le impone límite alguno.

¿Cabe la misma libertad en la revisión de las Compilaciones? Si nos atenemos a la letra de la disposición adicional de estos cuerpos legales, esa libertad podría defenderse con una interpretación generosa de la expresión “omisiones o deficiencias observadas”. Sin embargo, la respuesta afirmativa debería acompañarse de nuevos interrogantes. ¿Esas omisiones y deficiencias de la Compila-

(43) “*S'estima que la Comissió Compiladora, a la qual competeix actualment una labor escassa i indefinida, ha d'ésser definitivament institucionalitzada com a organisme assessor i ponent de normes jurídiques.*”

Amb aquesta finalitat es proposa la creació d'una Comissió Compiladora permanent, amb seu a Catalunya i en contacte continu amb els problemes, la qual, sens perjudici de la competència de la Comissió General de Codificació, podria revisar, en qualsevol moment, els textos legals aplicables a Catalunya i exposar als òrgans de l'Estat el resultat dels seus estudis; elaborar projectes de normes quan ho cregui convenient o li sigui encomanat; informar i dictaminar sobre projectes, propostes i consultes, i, en especial, curar que el Dret Català es mantingui i evolucioni ensems, al ritme de l'època i del seu peculiar esperit.

Dita Comissió Compiladora serà designada i renovada per tots els Col·legis d'Advocats de Catalunya, el Col·legi de Notaris i les altres institucions jurídiques catalanes”. (Cfr. *II Congrés jurídic català*, en “Revista jurídica de Catalunya”, 1971, págs. 759 y 760.)

ción, en virtud de qué criterio pueden ser así calificadas? ¿Con referencia al Derecho foral antiguo solamente?

No puedo dar respuesta, en esta sede, a esas cuestiones, pero si dejar planteada otra con la mayor claridad, acerca de la finalidad, es decir, del significado que deba atribuirse al sistema de revisiones periódicas.

El significado más profundo del sistema consiste —por lo que al Código se refiere— en haber establecido un proceso de constante renovación y adaptación. ¿Será lícito pensar que éste es también, para las Compilaciones, el significado profundo del sistema de revisiones periódicas, establecido sin ninguna limitación temporal?

La pregunta pone de nuevo sobre el tapete una *vexata quaestio*, que retoña siempre que, de modo sincero, se abordan en profundidad los verdaderos problemas de los Derechos forales. Me refiero a su necesaria renovación y a la consiguiente exigencia de encontrar un cauce adecuado que la haga posible. Viejo problema que procede de este insoslayable dilema: o los Derechos forales —proclives, como el Derecho del Código civil y cualquier legislación, al anquilosamiento— pueden renovarse, o, en otro caso, desaparecerán más o menos pronto por su inadpatación a las nuevas circunstancias de la vida social (44).

Pienso que no existe hoy razón alguna para oponerse a la renovación progresiva tanto del Código como de las Compilaciones civiles, dadas las actuales coordenadas de todos estos cuerpos legales en el ordenamiento civil. Con iguales títulos pueden todos ellos pretender que se les facilite esa renovación mediante los adecuados cauces, pues las Compilaciones, al igual que el Código, han de proporcionar los elementos integrantes del futuro Código civil general (45).

(44) Sobre las distintas fórmulas propuestas —Parlamentos regionales, Salas especiales en el Tribunal Supremo, etc.— para evitar el estancamiento de los Derechos forales, vid. ALCALÁ ZAMORA, op. cit., págs. 377 y s.; PASCUAL SERRES, *Ante el Congreso Civil de Zaragoza. Imposibilidad de llegar a la Codificación única*, en "Revista Jurídica de Cataluña", julio-agosto de 1945, páginas 62 y s.; LACRUZ, *Los derechos forales*, en su libro "Estudios de Derecho Civil", Barcelona, 1958, pág. 32.

(45) Hace unos años escribía XIMÉNEZ DE EMBUN: "podemos llegar a la conclusión de que los Derechos Territoriales representan la tradición jurídica española; que entre ellos y el Derecho de Castilla no deben establecerse preferencias en el nuevo Código, y que en 1873, cuando aún no se había promulgado el Código vigente y no había pasado de la condición de proyecto el que, según García Goyena, había de llamarse Código Isabelino, se admitía la idea de la codificación y se pensaba en que dentro de la misma quedarán modificadas las leyes antiguas"; y añadía que "el temor a la introducción de nuevo espíritu en las instituciones seculares pudo ser acertado en la época aquella en que avanzaba triunfante el liberalismo, pero no en los actuales en que las Comisiones Territoriales tienen la misión de buscar en lo hondo de la tradición jurídica española los principios de justicia cristiana que en los siglos de grandeza informaron nuestras instituciones, según dispone la Orden de 6 de agosto de 1944; y para ello han de ir más allá del Decreto de Nueva Planta que tan fatal fue a los Derechos Forales al privarles de los órganos

2. La necesaria tarea de comparación

Estamos hoy en ese “período de convivencia de los distintos Derechos hispánicos” de que hablaban las conclusiones del Congreso de Zaragoza, y que —por lo que se refiere a las Compilaciones— está presidido también por la idea orientadora de su futuro trasvase a un Código civil. Si este período fuera de convivencia fecunda y en él se utilizara el cauce de las revisiones decenales para la renovación y perfeccionamiento de las Compilaciones (46), ¿cabría aprovechar esas revisiones para obtener productos cada vez mejores que fueran dignos del trasvase apetecido?; ¿son las Compilaciones como viveros donde podrían cultivarse de intento normas e instituciones jurídicas con destino al Código civil futuro?

Yo pienso que sí y que para lograrlo se hace necesaria una profunda renovación de nuestra ciencia del Derecho civil, mediante el estudio comparativo del Código y de las Compilaciones (47), según una aspiración sentida desde antiguo y renovada a lo largo de los años.

Ya Durán y Bas, al lamentarse de la pobreza de la literatura jurídica española de su tiempo, echaba en falta “la comparación científica e histórica entre la legislación patria y las extranjeras, o la de Castilla y la de las provincias forales” (48). Federico de Castro dirá, después del Congreso de Zaragoza, que parece recomendable “el estudio comparado de los varios derechos hispánicos por comisiones de juristas de todos los territorios” (49). Años más tarde explicará Castán: “La circunstancia de la coexistencia en España de diversas

legislativos correspondientes”. (*La necesaria revisión del Código civil*, en “Revista Jurídica de Cataluña”, LXXII, 1955, pág. 330.)

Con referencia a la Compilación de Cataluña, uno de sus redactores declaró: “estudiamos a fondo las Fuentes Romanas y quisimos vaciar en la *Compilación* cuanto de ellas puede ser aplicable”, explicando que eso hicieron “para la libre progresión del derecho actual” (FAUS ESTEVE, *Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación*, en “Revista Jurídica de Cataluña”, “LXXVI, 1959, pág. 463).

(46) FERNÁNDEZ OUBIÑA alude a la disposición adicional de la Compilación gallega y dice que “debe aprovecharse al máximo la posibilidad de revisión para ir a la creación de normas jurídicas adecuadas al tiempo y problemas que vivimos” (*Problemática de la mejora gallega*, en “Foro Gallego”, núm. 141, 1969, pág. 35).

(47) Es tema del que me he ocupado en un estudio reciente. Vid. FUENMAYOR, *La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones civiles*, en “Estudio de Derecho civil en honor del Prof. Castán”, IV, Pamplona, 1969, págs. 379 y s.

(48) Vd. *La Codificación*, en el volumen “Escritos del Excmo. señor D. Manuel Durán y Bas, primera serie. Estudios jurídicos”. Barcelona, 1888, pág. 304. Sin embargo, la comparación de nuestro Código civil con otras legislaciones extranjeras pronto se hizo habitual y aun abusiva, según explica HERNÁNDEZ GIL, *En defensa del Código civil*, págs. 776 y 777.

(49) *La cuestión foral y el Derecho civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II, 1949, pág. 1044.

legislaciones —el llamado Derecho común y las legislaciones regionales o forales— hace especialmente necesario, para la dogmática de las mismas y para enjuiciar el problema de su subsistencia o unificación, el uso de los métodos históricos y comparativos. Sólo por ese camino podrá llegarse a la constitución de un Derecho civil español unificado, de base nacional” (50). Y Arnaz ponderará la importancia del método con estas palabras: “Si los trabajos de Derecho comparado fueron siempre de imponderable interés en otros órdenes del Derecho, en éste del Derecho foral tal interés resulta acrecido por las afinidades que se dan entre los diversos Derechos tradicionales españoles; y no cabe duda de que la consideración homologada de estos derechos ha de ser el método más útil para investigar su respectiva evolución, relacionar recíprocamente sus instituciones, determinar el paralelismo de sus normas y la razón de ellas, y dar consistencia y solidez a sus elementos, que por un inexplicable descuido suelen contemplarse desarticulados e inconexos, como piezas sueltas de un sistema cuya mecánica de conjunto es desconocida” (51)

El Congreso de Zaragoza dijo, en sus conclusiones, que “se estima necesario intensificar el estudio comparado de los varios derechos hispánicos” (52); el II Congreso jurídico catalán propuso la creación de un Instituto de Derecho Comparado Interregional (53); y en las jornadas de Derecho foral celebradas en Jaca en 1972, se aprobó, por unanimidad, una resolución favorable a la inmediata creación de ese organismo (54).

(50) *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, Madrid, 1957, págs. 106 y 107.

(51) *Notas sobre los principios comunes de los Derechos Forales*, “Revista Jurídica de Cataluña”, LXV, 1966, pág. 1051.

(52) Cfr. OLIVAR, loc. cit., pág. 21.

(53) “*Es recomana l'estudi comparatiu dels diversos Drets territorials i de la interrelació de llurs principis i institucions, així com de les diferències. Per a això seria d'una gran utilitat que els organismes més directament afectats als diversos territoris investissin l'empresa de fundar un Institut de Dret Comparat Interregional*”. (Cfr. “Revista Jurídica de Cataluña”, 1971, pág. 760).

(54) *Resolución aprobada por aclamación en la sesión del 30 de agosto de 1972:*

“Los juristas asistentes a las Jornadas de Derecho Foral de Jaca, procedentes de Aragón, Cataluña, Galicia, Navarra y Vizcaya y también de territorios del Código Civil.”

“Comprobando la existencia de antiguas aspiraciones a la creación de un organismo dedicado al estudio, comparación y promoción de los Derechos civiles respectivos, así como a velar por lo que es interés común: aspiraciones que últimamente estuvieron a punto de materializarse por iniciativa del Congreso Jurídico Catalán, y estimando que la creación de tal organismo es muy conveniente e incluso necesaria, y la actual existencia de estudiosos de los diversos Derechos territoriales en toda España permite llegar a ese resultado, acuerdan la creación del organismo referido...”

3. *El caso del Derecho de Galicia*

¿Y qué decir en particular por lo que se refiere a las revisiones decenales de la Compilación de Galicia?

En términos generales, yo diría que lo más importante está conseguido, aunque falta casi todo por hacer.

La Compilación de 1963 será siempre, en la historia del Derecho gallego, el primer Cuerpo legal que viste y reviste a las viejas costumbres con el ropaje de la norma escrita. Por eso merece un homenaje de perenne reconocimiento. Por eso y, además, porque —al igual que ocurriera con el Código civil— fue redactada con un pie forzado, causa de que la obra resultara por necesidad imperfecta. De ahí el gran valor de la disposición adicional, que significa el certificado de esa imperfección y la promesa esperanzada de un mejoramiento en etapas sucesivas.

Para mí, el pie forzado de la Compilación de Galicia —no sólo en el momento de su primera redacción, sino también al tiempo de sus revisiones sucesivas— procede justamente del carácter consuetudinario del Derecho que la Compilación está llamada a acoger.

Si se tratara de un Apéndice al Código civil, tal vez poco habría que esperar de las revisiones decenales, pues el artículo 5.º del Código vigente sería un fielato difícil de pasar, con su terminante proscripción de la costumbre contra la ley.

Pero se trata de una Compilación llamada —como las restantes— a proporcionar los materiales para el futuro Código civil general. Y esto permite un margen mayor de libertad en el descubrimiento y formulación técnica de las normas consuetudinarias.

Para mí es hora de preguntarse si las revisiones sucesivas de la Compilación gallega pueden ser ocasión lícita no sólo para descubrir viejas costumbres, hoy subsistentes, sino también para alumbrar costumbres nuevas. O dicho con otras palabras: ¿siendo como es consuetudinario el Derecho propio de Galicia, cabe un remozamiento de este Derecho? La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, siempre —claro está— que no se condene al anquilosamiento el Derecho de las Compilaciones, por no permitir su renovación.

El profesor Legaz advierte que “el Derecho puede nacer de forma distinta, y una de ellas, sociológicamente muy importante, es la legislación. Ahora bien, ¿qué es lo que nace en forma legislada, a diferencia de lo que nace en forma consuetudinaria o por vía de decisiones judiciales? Lo que nace en esa forma es una “proposición normativa”. En la ley esa proposición normativa está formulada autoritariamente por el legislador, al paso que en el Derecho consuetudinario ha sido *inferida* por la ciencia jurídica, o si se trata de darle vigencia jurídica inmediata, por una sentencia judicial. La proposición

normativa no es el Derecho, sino su “apariencia”, en el sentido de que en ella aparece, se presenta el Derecho” (55).

Por mi parte, lo único que quería decir es esto: que en el nacimiento del Derecho consuetudinario existe un factor técnico de importancia decisiva. Ese factor es la aportación insustituible de los juristas, cada uno en su específico campo: los jueces y los hombres de ciencia, como indica Legaz; y también —con sus fórmulas acomodada a las exigencias de la vida— los abogados y los notarios. Pero éstos necesitarán —para que su tarea vaya adelante— de la colaboración de quienes, por tener en su mano la calificación registral y fiscal de las escrituras, decidirán en definitiva si son o no viables los actos que han de constituir el sustrato del nuevo Derecho consuetudinario (56).

Y ahora, finalmente, por vía de conclusión, permitidme un ruego, una sugerencia a cuantos participáis en este Congreso: que prestéis la autoridad de vuestra condición de juristas y el calor de vuestro afecto a las Compilaciones civiles para que, en aras del perfeccionamiento de éstas, se logre pronto la institucionalización de dos órganos necesarios y complementarios: las Comisiones compiladoras y el Instituto dedicado al estudio comparativo del Derecho de las Compilaciones y del que hoy integra el Código civil.

(55) LEGAZ LACAMBRA, *La obligatoriedad jurídica*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, I, 1953, pág. 63.

(56) Sobre las orientaciones actuales en torno al Derecho consuetudinario, vid. ZAMPETTI, *Considerazioni metodologiche sul problema dei rapporti tra norma e fatto*, en “Ius”, X, 1959, págs. 225 y s.; y MENEGHELLI, *Intorno al problema della desuetudine*, en “Rivista di Diritto Civile”, X, 1964, I, págs. 464 y s.

La sucesión de los impúberes en la Compilación de Derecho civil de Cataluña *

JOSE MANUEL GONZALEZ PORRAS

Profesor de Derecho civil de la Facultad de
Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona

Aunque el causante impúber menor de catorce años de uno y otro sexo (art. 156 3.º CDC) carece de “testamentifacción activa”, sin embargo, su sucesión puede regularse como si de la de un púber se tratara, bien por medio de testamento o bien por medio de la ley. Lo primero mediante la sustitución pupilar, dándole al impúber un sustituto en virtud de las facultades que para ello concede la ley al padre o madre mientras ejercen la patria potestad sobre sus hijos impúberes (art. 156 CDC) y en el segundo caso, en defecto de sustitución pupilar, ordenando su sucesión conforme a las normas que, tan celosamente guardadas durante siglos, han pasado a la Compilación (art. 251) recogiendo principios que desde tiempo inmemorial venían informando, a través de diversas Constituciones, el derecho sucesorio especial de Cataluña, mediante una sucesión excepcional, la intestada de los impúberes, que se aparta de los moldes tradicionales romano-justinianeos.

Así pues, nos encontramos con el hecho de que la sucesión de un causante impúber, cuyas normas están impregnadas del espíritu de troncalidad acuñado en el lema “paterna paternis materna maternis”, encuentra una doble e interesante manifestación: 1.ª la sustitución pupilar, regulada en forma especial por los artículos 156 a 159 de la Compilación y 2.ª, en defecto de sustituto pupilar, la sucesión excepcional del causante impúber, cuya especialidad se contiene en el artículo 251.

Ambas instituciones tienen como finalidad última aquella preocupación básica del Derecho civil catalán de procurar la conservación de la casa y del patrimonio familiar y a ello sirven por igual la rica

(*) Este trabajo corresponde a uno de los capítulos del estudio en elaboración sobre «Problemas de la sucesión intestada en el Derecho civil de Cataluña» y que el autor realiza con una Beca concedida por la Cátedra «Duran y Bas», de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, que dirige el profesor Fernández de Villavicencio.

gama de sustituciones, y entre ellas la llamada sustitución pupilar, como el sistema de llamamientos establecidos en el artículo 251 de la Compilación. Las dos sirven, como tantas otras instituciones del libro II de la Compilación de Derecho civil, para conocer la raíz del Derecho de Cataluña.

I. LA SUSTITUCION PUPILAR O SUCESION TESTADA DE LOS IMPUBERES

1. *Precedentes históricos*

En Derecho romano la sustitución pupilar consistía en que el padre o abuelo paterno podía nombrar heredero para su hijo impúber que tenía inmediatamente bajo su "patria potestas" para el caso de que muriera sin haber llegado a la pubertad. Es pues, un testamento que hace el padre por su hijo impúber que no puede testar mientras no haya alcanzado la pubertad. Este derecho emana de la "patria potestas" y en consecuencia sólo puede ejercerlo quien la tiene. Además, se requiere que el hijo sea "sui iuris" respecto del testador sustituyente al tiempo de otorgarse el testamento, permitiéndose, sin embargo, sustituir pupilarmente al nieto que en aquel momento no se hallara todavía bajo la "patria potestas", para el caso de que al tiempo de su muerte lo hubiera estado, de acuerdo con la fórmula "Legis Juniae Velleiae" (Fr. 2 pr. D. XXXVIII, 6, pr. I. II, 16).

El fundamento de esta institución, dice Ossorio Morales (1) se encuentra en el intenso carácter protector de la patria potestad romana respecto al patrimonio del "filius in potestate", y es paralela a la tutela testamentaria, respondiendo a la misma finalidad: la "tutela rei suae". Pero parece ser que aunque todos los romanistas estén de acuerdo en que mediante la sustitución pupilar el "paterfamilias" testaba por el impúber, sin embargo, no era una figura independiente, sino la resultancia o combinación de una "institutio pupilli" con una "substitutio vulgaris", de cuya combinación nos dice Schulz (2) que puede decirse que la sustitución pupilar encerraba tres disposiciones distintas: a) una por la que el pupilo quedaba instituido heredero del paterfamilias; b) otra por la que el sustituto era instituido heredero del

(1) OSSORIO MORALES, Juan, «Manual de Sucesión testada». Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957, Cap. XI (Las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar). pág. 243. Cfr. igualmente PUIG FERRIOL, Luis, *La sustitución ejemplar en Cataluña*, en «Estudios en honor del Prof. Castán», t. III, pág. 408. Pedro BALLESTER, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 1928, t. 152, núm. V, pág. 528; DE BUEN, Demófilo, «Enciclopedia Jurídica Española (Voz Sustitución)», t. XXIX, pág. 165. BROCA-AMELL, «Instituciones del Derecho civil catalán vigente», 2.^a ed., 1886, página 354.

(2) SCHULZ, *Derecho romano clásico* (Traducción del Prof. Santa Cruz Teijeiro), Barcelona, Ed. Bosch, año 1960, págs. 251 y ss. Cfr. para un examen histórico de esta institución el trabajo de Giorgio LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, en «Studi in onore di P. Bonfante», vol. 3.^o, Milano, 1930, afirmando los viejos orígenes de la sustitución pupilar en la antigua Roma «moribus introductus» según decía ULPIANO y ligada a la «datio tutoris».

paterfamilias bajo la condición de que el hijo no llegara a ser heredero por haber premuerto al testador y c) una tercera por la que el sustituto era instituido heredero del impúber con la condición de que el hijo fuese instituido heredero del padre, pero que muriese dentro de la impubertad.

Queda claro que en la sustitución pupilar el padre (el sustituyente paterfamilias) no sólo disponía de su patrimonio, sino también de los bienes privativos del pupilo y la sustitución pupilar es sencillamente un testamento del impúber otorgado por el paterfamilias con el fin de suplir la falta de testamentifacción activa del pupilo para disponer "mortis causa" de su patrimonio. Se trataba —dice Ossorio Morales (3)— de un "testamentum filii", de suerte que el sustituto pupilar heredaba al "filius" y no al paterfamilias que le había nombrado, y no sólo adquirió, por tanto, los bienes procedentes del testador, sino todo el patrimonio del hijo, sin distinguir la procedencia de los bienes, incluso los adquiridos después de la muerte del paterfamilias.

Cuando en Derecho romano un testador usa de este derecho, puede nombrar para sí otro heredero, eliminando así el requisito de que el impúber hubiera de ser instituido heredero, ya que el paterfamilias, con justa causa, podía desheredar al pupilo y sin embargo sustituirle pupilarmente. Tal cosa era posible —explica D'Ors (4)— porque dado que el impúber no podía testar, el testamento lo hacía su padre o aquél bajo cuya potestad estaba, no sólo para los bienes heredados de él, sino para todo su patrimonio, sin distinguir la procedencia de los bienes (Fr. 10. D. XXXVIII, 6) por lo que se aceptaba la sustitución de un hijo desheredado.

Este mismo criterio lo habrían de recoger nuestras Leyes de Partidas al afirmar que "Puede el padre establecer otro heredero en lugar de su hijo que fuese menor de catorce años, en la manera que es llamada en latín "substitutio pupillaris" faziendo su heredero al moço sobredicho, assi como de suso diximos. *E aun puede esto fazer, maguer lo desheredasse de lo suyo por alguna derecha razón*" (Cfr. P. 6, 5, 6).

Cuando la doctrina se ha ocupado de la posibilidad de sustituir pupilarmente al hijo impúber desheredado por el padre, cuyos antecedentes romanos se encuentran en la Instituta, lo justifican precisamente por entender que la sustitución pupilar tiene su fundamento en la patria potestad y ésta no se pierde aunque se desherede al hijo, si bien queda claro que o hay que instituir o hay que desheredar en el sentido de tener que cumplir con los deberes legitimarios y así se des-

(3) OSSORIO MORALES, op. cit. loc. cit. En este mismo sentido se manifiesta en el derecho catalán BORRELL, en *Reformes de la successió...* en «Revista Jurídica de Cataluña», 1928, págs. 1 a 29 en cuanto reconoce que es un poder extraordinario de testar para sustituir. Idem, en «Dret civil vigent a Catalunya, vol. V, 1.º, página 109, ep. 451. En cualquier caso, sea testamento del padre en que nombra un heredero para él, o testamento del hijo, siempre hay una anomalía respecto al sistema habitual sucesorio romano. Sobre este punto cfr. LA PIRA, op. cit., loc. cit.

(4) D'Ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano* (Ed. Universidad de Navarra), Pamplona, 1968, pág. 279-280.

prende, como luego veremos, del artículo 161, 3.º de la CDC, no faltando autores como Broca-Amell (5) que entendían no ser aceptable hablar de la desheredación de los impúberes ya que por razón de edad, menores de catorce años, no era posible hablar de sujetos pasivos de una conducta merecedora de la desheredación. Por su parte el Código civil no nos dice que haya que instituir ni que desheredar y en definitiva lo que hay es que satisfacer los derechos legitimarios.

El Derecho de Cataluña modificó en parte el tradicional Derecho romano en materia de sustitución pupilar y ello como consecuencia de una organización familiar distinta de la familia romana. Se empieza por advertir que la facultad de nombrar sustituto pupilar al hijo impúber no es algo que corresponde al "paterfamilias", sino al padre. En tal sentido puede consultarse lo dispuesto por el rey Pedro III en Cortes de Perpiñán en 1351, en el sentido de que tan sólo el padre, y no los demás ascendientes, era el titular de la patria potestad sobre los hijos. Siglos después, con la Ley de Matrimonio Civil de 1870 tal poder pasó también a la madre (6).

Una trascendental innovación propia del derecho autóctono de Cataluña y cuyos antecedentes hay que buscarlos en las Cortes de Monzón de 1585 y que ha pasado a la vigente Compilación, es la restricción en la facultad del padre para nombrar sustituto pupilar a cualquiera introduciendo el principio de troncalidad de rancio ábologo en el Derecho de Cataluña, pues como nos dice Roca Sas-

(5) Sabido que el derecho romano admitió la «exhereditio» sin necesidad de justificación alguna y que la sustitución pupilar podía darse con independencia de la vulgar, sin necesidad de instituir heredero al impúber bastando la desheredación (Instituta 2, 16, 4; Cfr. Fritz SCHULZ, op. cit. n. 460 y 468 y ss.), sin embargo, no toda la doctrina clásica catalana estaba de acuerdo, por entender que los menores de catorce años, precisamente por razón de la edad no podían incurrir en desheredación. Y la verdad es que la idea no es desacertada. VALLET DE GOYTISOLO, en *El apartamiento y la desheredación*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL (trabajo que aparece también con ligeras ampliaciones en el volumen sobre Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer de su Tratado práctico y crítico de Derecho civil), 1968, pág. 17, se refiere con profundidad y amplia bibliografía al problema de la capacidad para ser desheredado, ya que nada dice el C. c. ni tampoco la Compilación de Cataluña. La doctrina no está de acuerdo y mientras hay quien entiende que debe ser de aplicación la capacidad penal (así Falcón), otros se han inclinado por dejarlo a la apreciación judicial (Valverde, De Buen, y con dudas De Diego). Otros han distinguido de acuerdo con un análisis de las causas de desheredación (vide arts. 756, 853 y 854 del C. c.) según que fuera materia de delito penal o civil (entre otros Bonet Ramón, Puig Peña). En cualquier caso interesa recordar que la mayor parte de esas causas de desheredación suponen una condena penal y así nos dice Bonet (en su Código civil comentado, pág. 585 y ss.) que la indignidad de suceder está presente la idea de sanción o pena privada por razón de faltas graves cometidas contra el causante. Si esto es así e inclinándonos a la tesis de una apreciación de capacidad penal en relación con el art. 8 del Código penal vigente, habría que concluir que el impúber —menor de catorce años para todos los efectos— no tiene capacidad penal. Véase respecto de las causas de desheredación a que se refiere el art. 853 del C. c. la Sent. del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1904.

(6) Cfr. lo referente a las Cortes de Perpiñán y de Monzón en «Constitutions y altres drets de Catalunya» en el Libro VI, tít. 2.º, Constitución 3.ª del vol. 1.º y en el Libro VIII, tít. 8.º, Constitución 1.ª, vol. 1.º

tre (7) fueron varias las constituciones catalanas de los siglos XIII, XIV y XV que habían inyectado el principio de troncalidad en la sustitución pupilar y en la sucesión intestada de los impúberes.

La materia de las sustituciones alcanzó en el Derecho de Cataluña una importancia trascendental, permitiendo canalizar manifestaciones de unidad familiar tan distintivas del Derecho de esta región, pues como se dijo en solemne ocasión “la casa se convierte en centro de la familia, resumen de un pasado y proyección de un futuro. Todo se hace por y para la casa. De su honor y de su prestigio, de su ejemplaridad y pujanza, participan todos sin excepción. Vivan en ella o se hayan apartado de su seno. La casa no puede morir, debe seguir siendo el centro aglutinante de toda la familia” (8). Todo ello explica la importancia que en un momento determinado pueden tener las sustituciones con su trama ante futuros eventos o el orden de llamamientos en la sucesión intestada de un impúber. Es el deseo de que la unidad familiar patrimonial se prolongue indefinidamente en el tiempo.

La Compilación dedica a la sustitución pupilar, de forma principal, los artículos 156 al 159, ambos inclusive. En términos generales, como afirman Condomines - Faus (9), las normas de la Compilación coinciden con las del Código civil y acogen la doctrina complementaria de la jurisprudencia, pero conviene advertir que las lagunas que puedan presentarse en esta materia concreta (por supuesto que la Compilación no comprende todo el Derecho civil de Cataluña) deberán ser colmadas e interpretadas de acuerdo con el apartado 2.º del artículo 1.º de la Compilación, a cuyo tenor “Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomarán en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan”. Y ello antes que con “los preceptos del Código civil” aunque no se opongan a lo previsto en la Compilación ni a las fuentes jurídicas de aplicación general (ver Disposición Final Segunda de la CDC). Esto me parece defendible por la sencilla razón de que nos encontramos ante una institución que en Cataluña adquiere una fisonomía especial, apartándose de los cauces romanos y por tanto del criterio del Código civil. ya que no sólo se quiere conseguir —como acontece en el Derecho de Castilla— que el impúber muera con testamento, sino que muy fundamentalmente su objeto está impregnado de espíritu troncal, obedeciendo a consideraciones de naturaleza económico-familiar de raíces peculiares.

(7) ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Los elementos componentes de la Compilación en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña»*, Barcelona, 1961, pág. 20.

(8) PORCIOLES COLOMER, José M.^a, Discurso de presentación del Proyecto de Compilación a las Cortes Españolas. Sobre la casa en los derechos forales, cfr. LACRUZ BERDEJO, *Los derechos forales*, en «Estudios de Derecho civil». Bosch. 1958, págs. 17-37.

(9) CONDOMINES-FAUS, «Derecho civil especial de Cataluña». Ed. Bosch, 1960, págs. 201 y ss.

Aplicar como supletorio normas que no estén dentro de esas fuentes de aplicación general no me parece acertado, porque como se afirmó respecto de este apartado 2.º del artículo 1.º de la Compilación, “las normas de conducta jurídicas sólo son verdaderamente válidas en cuanto responden a sentimientos, anhelos y necesidades de la comunidad que las vive”. En este sentido se puede decir con Lalinde Abadía (conferencia, aún no publicada, en las Jornadas de Derecho foral en Jaca, agosto 1972, sobre “De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad”) que la historicidad es el presupuesto y el apoyo de las legislaciones forales.

2. *Concepto y denominación*

Advertía justamente Coll i Rodés (10) que en el Derecho catalán, basado en el romano, la institución no se había alterado sustancialmente, pero sí se había cambiado su concepto al haberse modificado el organismo de la patria potestad. De esta forma la sustitución pupilar es el nombramiento de heredero ordenado por el padre, y en su defecto, por la madre, respecto del patrimonio de su hijo sujeto a la patria potestad, para el caso de que muera impúber, en favor de las personas autorizadas por la ley para ser favorecidos. De ello deducía Coll i Rodés que estábamos ante una institución más bien que ante una verdadera sustitución.

En efecto, la sustitución pupilar tiene por finalidad evitar las consecuencias de la sucesión intestada y consiste en el nombramiento de un sustituto que pueden hacer los padres, el padre o la madre, mientras ejercen la patria potestad sobre sus hijos impúberes, para el caso de que mueran antes de dicha edad (*intra pubertaten decesserit*) y que la Compilación, a todos los efectos, señala en la edad de catorce años para el hombre y la mujer (art. 156, *in fine*), ya que de ocurrir así, tales menores no habrían alcanzado la edad para poder otorgar testamento y muertos intestados heredarían sus parientes legítimos. Se suple, pues, la falta de testamentifacción activa. Acertadamente decía Borrell i Soler (11) que “*quam s’institueix hereu un impúber resta el perill que, per morir l’instituitabans la pubertat, els bens del testador passin als hereus intestats de l’impúber, i, per tal d’evitā-ho, s’introduí la substitució pupillar. Al principi només comprenia els bens del testador, pero el costum l’estenguè als del mateix pupil, tan els que tenia en disposarse substitució, com els adquirits després, sia en vida del testado, sia després de mort, per la qual cosa la dita substitució s’anomena i obra com a un testament de l’impúber; essent una excepció a la regla que no permet de testar per altrui*”. Luego la sustitución pupilar significa que el testador instituye heredero en una

(10) COLL I RODES, Ramón, *De la successió dels impubers en dret català*, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1909, pág. 248 y ss.

(11) BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona, 1923, vol. V, página 109 y ss.

herencia que no es la suya. No es o no responde con exactitud al juego propio de una sustitución, porque mejor le convendría el de institución y acaso, como se ha dicho, la denominación de sustitución, usualmente utilizada. se deba a que es igualmente usual el que el testador sustituyente a la vez que nombra un heredero para el sustituido, instituya heredero suyo (12).

Pero tanto el Derecho romano (Digesto 28, 6., "de vulgari et pupillari substitutione") como en el derecho positivo español, la pupilar aparece dentro de las sustituciones. Así el Código civil recogiendo esta línea tradicional la estudia bajo la denominación de tal en los artículos 774 a 789 (Sección Tercera, Título Tercero, del Libro Tercero) e igualmente la Compilación de Derecho civil de Cataluña bajo la denominación "De las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar" engloba unas y otras; modalidades que en puridad encierran conceptos distintos las primera de las dos restantes. Por esto se ha presentado siempre a la doctrina el problema o cuestión terminológica en orden a decir si efectivamente la pupilar es o no una verdadera y propia sustitución, como lo es la vulgar o la fideicomisaria, por ejemplo.

Se ha sostenido, entre otros por Albaladejo (13), que en realidad la figura de la sustitución pupilar y de la ejemplar no encajan dentro de tal denominación que tan sólo por razones históricas se han venido encuadrando dentro de esa rúbrica. Es más, piensa Albaladejo que con relación a estas dos figuras (pupilar y ejemplar) hubiera sido mejor el que "el propio legislador hubiera proclamado explícitamente la unificación de las dos figuras, ya que realmente hay una sola, aplicable en dos situaciones: impubertad e incapacidad por demencia".

Desde luego ambas responden a la misma idea que no es otra sino la de nombrar sustituto para el caso de que el instituido muera sin hacer testamento, variando tan sólo la causa de dicha imposibilidad. Este criterio de sistemática lo siguen recientemente Lacruz-Sancho (14).

Sustituir es tanto como colocar a una persona (sustituto) en el lugar de otra (sustituida), de forma que mediante el mecanismo de la

(12) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en «Sustituciones Hereditarias» (Ed. Gráficas Summa. Oviedo, 1956). Sustituciones pupilar y ejemplar, en pág. 123.

(13) Este criterio sistemático —que más recientemente siguen en su «Derecho de Sucesiones» (1) los Profs. LACRUZ-SANCHO (pág. 681)— que ALBALADEJO defiende en su conocida monografía sobre las sustituciones hereditarias, cuando se aplica al Derecho civil de Cataluña ha de recogerse con naturales reservas, pues si bien se sostiene que ambas instituciones (la pupilar y la ejemplar) no son distintas, sino manifestaciones de una misma figura jurídica que tan sólo difieren por las causas, conviene recordar las diferencias que entre ellas se dan y que recoge PUIG FERRIOL en el trabajo ya citado (págs. 408-410). No obstante la propia Compilación establece en el art. 161, ap. 2.º la analogía de ambas sustituciones permitiendo la aplicabilidad supletoria de las normas de la pupilar a la ejemplar en cuanto lo permita su naturaleza.

(14) LACRUZ-SANCHO, en op. cit. que sigue la que llama útil sugerencia sistemática de ALBALADEJO, generalmente no utilizada por la doctrina.

sustitución el sustituto se coloca en lugar del llamado como heredero o legatario, es decir, en defecto del primer instituido o para después del mismo, supuestos que se dan en el caso de la sustitución vulgar o de la fideicomisaria, ya que ambas responden fielmente a la naturaleza de las sustituciones. Pero, en cambio, en la sustitución pupilar (e igualmente cabe decir de la ejemplar) no se refleja exactamente esa idea de sustituir. Es por esto que un gran sector doctrinal ha puesto de manifiesto el error tradicional. Afirma Albaladejo (15) que junto a la sustitución vulgar existen otras figuras llamadas también sustituciones pero que no son tales en el sentido del término cuando se habla de la vulgar (instituir un heredero en defecto de otro: *sub-instituere*), sino sustituciones en el sentido de que se sustituye a otro en el ejercicio del poder de disponer *mortis causa*, nombrándole un sucesor. El punto es compartido por otros muchos autores que entienden que es impropio hablar de sustitución para la pupilar, pues lo que se hace es una sustitución del testador y no del heredero o legatario. Así, Ossorio Morales (16) afirma que su encuadramiento obedece a razones históricas más que a otras de índole sistemática. Para Puig Brutau (17) la sustitución pupilar suple la falta de testamentificación activa y evita el juego automático de la sucesión intestada. Este es el criterio de un sector mayoritario de nuestros civilistas (De Diego, Traviesas) y lo afirmaba rotundamente el propio Coll i Rodes (18) cuando decía que la sustitución pupilar producía idénticos efectos que si el impúber hubiese nombrado a su heredero y sucesor, por lo que entendía en puridad que no podía hablarse de sustitución, sino de institución, ya que no se trataba de alguien que venía a colocarse en el lugar de un primer instituido, sino que en virtud de la sustitución pupilar el llamado sustituto sucede en la herencia del hijo como si fuera un heredero directo instituido por el padre. Este era el criterio de todos los romanistas que unánimemente pensaban que mediante la pupilar, el paterfamilias testaba por el impúber. Era un "testamentum filii". Más recientemente Condomines-Faus (19), han afirmado categóricamente que las sustituciones pupilar y ejemplar no son tales en el sentido de designación de un segundo heredero en defecto del primero, sino que aquí hay sustitución en la testamentificación activa; el padre, la madre, los ascendientes se ponen en el lugar del que sería testador si tuviera capacidad para ello y no la tiene por no haber cumplido la edad o por incapacitación por las causas legales, y para el caso de que subsista su estado de incapacidad al morir.

A pesar de estas consideraciones de la doctrina cuando llegó la

(15) ALBALADEJO GARCÍA, op. cit., pág. 119.

(16) OSSORIO MORALES, op. cit., en pág. 237.

(17) PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho civil», t. V, 2.º (Las sustituciones pupilar y cuasi pupilar o ejemplar), pág. 493 y ss.

(18) COLL I RODES, op. cit., 1909, pág. 248 y ss.

(19) CONDOMINES-FAUS, op. cit., pág. 202.

hora de redactar la vigente Compilación (e igualmente en todos los Anteproyectos) la sustitución pupilar es llamada así y encuadrada, por lo mismo, dentro de la rúbrica de tales instituciones. Acaso, como se ha dicho en alguna ocasión, por falta de imaginación para encontrar una denominación más en consonancia con su alcance y sentido, acaso porque como advertía Coll i Rodes, en la práctica no había mayor inconveniente en considerar a la pupilar como una sustitución (20). Sea lo que fuere en la Compilación la sustitución pupilar consiste en un testamento del impúber otorgado por quienes ejercen la patria potestad y ello nos obliga a entender la denominación de sustitución en un sentido equivalente a sustitución en la facultad de testar.

3. *Forma de ordenarse*

En nuestra opinión, teniendo presente el apartado 1.º del artículo 156 que habla de que “...podrán sustituirlo (al hijo legítimo impúber) en el testamento que otorguen (el padre o la madre que ejerzan la patria potestad) para su propia herencia...” y el apartado 1.º del artículo 157 que se refiere a la herencia o legado del padre o de la madre que dispuso la sustitución, resulta que la sustitución pupilar tal y como la concibe la Compilación es un testamento del impúber otorgado por el padre o por la madre titulares de la patria potestad. Que por otra parte no es necesario que se instituya heredero al impúber (Vide arts. 156 y 157 CDC) que tan sólo tendrá derecho a la legítima en la forma que determina el artículo 161, 3.º. Luego resulta admisible testar por el impúber sin que reciba otra cosa que la legítima que le corresponde en su herencia. Pero puede ocurrir que el impúber haya sido instituido heredero y entonces, en relación con los bienes de que se le instituye, hay institución sucesiva, pues el impúber aparece como heredero o legatario y para el supuesto de que fallezca antes de llegar a la pubertad, los bienes pasan al nombrado sustituto. A este respecto ya indicaba Coll i Rodes (21) que se podía hablar de una sustitución pupilar impropia que se hace a un impúber instituido heredero del sustituyente para el caso de no llegar a la edad de la pubertad y una sustitución pupilar propia que (combinada con la vulgar o con la fideicomisaria condicional) comienza por hacer el llamamiento a favor del hijo impúber y después se le sustituye pupilarmente. Es decir, el hijo impúber adquiere la condición de heredero o legatario y para el caso de que fallezca “intra pubertatem” se nombra el sustituto al que van a parar los bienes, con lo que dicho sustituto es, hasta cierto punto, un fideicomisario condicional. Ello podría verse en el artículo 157 de la Compilación.

Estamos pues ante un testamento del hijo impúber otorgado por el padre o madre titulares de la patria potestad y tal sustitución en la

(20) COLL I RODES, op. cit., año 1909, en pág. 248.

(21) A propósito de una clasificación de la pupilar en propia e impropia, cfr. COLL, en op. cit., pág. 347 y ss.

testamentifacción constituye una clara y evidente excepción al criterio personalísimo que el testamento tiene conforme al conocido artículo 670 del Código civil. Frente al principio establecido por este artículo la doctrina ha argumentado razonablemente que la sustitución pupilar es un verdadero testamento otorgado por el padre o madre para así regular la sucesión del hijo. Entre otros, OSSORIO MORALES (22) recoge los de carácter histórico (Derecho romano y legislación de Partidas) o el hecho de que en el Código civil artículos como el 777 o el 813 al consagrar la inviolabilidad de la legítima prohibiendo al testador imponer sobre ella *sustitución* de ninguna clase indica que la sustitución pupilar no es un acto de testamentifacción activa del sustituyente, pues de ser así sólo a la parte de libre disposición podrían quedar reducidas dichas sustituciones; pero resulta que no es así y que el Código civil, no limita el alcance a sólo esa parte de libre disposición del testador que recaiga en el instituido, sino que también surte efectos sobre lo que el impúber adquiere como legítima. Ello es porque tales sustituciones se tratan como normas que se refieren a la sucesión del incapaz. Para ALBALADEJO (23) el sustituido no muere intestado, al menos —dice— en el sentido que tiene la expresión, ya que se trata de un causante que fallece con su sucesión regulada, no por disposición de la ley, sino por voluntad del hombre manifestada en testamento. Se trata de una excepción del artículo 670 del Código civil.

Este poder testar por otro, esta sustitución en la facultad de testar la autoriza la misma ley; su origen es legal, entendiendo el legislador que la disposición “mortis causa” ordenada por el sustituyente redundará no sólo en interés del hijo impúber, sino también y muy principalmente, en interés de la organización familiar, de la casa, al evitar las consecuencias de una sucesión intestada. Así veo la esencia de la sustitución pupilar y por eso la Compilación faculta al titular de la patria potestad (art. 156 CDC) para que actúe en nombre propio y en interés ajeno. El que son los titulares de la patria potestad quienes actúan es evidente, pues no resulta viable decir que actúa el impúber, toda vez que precisamente el expediente lo arbitra la ley para evitar las consecuencias de abintestato al ser personas incapaces de testar y que el testador sustituyente actúa en interés del sustituido es algo que va implícito en la esencia de la misma institución pupilar.

(22) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, en pág. 246 que trata ampliamente el problema de la naturaleza jurídica de la sustitución pupilar. En el derecho catalán anterior a la Compilación la opinión que podríamos decir dominante, entendía que tanto en sustitución ejemplar como en la pupilar, el sustituyente disponía de su herencia y de la del descendiente. Ha de hacerse notar la opinión distinta de BROCA-AMELL, *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*, Barcelona, 1886, t. II, pág. 357, en cuanto sostenían que la ejemplar comprendía tan sólo los bienes propios del sustituyente. Cfr. PUIG FERRIOL, op. cit., en págs. 410-412 por cuanto las afirmaciones que sienta respecto de la sustitución ejemplar son de aplicación a nuestro caso.

(23) Vide ALBALADEJO, op. cit., pág. 139-140.

Un autor tan conocedor del Derecho sucesorio catalán como Roca Sastre (24) ha dicho que “en las sustituciones pupilar y ejemplar, más que una verdadera sustitución hay que ver una autorización legal al ascendiente para designar testamentariamente heredero al descendiente”. Hay así como “una designación de heredero por comisario legal”.

Esta posición doctrinal que se acerca a los llamados negocios jurídicos de autorización, con las naturales salvedades que se imponen dado su origen legal y no derivado de un negocio jurídico, ha sido utilizado por Puig Ferriol para la sustitución ejemplar (25) y no hay razones para no poderse aplicar a la pupilar ya que los dos casos podrían incluso reducirse, tal y como se decía anteriormente, a un solo supuesto aplicable a dos situaciones en los que la ley presume (como en otros supuestos) que quedan así mucho mejor garantizados los intereses familiares que dejándolos a lo que en su momento pueda ordenar la ley. Este proceder es algo connatural con el Derecho de Cataluña que confía más en la previsión del hombre que en la providencia del legislador y obedece sin más al principio de libertad del sujeto de derecho.

Por otra parte, y de acuerdo con la regulación que nos da la Compilación de esta sustitución, resulta que de conformidad con el artículo 156, 1.º, el padre o la madre disponen también “mortis causa” de su propia herencia. Siendo esto así, me parece que se podría dar por sentado que la Compilación da por resuelto un viejo problema, pues de la lectura del dicho artículo 156 de la Compilación se puede decir que hay un solo testamento en el que se dispone de dos masas hereditarias. Examinemos a continuación estos problemas.

a) Unidad del testamento.

En el Derecho romano mediante el testamento del “paterfamilias” cuando se ordenaba la sustitución pupilar, se deferían dos herencias, la del paterfamilias y la del impúber, y ya hemos defendido aquí que en puridad no se trataba sino de “testamentum filii” o de

(24) ROCA SASTRE, Ramón M.^a en «Notas a KIPP (ENNECCERUS), t. V, 1.º, pág. 283.

(25) PUIG FERRIOL, Luis, op. cit., pág. 412 citando a RIERA AISA (voz Autorización, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. III, pág. 159 y ss.). En definitiva la tesis defendida por PUIG FERRIOL en cuanto a la sustitución ejemplar, es defendible perfectamente en la pupilar que estimo supone una mera sustitución en la facultad de testar con origen legal, autorizando al testador sustituyente (titular de la patria potestad) para que en su propio nombre y en interés del sustituido (y aún más, en interés de la casa familiar), disponga en el testamento que otorguen para su propia herencia, es decir, «mortis causa», de su patrimonio. Todo ello explica la esencia de la sustitución pupilar. Pensemos en la redacción del art. 157 de la Compilación que declara que en la sustitución pupilar el sustituto tiene el carácter de heredero del impúber en la herencia por éste relicta. Además, para demostrar que estamos ante un heredero no abintestato, sino testamentario, basta pensar que puede serlo una persona cualquiera que no tiene que ser pariente del impúber y que lo único que ordena la Compilación es guardar las limitaciones del art. 158 en cuanto mantiene el espíritu de troncalidad.

un verdadero caso anormal de testamento otorgado por representación. Con relación a este punto tan debatido por la doctrina, escribía Coll i Rodes (26) que había la posibilidad de disponer la sustitución pupilar en un solo acto y que cuando el testamento paterno y la sustitución iban juntas y se otorgaban en un mismo acto, siempre se ponían en juego dos herencias. Por tanto y sin perjuicio de reconocer que el caso no era pacífico en las fuentes romanas, sin embargo, cabe señalar que la mayoría se inclinan por la unicidad testamentaria (27).

La Compilación del Derecho civil de Cataluña entiendo que, sin titubeos, acepta la tesis de la ordenación en un solo testamento (28) y ello se puede argumentar sobre la base que ofrece el apartado 1.º del artículo 156 de la Compilación. Ello ofrece, además una mayor seguridad jurídica que si se dejara o se aceptara la dualidad de testamentos, ya que surgirían dudas acerca de la posible revocación de

(26) Tal sustitución (la pupilar) nos dice D'ORS, op. cit., pág. 280, debe hacerse en un testamento válido, y por eso es imprescindible que el padre nombre un heredero para sí, además del que nombra para su hijo. Esta doble institución solía hacerse en tablillas separadas, de forma que el nombre del sustituto pupilar quedara oculto hasta morir el pupilo. (Ver en nota núm. 1, 2 y 3, al epígrafe núm. 5 de la monografía de COLL, las interesantes citas que hace al Derecho romano acerca de las posibles indidas contra el pupilo). El testamento es aparentemente doble —dice D'ORS— pues el acto es uno sólo e igualmente el testador (D. 28,6,20 pr. «testamentum pro uno habetur»; D. 42,5,28: «unum esse testamentum»). Cfr. sobre este interesante particular a BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación* (Trad. de Fairén), pág. 261 y ss. Ver también COLL, op. cit., loc. cit. La solución de aceptar la existencia de un solo testamento que para la ejemplar no queda claro en la Compilación, siendo necesario remitirse a lo que expresamente dice para la pupilar, me parece la más segura, aparte de que cuenta con una nutrida defensa por parte de la doctrina. Pero además garantiza más la seguridad jurídica, lo que estimo no sería tan seguro si hubiera que discutir la existencia de dos testamentos, que sólo se dan en apariencia. A ello se puede unir el argumento que ofrece el art. 156, 1.º de la Compilación, ya que teniendo que ordenarse la sustitución en el testamento que otorguen el padre o la madre para su propia herencia, lo natural es que sea en ese mismo testamento en el que se haga la ordenación pupilar (y ello pese al ap. 1.º del art. 157), porque no veo otra finalidad en las palabras de la ley.

(27) Vide MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho romano* (que contiene la teoría de la Instituta), 2.ª ed. Madrid, 1845, pág. 402, ap. 701, B., en que el autor nos habla de un solo testamento, el que hace el padre por sí mismo y en nombre del hijo impúbero. Cabe —añade— hacer ambos bajo un mismo contexto o hacer uno por escrito y otro oral (Cfr. D. XXXVIII, 6). BIONDI, *Sucesión testamentaria...* ya cit., 1960, pág. 261 y ss., inclinándose igualmente por la unidad testamentaria. GLUCK (Federico), MUHLLENBRUCK (C. F.), *Comentario alle Pandette*, Libro XXVIII (Traducción y notas de ASCOLI), Milano, 1904, págs. 91 y ss., donde tras reconocer que sólo cabe la sustitución pupilar en testamento válido y formal, reconoce asimismo que se trata de «sequela paterni testamenti» (ver nota 25 en pág. cit.) que puede hacerse en el mismo testamento paterno, con cita de ULPIANO («Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in iure pretorio...»).

(28) Vide PUIG FERRIOL, op. cit., pág. 413, donde dice que si bien el problema no se presenta expresamente al tratar de la ejemplar, sin embargo, de acuerdo con el criterio analógico establecido en el art. 161, 2.º, se remite a la pupilar para la que le resulta clara la tesis que aquí defendemos de un solo testamento y dos masas hereditarias, pese a que el sustituyente disponga en un mismo acto de las dos herencias.

uno por otro, por ejemplo, o bien surgirían problemas relativos a las formalidades de los mismos y que ya se presentaban en el Derecho romano (29). Aunque no fuera sino por evitar tales problemas, ya entiendo acertada la postura de la Compilación cuando en el referido apartado 1.º del artículo 156 declara la unidad testamentaria. En la doctrina catalana más reciente, Puig Feriol la acepta al hablar de la ejemplar, a pesar de que el sustituyente disponga en un mismo instrumento de su propio patrimonio y del de su descendiente sustituido.

En la doctrina civil común y pese a las diferencias de pareceres defienden esta tesis autores como Lacruz-Sancho (30) y Albaladejo (31).

El artículo 156, 1.º de la Compilación afirma que el padre o la madre podrán sustituirlo pupilarmente en el testamento que otorguen para su propia herencia y ello nos hace pensar que no sería lógico que el testador sustituyente teste exclusivamente para prevenir y evitar el abintestato del impúber, quedando su patrimonio sin regulación alguna. Sería, nos parece, algo anómalo y por ello me inclino a pensar que el precepto, contemplando el "id quod plerumque accidit", entiende que no puede el sustituyente testar para su hijo impúber sin que al mismo tiempo disponga "causa mortis" de su propio patrimonio. Ese creo que es el espíritu del artículo 156 de la Compilación y ello sin perjuicio del orden de las disposiciones relativas a la institución y a la sustitución, cosa que no establece la Compilación (32).

Fieles a este punto de vista, si la sustitución pupilar, de acuerdo con el artículo 156 supone un solo testamento, debe seguirse la consecuencia de que será ineficaz la ordenación pupilar instrumentada precisamente en ese testamento que resulta nulo por no contener institución de heredero y siendo nulo el testamento, también lo será la sustitución pupilar en él ordenada (33). Este criterio, con las salvedades

(29) Afirma MACKELDEY, op. cit., loc. cit., que si otorga los dos testamentos al mismo tiempo, no se está obligado a llenar las formalidades ordinarias más que una sola vez, y nada importa que nombre antes a su propio heredero o al de su hijo; pero si los otorga en época diferente, está obligado a hacer primero el suyo y a observar en cada uno aquellas que son las formalidades ordinarias.

(30) Vide su «Derecho de Sucesiones», ya citado, en pág. 684.

(31) Sustituciones hereditarias, op. cit. (Cap. 2.º, *Alcance de la sustitución en el C. c.*, págs. 139 y ss. Ver la cita que hace de LACRUZ-SANCHO en op. cit., página 684, nota 2).

(32) En el derecho romano el orden era también cosa importante y así JORSKUNKEL, «Derecho Privado Romano» (Trad. del Prof. Prieto Castro) 1955, pág. 455, afirman que todas las disposiciones del testamento estaban de tal modo subordinadas a la institución «caput et fundamentum totius testamenti» que era preciso para que aquél fuera eficaz que todas las disposiciones se consignaran después de la «institutio». Esta rigidez no cabe duda que no la encontramos en la Compilación en el art. 156 ni en general en los ordenamientos modernos.

(33) La sustitución pupilar ordenada en testamento nulo por incapacidad del sustituyente, también lo puede ser por vicios del consentimiento o por defectos de forma o revocación. A la falta de institución de heredero se pueden equiparar otros supuestos como son la falta de condición suspensiva puesta a la institución, premoriencia o repudiación sin tener sustituto y sin haber lugar al derecho de

des que haremos enseguida, lo sigue Puig Ferriol (34) al hablar de la sustitución ejemplar, tomando como base de sus argumentaciones justamente lo que él entiende es aplicable a la pupilar y que no es dudoso en el Derecho civil general de Cataluña, por lo que lo afirma claramente de la ejemplar por aplicación del criterio de analogía que consiente el artículo 161, 2.º de la Compilación, en cuanto supletorio de las normas que regulan ambas instituciones (35).

b) La sustitución pupilar y el codicilo.

Cabe, sin embargo, plantearse el problema de si siendo nulo el testamento y entre otras causas por falta de institución de heredero (ver artículos 109, 1.º y 242, 1.º de la Compilación), puede mantenerse la eficacia de la sustitución pupilar en codicilo o en virtud de la llamada cláusula codicilar.

En la doctrina catalana anterior a la Compilación ya Borrell (36) sostuvo la viabilidad de la sustitución pupilar en virtud de la cláusula codicilar que quedaba implícita en todo testamento ineficaz. Más recientemente Puig Ferriol (37) al hablar de la sustitución ejemplar lo defiende, utilizando el indicado criterio analógico que consiente, entre la pupilar y la ejemplar, el artículo 161 de la Compilación. En cambio Coll i Rodes (38) reconoce que tan sólo por testamento puede ordenarse la sustitución pupilar, ya que es algo integrante del testamento paterno, que es lo principal, y del que la sustitución es sim-

acrecer. Vide FIGA FAURA, «Manual de Derecho civil Catalán», Ed. Bosch, Barcelona, 1961, págs. 491 y ss.

(34) PUIG FERRIOL, en su estudio ya citado, pág. 414.

(35) La nulidad de la sustitución pupilar en el supuesto de ineficacia del testamento que la contiene, ya la apuntaba COLL I RODES, op. cit., pág. 307, en «RJC», año 1910, al entender que como la sustitución pupilar era algo accesorio del testamento paterno, había de seguir su suerte («...si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit...» Frag. 2, ULPiano, D. XXVIII, 6), si bien añadía COLL que la ineficacia había de ser total y completa (más adelante se tendrá ocasión de hablar sobre este punto al comentar la nulidad por causa de preterición errónea). Desde luego entendía que en caso de falta de institución de heredero («testamento destitutum seu desertum») cae con todas las disposiciones que pueda contener (pág. 307, nota 12) y con cuyo criterio no estamos de acuerdo. Confrontar también MACKELDEY, ya citado (pág. 403), que también habla de la extinción de la sustitución pupilar (no es exacto hablar de extinción en lugar de eficacia) cuando el testamento del padre es nulo, salvo el caso del privilegio concedido a los militares (una clase tan mercedora del privilegio imperial) para sustituir pupilarmente aun no teniendo patria potestad sobre el impúber, y sin que se declarara ineficaz por nulidad del testamento que la contenía (ver pág. 403 y nota 9). Vide también GLUCH-MUHLENBRUCH, ya citado en Libro XXVIII, pág. 149 donde se afirma que «...la validità e l'efficacia della sostituzione pupillare dipende dall'esistenza di un valido ed efficace testamento paterno».

(36) BORRELL, «Dret civil vigent a Catalunya», Barcelona, 1923, vol. V, pág. 391. Este mismo criterio es seguido por PUIG FERRIOL para la sustitución ejemplar aplicando por analogía (ver art. 161, 2.º de la Compilación) las normas en la materia. Cfr. op. cit., pág. 414 y nota 8.

(37) PUIG FERRIOL, op. cit., loc. cit.

(38) En «Revista Jurídica de Cataluña», 1909, pág. 305 y ss., y en notas núms. 3, 4 y 9.

ple corolario o accesorio que se mantiene o decae con el dicho testamento paterno. Y además —sigue diciendo Coll— por tratarse de una facultad extraordinaria que la ley concede al padre (39), razón por la que sólo en este modo puede ejercitarse. También en los precedentes romanos (Cfr. D., 36, 1, 78) la sustitución pupilar no se podía ordenar en codicilo (40).

En la legalidad vigente en Cataluña hemos de plantearnos el problema de si cabe o no ordenar la sustitución pupilar en codicilo, ya que, de una parte sabemos que el Derecho general de Cataluña exige la institución de heredero como requisito esencial para la validez del testamento (arts. 109, 1.º y 242. 1.º); de otra que en codicilo no se podrá instituir heredero (art. 105, 1.º) y finalmente, que en la sustitución pupilar el padre o la madre sustituyentes han de instituir heredero que no ha de ser necesariamente el hijo impúber, ya que configurada en la Compilación la pupilar como un testamento del impúber otorgado por el titular de la patria potestad, las disposiciones testamentarias afectan en primer lugar a la herencia del hijo y en segundo lugar a lo que haya adquirido de sus padres, resultando además que es posible testar por el impúber sin darle otra cosa que lo que por legítima le pueda corresponder, de acuerdo con el artículo 161, 3.º de la Compilación.

El codicilo es, conforme al criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (41), una “institución conservada en Cataluña por virtud de la tradición y fuerza del Derecho romano y es una disposición breve de última voluntad, sin institución de heredero y desprovista de las formalidades típicas del testamento, *en el que cabe ordenar fideicomisos y legados*, por ser materia propia, pero no institución de heredero *ni hacer directamente una sustitución* (el subrayado es mío), porque en realidad —sigue diciendo el Supremo— constituye una manera de completar o reducir los testamentos” (42).

(39) Desde luego se habla por la doctrina de una facultad que emana de la patria potestad y muy parecido al que tenía el padre romano para nombrar tutor. Vide OSSORIO MORALES, op. cit., en pág. 245 y también GLUCK, op. cit., pág. 11.

(40) En el derecho romano el codicilo podía contener toda clase de disposiciones excepto la institución de heredero y la desheredación reservadas al testamento (I. 2,25,2: «Codicillis hereditas neque dari neque adimi potest») Cfr. JORSKUNDEL, op. cit., pág. 461 y ss. Importa señalar que los fideicomisos podían ser otorgados no sólo en testamento sino también en codicilo, confirmado en testamento o no (Jul. D., 40,5,47, 4). Interesa señalar también cómo el codicilo adquiere gran importancia práctica en cuanto consiente al testador la posibilidad de prevenirse contra la ineficacia sobrevenida del testamento y esto, en el derecho de Cataluña, justifica el aseguramiento del orden sucesorio y la persistencia de la pupilar. Cfr. también LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 441. GUTIÉRREZ ALVIZ ARMARIO, F., «Diccionario de Derecho romano», Madrid, 1948, pág. 100.

(41) Consultar las sentencias del T. S. de 22 de junio de 1948; 25 de marzo de 1957 y sobre todo de 23 de febrero de 1962.

(42) BORREL, op. cit., vol. Vº, pág. 59 le llamaba «postdata del testamento». GUTIÉRREZ ALVIZ, op. cit., le define como acto de disposición «mortis causa», redactado originariamente por escrito, sin estar sometido a ninguna de las forma-

Por su parte, la Compilación nos dice en el artículo 105 que "Por el codicilo el otorgante adiciona o reforma parcialmente su testamento o, a falta de éste, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos abintestato. En codicilo no se podrá instituir heredero ni revocar la institución anteriormente otorgada, ni excluir algún heredero testamentario de la sucesión. Tampoco podrán establecerse sustituciones, salvo las fideicomisarias y las preventivas de residuo, ni desheredar a los legitimarios ni imponer condiciones al heredero.

"En el caso de que el codicilo contenga institución de heredero, los anteriormente instituidos en testamento o, en su defecto, los abintestato, tendrán el carácter de herederos sujetos a fideicomiso puro, y el designado en codicilo el de heredero fideicomisario.

"Los codicilos deberán otorgarse con las mismas solemnidades externas de los testamentos".

Añade el artículo 106 de la Compilación que "El testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal y no es nulo por preterición errónea de legitimarios" (43).

Según Condomines-Faus (44) el codicilo puede ser desde un simple complemento de un testamento válido hasta un documento que completa la sucesión intestada o bien codicilo resultante de un testamento ineficaz, si reúne las circunstancias necesarias y no hay preterición errónea de legitimarios. E incluso los citados comentaristas afirman que el codicilo que se salga de su órbita y llegara a instituir heredero (prohibido ex art. 105) no por ello dejaría de tener consecuencias, ya que convierte al que fue instituido anteriormente en testamento o al heredero abintestato en heredero fiduciario, siendo fideicomisario el instituido en codicilo.

Pues bien, de acuerdo con todos estos antecedentes doctrinales y de derecho positivo, entiendo que es defendible la tesis de que es posible ordenar la sustitución pupilar en codicilo y ello por las siguientes razones:

a') Porque si bien es cierto que faltando la institución de heredero en testamento éste sería nulo, también cabe sostener la eficacia de la sustitución pupilar en él ordenada en virtud de la operatividad "ipso iure" de la cláusula codicilar implícita en todo testamento ineficaz conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Compilación y sin necesidad de que el testador lo manifieste de forma expresa. Basta para ello que no se incurra en preterición errónea, de legitimarios. Por esto y pensando como lo hace Puig Ferriol (45), al

lidades del testamento, conteniendo, por lo general, disposiciones adicionales a un testamento anterior.

(43) Ver en la Compilación del derecho civil especial de Baleares el art. 17 (Cap. II, Tit. II), en su último inciso, sin esa efectividad «ope legis».

(44) CONDOMINES-FAUS, en op. cit., pág. 149. LACRUZ-SANCHO, op. cit., página 441.

(45) Vide PUIG FERRIOL, «La sustitución ejemplar en Cataluña», ya citada reiteradamente en este estudio, pág. 415 y ss. Siguiendo a este autor me parece

hablar de la ejemplar, en el sentido de que tanto en una como en otra modalidad hay que tener presente el "favor testamenti" y el deseo de mantener la unidad familiar y la conservación del patrimonio (razones que justifican sobradamente esta excepción al principio establecido en el artículo 670 del Código civil), nos parece inaceptable la tesis de que nulo el testamento, es también ineficaz en el Derecho civil catalán la sustitución pupilar ordenada. Cabe aceptar con el autor últimamente citado que la ineficacia de la sustitución pupilar (e igualmente en la ejemplar) es incuestionable cuando se trate de un problema de *forma*, pero no cuando se pueda concretar en un efecto sucesorio relativo a una de las dos herencias. Es decir, hay que mirar no al acto del otorgamiento que es uno (art. 156), sino a los efectos de la sucesión, o al contenido testamentario y es claro que nuestra Compilación distingue claramente la herencia del sustituyente y la del impúber sustituido (art. 157). Esta postura es aceptable en el

acertado no llevar la tesis de la unidad testamentaria hasta sus últimas consecuencias, pues si cabe y es posible concretar la ineficacia en una de las dos herencias que se dan en la sustitución pupilar, no veo por qué debe alcanzarse al todo innecesariamente. Con ello se atacaría sólo una y sería viable la herencia no afectada. Vide el criterio de COLL i RODES, en este estudio ya citado sobre *La sucesión de los impúberes en el Derecho catalán*, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1910, pág. 270, parágrafo 29, cuando afirma que, «en relación a la persona que «disposi la substitució, els ascendents may tindran la consideració d'hereus forzosos ni per lo tant podran atacar com inoficiós son testament; doncs la substitució pupilar suposa al menys la existencia d'un fill impuber á qui se substitueix y ja es sapigut que l'ascendents no tenen dret á la legitima quam existeix un sol descendent». Es fundamental consultar a VALLET DE GOYTISOLO en sus «Apuntes de Derecho sucesorio» (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), Madrid, 1955, en pág. 49 y ss. y en otro trabajo concienzudamente elaborado acerca de «El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles», en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1961, págs. 3-115. Nos dice VALLET cómo en Castilla era ya tendencia la de atenuar los efectos de nulidad del testamento a causa de la preterición y sobre reconocer que el comentarista Antonio Gómez fue de la opinión de mantener los efectos respecto de la mejora, funda su opinión en el valor de cláusula codicilar que atribuye A. Gómez a todo testamento «inter liberos» («Item etiam, quia semper in testamento condito inter liberos censetur tacita apposite clausula codiciliaris, quae facit actum valere omni meliori modo quo possit»).
 Interesa destacar en este punto la posibilidad de interpretación que ofrece la Novela CXV y la «Authentica Ex Causa». Esta última en el extracto debido seguramente a Irnerio en el Cap. III, dice así: «Ex causa exheredationis vel preteritionis irritum est testamentum quantum ab institutionis: *cetera namque firme permanet*». En esta manifestación —tan diversamente interpretada en la doctrina de los autores: ver VALLET, en *ADC*, 1967, cit., pág. 96— podía comprenderse perfectamente la validez y mantenimiento de la sustitución pupilar ordenada. Así lo entendían, entre otros, Bartolo (citado por Vallet), A. Gómez, Tello Fernández, Spino y Covarrubias, autor éste último que sin titubeos acepta en los testamentos «inter liberos» la cláusula codicilar y la cláusula «omni meliori modo, quod possit» (ver nota 174, pág. 57 en Apuntes de Vallet, cit.). Estos mismos argumentos, que tan decisivamente hablan de la permanencia de la sustitución pupilar pese a que el testamento sea irrito o nulo, tienen especial importancia en los comentarios que se hacen a la Ley 10, Tít. V, Sexta Partida y en TELLO FERNÁNDEZ (ver Vallet en *ADC*, 1967, cit., pág. 96) se habla de la pupilar que «se desataría» tan sólo cuando hubiera defectos de solemnidad, pero

supuesto de preterición errónea por el ascendiente que ordena la sustitución de un descendiente legitimario suyo. Cuando se tratase del supuesto distinto, es decir, de aquél en que el padre o la madre sustituyente hayan preterido a los legitimarios del impúber, igualmente entiendo que estamos ante un supuesto relativo al contenido de la sucesión (46). Los legitimarios de un impúber serán sus ascendientes y de acuerdo con el artículo 141, apartado 2.º, en caso de preterición, quedará a salvo la sustitución ya que no se produce la nulidad del testamento, sino que tienen derecho a exigir lo que por legítima les corresponde.

no de preterición. La aplicación de estos criterios se manifiesta también en la Jurisprudencia y así pueden verse las sentencias de 7 de marzo de 1887 y 9 de enero de 1897. En definitiva los efectos del testamento nulo quedaban atenuados por la cláusula codicilar en que se veía un fideicomiso puro gravado de restitución (luego veremos el criterio del art. 105, 2.º de la vigente Compilación) y cuyos efectos sanatorios ya denunció Ludovico de PEGUERA, citado por Vallet en pág. 105, nota 385 trabajo últ. cit. Siempre remitiéndome a la monografía de Vallet, en defensa de los efectos atenuados de esa nulidad en caso de preterición y por lo tanto manteniendo la sustitución pupilar, recordemos que ROCA SASTRE, «Los elementos componentes de la Compilación...», cit., dice textualmente: Esta institución de la legítima es en todos los países una de las partes más importantes del Derecho sucesorio, debido a la notable influencia que despliega en orden a organización de la familia y de la propiedad, especialmente en el campo. La Compilación —añade— se atuvo, en general, a la legalidad vigente en este punto. Y si alguna reforma introduce es para dulcificar los efectos destructores de la preterición de descendientes legitimarios, limitándose para ello a extender a toda Cataluña la fórmula racional instaurada para Barcelona por la célebre Pragmática de Pedro III de 1339 tal y como fue interpretada por Cacer y los demás juristas clásicos que lo siguieron, a base de distinguir entre la preterición querida, intencional o voluntaria y la preterición errónea o involuntaria».

(46) Sobre este interesante punto consultar COLL i RODES, op. cit., en páginas 271 y siguientes (año 1910), en que tras hacer una síntesis de los textos romanos, afirma que en el Derecho de Cataluña las dudas se resolvieron gracias al derecho canónico aplicable con preferencia al romano (Constitución dada por el Papa Bonifacio VIII, «De est. et últ. volunt. III, 11) y de esta forma el Derecho catalán —según este autor— acepta la doctrina canónica ya que al tratar de la sucesión intestada de los impúberes, reserva expresamente a la madre la legítima en todos sus bienes y en cambio al hablar de la sustitución pupilar (Constituciones 2.ª y 3.ª, tít. 2.º, Lb. VI, vol. I, de las Constituciones de Cataluña) no dice nada sobre la legítima materna, con lo que parece que tácitamente da su conformidad y así lo han sostenido los autores catalanes clásicos como FONTANELLA (De pactis, ver nota 10 de COLL, opt. cit., pág. 273). Resulta pues que en la doctrina anterior a la Compilación esto era una cuestión aceptada que el padre podía privar de la legítima a los legitimarios en la herencia del pupilo, seguramente porque no era el hijo el que disponía de sus bienes por causa de muerte, sino el padre que justamente no estaba obligado respecto de aquellos legitimarios. Pero COLL lo estima como una facultad excesiva (pág. 273) que por ser «odiosa» hay que interpretar restrictivamente y darla exclusivamente cuando aparezca en forma expresa y terminante la voluntad para usarla, de suerte que debe exigirse una exclusión formal. En este sentido hay que recordar la Sent. del T. S. de 27 de noviembre de 1872. Ahora bien, estamos hablando de ascendientes porque normalmente sólo éstos serán los legitimarios de un impúber y en tal sentido la vigente Compilación está de acuerdo con esta doctrina (ver el art. 161, ap. 3.º), en relación con el ap. 2.º del art. 141. Ver el art. 517 del Anteproyecto.

Dentro de este primer supuesto, en que estamos defendiendo la eficacia de la sustitución pupilar, sea porque en todo testamento ineficaz va implícita la cláusula codicilar, sea porque hay que distinguir en el supuesto de preterición entre problemas de forma (unidad del testamento) y problemas de efectos sucesorios (dualidad de herencias), cabe hablar del supuesto raro, pero posible, de preterición errónea de descendientes legítimos del impúber (47). También debe rechazarse la nulidad total del testamento, ya que en este caso se extingue la sustitución; más aún, si el menor de catorce años ha procreado ha dejado de ser impúber para ser púber y por tanto, bien se puede hablar, mejor que de causa de extinción de una sustitución pupilar válida, de un caso de no existencia de tal sustitución; como si no se hubiera establecido y la herencia se deferirá conforme a las normas establecidas para la sucesión intestada. Por su parte quedarían eficaces las disposiciones relativas a la herencia del sustituyente. Cuando la sustitución pupilar no tiene lugar surge en el Derecho autóctono de Cataluña la especialidad de la sucesión intestada del causante impúber que regula el artículo 251 de la Compilación, que recogiendo —como también lo hace en materia de sustitución pupilar el artículo 158— el principio “paterna paternis materna maternis” asegura igualmente la conservación de la unidad patrimonio-familia y que tienden a hacer de ambas un todo inseparable que permita la duración de la “casa” a través de las generaciones.

b') Que según resulta del apartado 2.º del artículo 105 de la Compilación “En el caso de que el codicilo contenga institución de heredero, los anteriormente instituidos en testamento o, en su defecto, los abintestato, tendrán el carácter de herederos sujetos a fideicomiso puro, y el designado en codicilo el de heredero fideicomisario”. Ello

(47) Dentro de estos supuestos que estamos analizando de preterición errónea de legitimarios del impúber, cabe presentarse el supuesto de que el impúber deje descendientes legítimos suyos que hubieren sido erróneamente preteridos por el sustituyente. Ya COLL I RODES (op. cit., págs. 272 y 310) nos habla del caso y aunque estima que sus únicos legitimarios son los ascendientes, dice que es un «caso rarísimo, pero posible» y que determina la extinción de la sustitución, pues desde el momento en que el menor de catorce o doce años ha sido capaz de procrear, ha pasado de ser impúber a púber, destruyendo la presunción legal del art. 83 del C. c. En efecto, el caso se podría presentar, ya que conforme al C. c. se puede contraer matrimonio civil a los catorce años el varón y a los doce la mujer. Si ocurre así y la mujer concibe antes de los catorce años, como resulta que a todos los efectos de la Compilación se considera, impúber al menor de catorce años de uno u otro sexo, muy bien puede fallecer hajo un testamento otorgado por su padre o madre y aquí haberse incurrido en preterición. Por las razones antes indicadas y que conducirían a la apertura de la sucesión intestada —que es ir justamente contra la finalidad y justificación de la trama de las sustituciones en nuestro derecho— entendiéndose que no debe hablarse de nulidad total del testamento. Habría extinción de la sustitución quedando a salvo lo relativo a la masa hereditaria del testador sustituyente. E incluso esto es perturbador en el Derecho de Cataluña dada la disposición del ap. 3.º del art. 156. Recordemos que ya OSSORIO MORALES (op. cit. pág. 44-45) y PUIG BRUTAU (op. cit., vol. V-2.º, pág. 14) tratan de lo anómalo de esta disposición del art. 663.

es índice de que el codicilo no deviene totalmente ineficaz, sino que despliega determinados efectos (48).

Por tanto, si relacionamos la prohibición del apartado 1.º del artículo 105 (no poder instituir heredero y no poder ordenar o establecer sustituciones salvo la fideicomisaria, etc.) con el apartado 2.º del mismo precepto, nos resulta que el legislador concede o habilita el mecanismo del fideicomiso puro para salvar las prohibiciones conculcadas del apartado 1.º. Ello nos lleva a sostener con Ginot Llovateras (49) que la Compilación permite, o si se quiere, no priva de efectos a las sustituciones pupilares ordenadas en codicilo, ya que lo que ocurre es que las tornas de directas (50) en oblicuas o indirectas (51). Además, la disposición del apartado 2.º del 105 se ajusta, precisamente a la finalidad que persigue la sustitución pupilar, con lo que fideicomisos y sustituciones corren paralelos en el deseo de evitar la dispersión del patrimonio por medio del abintestato.

Precisamente, nos dice Puig Ferriol (52), cuando alguien acude al fideicomiso puro es porque quiere valerse de la vía indirecta. Tanto es así que la idea está ya en las discusiones judiciales de la antigua Roma ante los tribunales y así nos cuentan Gluck-Mullenbruck (53) que Q. M. Scaevola mantuvo la siguiente opinión un padre había instituido heredero a su propio hijo y en *codicilo* posterior le nombró sustituto pupilar. El hijo murió durante la impubertad y el jurisperito decidió que si bien la sustitución no podía valer como directa,

1.º del C. c. en orden a la incapacidad de testar por razón de la edad al establecer el límite uniforme en los catorce años para el varón y la mujer (en relación con el art. 83 del propio C. c.). Ver también LACRUZ-SANCHO, op. cit., en pág. 335 y siguiente.

(48) Cfr. CONDOMINES-FAUS, op. cit., pág. 149.

(49) FRANCISCO GINOT LLOVATERAS, «La antigua cláusula codiciliar y la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña», en el vol. I de Estudios de Derecho Notarial (Centenario de la Ley), Madrid, 1962, págs. 591-668. En concreto en las págs. 662 y siguientes se plantea GINOT la persistencia y eficacia de las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar, ordenadas en codicilo y defiende su eficacia por estimar que lo que hay es un cambio de efecto directo a indirecto, pero no evita que el heredero testamentario, o en su caso, el abintestato, quede gravado de restitución en favor del sustituto si la sustitución es eficaz.

(50) La sustitución directa suele entenderse que es aquella en que no hay intermediario interposición entre el testador sustituyente y el sustituto. Dice ALBALADEJO (op. cit.) que a la vulgar se la califica de directa para indicar que el sustituto no recibe a través del instituto, sino directamente del testador. Las opiniones, sin embargo, no son unánimes y hay quienes han dicho que las tradicionalmente consideradas como directas (vulgar, pupilar y ejemplar) no lo son, ya que bien puede decirse que la herencia pasa al sustituto a través del sustituido, aunque no por medio de él.

(51) La indirecta es precisamente la sustitución fideicomisaria en la que aparece la figura del fiduciario.

(52) Cfr. LUIS PUIG FERRIOL, *El Heredero Fiduciario* (Publicaciones de la Cátedra «Duran i Bas», Barcelona, 1965, pág. 27 y ss.). CONDOMINES-FAUS, op. cit., pág. 212-220. GASSIOT MAGRET, *Comentarios cit.*, en pág. 192-193. PUIG FERRIOL-O'CALLAGAN, *Comentario a la Sent. del T. S. de 7 de octubre 1969*, en Publicaciones de la Cátedra «Duran i Bas», 1969, 134.

(53) GLUCK-MULLENBRUCK, op. cit., en pág. 89 (De vulgari et pupillari substitutione).

“quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest”, sin embargo, la madre del pupilo como heredera abintestato del pupilo, se obligaba a restituir la herencia paterna, como si fuera un fideicomiso, al sustituto. *Las disposiciones codicilares tenían siempre la eficacia de un fideicomiso*” (el subrayado es mío).

La sustitución vulgar en fideicomiso a que se refieren los artículos 171 y 172 de la propia Compilación recogen indudablemente esa idea de previsión y de aseguramiento del patrimonio (54). Esa misma idea es la que fundamenta la sustitución pupilar cualquiera que sea la posición doctrinal que se sostenga acerca de su naturaleza jurídica, pues como acertadamente indica Jerónimo López, tanto si se sigue la tesis de que es un testamento del hijo hecho por el padre como si se mantiene la de ser un caso de “orden sucesivo de herederos”, en definitiva siempre se quiere proteger el patrimonio de una posible dispersión, como lo es el acudir a la forma del fideicomiso. En todos los casos el Derecho catalán protege al impúber (55).

c) La sustitución pupilar ordenada en heredamiento.

Hasta aquí hemos visto cómo la pupilar puede ordenarse en testamento (ex art. 156 de la Compilación) y también hemos defendido la tesis de que es eficaz la sustitución que aparezca en codicilo a pesar de la prohibición que aparece en el apartado 1.º del artículo 105. Ahora nos toca tratar otro supuesto importante: ¿es posible ordenar una sustitución pupilar en heredamiento?

Si nos atenemos a la opinión tradicional que nos da Coll i Rodes (56) hay que llegar a una conclusión negativa, pues entendía que tratándose de una facultad extraordinaria que la ley concedía al padre o madre titular de la patria potestad para disponer de los bienes de su hijo impúber, tan sólo se podía ordenar en la forma establecida por la ley, que habla exclusivamente de testamento. Esta opinión de Coll que apoya, entre otros, en la autoridad de Fontanella debe quedar sujeta a revisión en la vigente Compilación.

El heredamiento (arts. 63 a 96 de la Compilación) es una institución de heredero que se instrumenta valiéndose de la finalidad organizadora o constitutiva de las capitulaciones matrimoniales (57), con

(54) Cfr. BORRELL, Derecho civil... cit. págs. 111 y ss. Ver pág. 117 en nota 7 y pág. 124 nota 45. VALLET DE GOYTISOLO, El deber formal de instituir..., cit., pág. 75 y ss.

(55) Jerónimo LÓPEZ LÓPEZ, Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el C. c. español, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1958, pág. 19 (nota 3 en especial).

(57) Vide LACRUZ BERDEJO, Notas a la trad. del Derecho de Sucesiones de J. Binder, Barcelona, 1953, pág. 130 y ss. PUIG FERRIOL, Heredamiento: Función..., en el T. VIII y las publicaciones de la Cátedra «Duran i Bas». Barcelona, 1970, págs. 63 y ss. Encarna ROCA, Heredamiento preventivo en Cataluña, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 2, 1972, págs. 123 y ss.

una clara y definida idea previsoramente tendente a mantener unida familia y patrimonio (58). La Compilación establece dos grandes grupos de heredamientos, los que se establecen u otorgan entre contrayentes y a favor de los hijos. En estos últimos, como dice Roca Sastre (59) rigen, en general, las normas del proceso sucesorio testado e intestado. La finalidad esencial es la de evitar la sucesión intestada, que ya hemos tenido oportunidad de comprobar que se repite como una constante en el Derecho sucesorio catalán y que ha sido siempre puesta de manifiesto por la doctrina de los autores y por la Jurisprudencia de los Tribunales.

Así las cosas y pese a que el artículo 156, 1.º de la Compilación nos pudiera llevar a pensar que tan sólo el testamento era el vehículo adecuado para ordenar la sustitución, sin embargo, el artículo 64 de la Compilación afirma que “En los heredamientos podrán estipularse cualesquiera condiciones, limitaciones, *sustituciones...*”. Luego cabe ordenar la sustitución pupilar. Tan rico y variado es el contenido de este artículo que con razón nos dirán Condomines-Faus (60) que llega a identificarse el heredamiento con el testamento. Por esto entiendo que es defendible la tesis de ser posible ordenar una sustitución pupilar en heredamiento y la única reserva que debería hacerse es la de que no hay obstáculos cuando se trata de heredamientos en favor de los hijos, cuya naturaleza es propiamente la de un acto “*mortis causa*” (61) y que tiene como finalidad esencial la de impedir el abintestato. En cambio tratándose de heredamientos a favor de los contrayentes es necesario tener presente lo establecido en el artículo 63, apartado 3.º, que exige capacidad para contratar y obligarse. Entonces hemos de pensar que esa capacidad no la tiene el impúber menor de catorce años.

d) La dualidad de herencias.

Para el profesor Alvaro D’Ors (62) en el Derecho romano el testamento era uno sólo y también el testador “*testamentum pro uno ha-*

(58) Que los heredamientos tienden principalmente a evitar la sucesión abintestato es cosa sobradamente afirmada por los autores desde DURAN Y BAS hasta nuestros días. Vide el trabajo ya citado de Encarnación ROCA loc. cit. La misma idea la expone ampliamente CONDOMINES-FAUS en sus Comentarios, págs. 97 y ss.

(59) ROCA SASTRE, en la designación, la vocación y la delegación sucesorias (Problemática de la ciencia del Derecho. Estudios en honor del Prof. Pí Suñer). Barcelona, 1962, pág. 766.

(60) Aparte de la idea que en tal sentido expone CONDOMINES-FAUS, también GASSIOT, en sus Comentarios, pág. 85 y ss.

(61) Que se deduce de su finalidad primordial de prevenir el fallecimiento abintestato, lo que precisamente se evita con el heredamiento. Para ver los supuestos en que adquiere eficacia el heredamiento preventivo. Vide el comentario ya citado de Encarnación ROCA, loc. cit. y págs. 378 y ss. Sobre su naturaleza jurídica, Vide PUIG FERRIOL, Heredamiento: función... ya cit., pág. 71.

(62) Alvaro D’ORS, Derecho Romano Privado, pág. 280. Cfr. también a Biondo BIONDI, op. ya cit., en págs. 264-266 donde se evidencia el juego romano de la «*iuncta hereditas*» y las «*duae hereditatis*».

betur; unum esse testamentum”; Cfr. D. 28,6,20 y 42,5,28), pero la herencia, dice, se considera como una sola herencia. El punto es discutible en las fuentes del Derecho romano y lo ha sido posteriormente en la doctrina de los autores. Frente a este criterio vemos cómo Ulpiano nos dirá que... “constant enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditatis”. La razón es que aún considerando el testamento como formalmente uno, veían dos causas de sucesión y por tanto hablaban de dos herencias. En la doctrina clásica catalana la tesis de la dualidad de herencias es la mayoritaria (63). La doctrina de los peculios fue elemento renovador en este punto, pues en la medida en que los “alieni iuris” eran considerados como titulares de un patrimonio, en esa medida fue evolucionando la tesis de una sola herencia hacia el dogma de la dualidad.

En la vigente Compilación dados los términos en que se manifiesta el artículo 157 (En la sustitución pupilar el sustituto tendrá este carácter respecto de los bienes que, subsistiendo al fallecer el impúber haya adquirido èste por herencia o legado del padre o de la madre que dispuso la sustitución y el heredero del impúber en la herencia por èste relicta...) parece claro que existen dos herencias, ya que si bien la distinción es evidente cuando el padre o madre sustituyente nombran un heredero para sí y otro para el impúber, cuando como en el caso del artículo 157 la institución la hace el testador sustituyente a favor del propio hijo impúber, las dudas que podrían surgir entendemos que quedan disipadas ante el contenido del referido artículo 157, 1.º. Añadamos a estos argumentos el que para la validez de la sustitución pupilar —al igual que para la ejemplar nos dice el artículo 160, 2.º— bastará con respetar la legítima del impúber permitiendo disponer libremente del resto, lo que da a ambas masas patrimoniales su propia individualidad (64).

Claro que no es solamente el ya referido artículo 157 el que,

Cfr. también la monografía ya citada de LA PIRA, pág. 308 donde el profesor italiano defiende (en contra de Costa) la tesis de la unidad de masas hereditarias: «all'unum testamentum —dice— corrisponde l'una hereditas». IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 4.ª ed. Barcelona, 1958, págs. 607 y ss. pone de manifiesto la doble tendencia del Derecho romano (pág. 609, en nota 165 y pág. 610. en nota 169) con amplia profusión de datos del Digesto. En definitiva y como acertadamente afirma BRONDI, op. cit., pág. 266, el juriconsulto romano en este punto, lejos de jugar con un criterio de aplicación mecánica de uno u otro supuesto, trataban de llegar a una solución que permitiera obtener resultados equitativos u oportunos, trabajando con una u otra construcción.

(63) Vide COLL i RODES, op. cit., año 1909, en pág. 306-307 y nota 8 y 9.

(64) Para un examen más detenido de este problema en la sustitución ejemplar. Vide PUIG FERRIOL, op. cit., en pág. 416 y ss. Por lo que se refiere a nuestro caso, sustitución pupilar, la distinción entre estos dos grupos de bienes queda dibujado, entre otros, en el 157, ya que al fallecer el impúber sustituido, el sustituto es su heredero respecto de los bienes adquiridos del padre o de la madre; en cambio con referencia a los bienes que procedían del sustituyente (padre o madre que la ordenó) hasta cierto punto los recibe con el carácter de heredero sucesivo (vide la tesis de J. LÓPEZ, op. cit.).

dentro de la Compilación, corrobora la tesis de las dos herencias en la sustitución pupilar, sino que otros, dentro de ese mismo capítulo VI fundamentan tal criterio. Así, el artículo 156, 1.º cuando habla de "...en el testamento que otorgen para su propia herencia..." o en el artículo 159 cuando se dice "...respecto de los bienes de la herencia relicta por el sustituyente..."; también el artículo 160, apartado 1.º cuando afirma que: "La sustitución ejemplar podrá ser ordenada por el ascendiente del incapacitado que sea legitimario de éstos, y comprenderá, además de los bienes del testador, los del incapacitado que no haya otorgado testamento ni heredamiento universal". Además, cabe advertir que, en los restantes artículos se pueden encontrar expresiones del legislador que sin una interpretación forzada llevan a la misma conclusión. La figura jurídica de la subrogación permite, igualmente, establecer esa diferencia entre los patrimonios que se dan en la sustitución pupilar, permitiendo en cualquier caso determinar respecto de qué bienes el nombrado por el padre o por la madre tiene la cualidad de sustituto, y respecto de que otros bienes es heredero directo del impúber (65).

En resumen, la tesis de la separación de las dos herencias por la que se muestra partidaria la Compilación queda reflejada en puntos tan interesantes como los de la aceptación y repudiación de los bienes, en que cualesquiera que sean las hipótesis que se den, siempre es viable la neta separación de los dos grupos de bienes (66); en materia de imposición de cargas a que se refiere el artículo 157 respecto de la herencia relicta por el impúber, y sobre la cual los padres no pueden establecer cargas ni limitaciones, quedando bien clara la distinción tantas veces repetida y finalmente el apartado 3.º del 161 que establece en cuanto se refiere al cálculo de la legítima que "Los legitimarios de impúber o del incapaz únicamente tendrán derecho a la legítima en la propia herencia de éstos. Formará parte de la misma la legítima que al impúber o incapaz corresponda en las sucesiones en que se haya dispuesto la sustitución".

4. *La sustitución pupilar expresa y tácita*

El mecanismo de las sustituciones (vulgar, pupilar y ejemplar) permite al testador arbitrar solución para el caso de que su hijo no llegue a ser heredero (vulgaris substitutio; Gayo, 2, 174 ss.) como

(65) Vide La subrogación real en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, en Revista La Notaría, año 1962, núm. 1, págs. 3 a 11, donde al tratar de las sustituciones pupilar y ejemplar (pág. 7), se reconoce la distinción de los dos patrimonios a que venimos haciendo referencia.

(66) Vide PUIG FERRIOL, op. cit. al tratar para la sustitución ejemplar estos mismos problemas y en los que siempre parte de fundamentos propios de la sustitución pupilar para, por aplicación del art. 161, 2.º, trasladarlos a la materia específica de la ejemplar. A este interesante estudio me remito para un conocimiento amplio de los problemas relativos a la indivisibilidad de la aceptación, o repudiación, incapacidad para suceder y otros.

para el supuesto de que el hijo, instituido y siendo heredero, muera antes de llegar a la pubertad (“substitutio pupillaris”; Gayo, 2, 179 ss.). En tales hipótesis la sustitución se denomina en las fuentes romanas “simplex”. Pero también era posible establecer expresamente ambas posibilidades cuya fórmula más corriente era la de combinar la sustitución vulgar con la pupilar; se establecía el llamamiento del hijo impúber y se le sustituía pupilarmente. En este caso se decía que había una sustitución “duplex”. (67). Claro que en todos estos supuestos la sustitución ordenada aparece dispuesta expresamente, siendo así que el problema se presentaba cuando el testador establecía uno de los dos supuestos sin excluir expresamente el otro. Por ejemplo, si decía: instituyo heredero a mi hijo impúber y para el caso de que no sea heredero le sustituyo. Estamos ante una sustitución vulgar. Pero supongamos que el hijo llegaba a ser heredero y fallecía “intra pubertatem”, ¿había que entender que también se había querido ordenar una sustitución pupilar? También podía ocurrir lo contrario y plantearse si se había querido establecer la vulgar tácita en la pupilar expresa.

Estos problemas ya preocuparon a los juristas romanos y buena prueba de ello es la conocida “Causa Curiana” (68) en la que quedó resuelto que la pupilar expresa implicaba la vulgar tácita. Tan natural y racional se consideraba —dice Coll i Rodes— que el padre al sustituir a su hijo impúber le instituyese heredero, haciéndose después la doble sustitución, que se estableció la presunción de que el padre testador aunque de forma expresa sólo estableciere una sustitución, tenía la intención de sustituir por las dos. Todo ello llevó a admitir que en toda sustitución vulgar expresa se hallaba la tácita (69).

Hay que preguntarse si, a pesar de estas consideraciones, cabe deducir que del hecho de ordenarse por el padre una sustitución vulgar se puede entender que asimismo lo ha querido sustituir pupilarmente. Por de pronto en el Derecho romano fue cuestión discutida y como justamente advierte Biondi (70) tan sólo como una “questio voluntatis” y en el ámbito de la interpretación de los actos jurídicos es como hay que plantearse el problema en el Derecho romano. En nuestro derecho ya decía Demófilo de Buen (71) que si bien era opi-

(67) Cfr. las tantas veces citada monografía de COLL I RODES, en «Revista Jurídica de Cataluña», año 1909, pág. 348 y ss. Ver MACKELEDY, *Elementos de Derecho Romano*, cit., pág. 403.

(68) Puede verse LACRUZ-SANCHO, op. cit., en pág. 687 tomando la versión que ofrece el Prof. OSSORIO MORALES en su Manual de sucesión testada ya citado, pág. 250-251. Este autor últimamente citado resuelve el problema como una «questio voluntatis» o problema de interpretación de voluntad contenida en la «condictio substitutionis» que en cada caso dependerá de los términos en que la sustitución haya sido ordenada.

(69) COLL I RODES, op. cit., 350 y ss.

(70) BIONDI, op. cit (Cap. X, *Las sustituciones*) pág. 251 y ss. IGLESIAS, Juan, «Derecho Romano», pág. 611 y ss.

(71) Demófilo DE BUEN, en «Enciclopedia Jurídica Española» (Voz Sustitución). T. XXIX, págs. 157 y ss.

nión mayoritaria aceptar la sustitución tácita, sin embargo había que distinguir entre la vulgar y la pupilar, ya que cada una obedece a razones distintas, pues en tanto que la pupilar se da para el supuesto de llegar a ser heredero y morir antes de alcanzar la pubertad (lo que los romanos llamaban "secundum casum"), en la vulgar ("primum casum") son otras las motivaciones. Por ello la pupilar tiene más trascendencia y si nada impide —decía De Buen— que en una pupilar expresa vaya implícita la vulgar, no cabe afirmarlo en el caso contrario.

En el Derecho civil catalán resulta frecuente hablar de las sustituciones expresas y tácitas en la doctrina de los autores y en los textos legales (72).

En el Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña, elaborado por la Academia de Derecho de Barcelona (año 1896), al tratar de la sustitución (arts. 44 y ss.) se dice que la sustitución vulgar expresa comprende la pupilar tácita y viceversa, excepto en los casos de sobrevivencia de la madre al hijo, y de haber sido sustituidos recíprocamente los hermanos uno púber y otro impúber. Asimismo, en el Anteproyecto de Apéndice redactado por Romani Puigdangolas y Trias Giro, se recoge esa idéntica división (73) que habría de pasar al Anteproyecto, redactado por la Comisión de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones del Derecho foral de Cataluña, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 23 de mayo de 1947 (74).

Estos antecedentes han pasado con ligeras variantes a la vigente *Compilación del Derecho civil de Cataluña* que al tratar de la sustitución vulgar dice que podrá ser expresa y tácita y que las sustituciones pupilar y fideicomisaria implican siempre la vulgar tácita, pero en cuanto a la primera respecto de los bienes procedentes de la herencia del sustituyente. (art. 155). Por lo que a la sustitución pupilar toca, dice expresamente en el artículo 159 que: "La sustitución vulgar expresa, si el instituido es impúber, comprenderá la pupilar tácita respecto de los bienes de la herencia relicta por el sustituyente. excepto en el caso de haber sido sustituidos recíprocamente dos hermanos, el uno púber y el otro impúber; todo ello salvo disposición contraria del testador".

Sin embargo, pese a la letra del artículo 159 de la *Compilación*, nos parece que en puridad no se trata de una sustitución pupilar tácita, o dicho de otro modo, la sustitución pupilar sólo cabe ordenarla

(72) En la doctrina de los autores catalanes ver por todos a COLI I RODES en el trabajo ya citado, objeto de la traducción que sigue a este estudio. El original en la «*Revista Jurídica de Cataluña*». Años 1909 y 1910). Cfr. BROCA-AMELL, *Instituciones*, págs. 357 y ss. ap. 679.

(73) En este Anteproyecto de Apéndice se trata de este punto en los artículos 499 y 500.

(74) Anteproyecto de la *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*. Barcelona, 1953, Cap. VI, art. 307 (ver el art. 292 del Ap. de 1930).

en forma expresa. No solamente porque hay que huir de las sustituciones sobreentendidas (75), sino porque no está de acuerdo con la naturaleza jurídica de la sustitución pupilar (76), ni porque cabe hablar de sustitución pupilar por el hecho de ser impúber el instituido, ya que justamente enseñaba COLL I RODES que cuando la sustitución se hace a favor de un impúber instituido heredero para el caso de no llegar a la pubertad, estamos ante una sustitución pupilar impropia, que nada tiene que ver con la verdadera y propia sustitución pupilar (77). Ciertamente que el Derecho romano partía de la idea de que, por regla general, la sustitución simple comprendía ambos casos, basándose en la idea de que había que presumir que el testador siempre prefería un sustituto a los herederos abintestato. Pero la verdad es que esta idea puede tener y de hecho tiene, sus fallos. El Código civil español rechaza las sustituciones conjeturales o no expresas y la doctrina científica y jurisprudencial así lo han confirmado (78). Así el apartado 2.º del artículo 774 del Código civil da claras muestras de no aceptar el que una modalidad de sustitución quede implícita en otra expresada y el mismo criterio se desprende en los artículos 783 y 785 del propio Cuerpo legal civil. La jurisprudencia también lo ha afirmado. Una interesante Resolución de la Dirección General de los Registros, de 25 de enero de 1916 así lo manifestó. En el mismo sentido se puede ver la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1917 (Vérla en *Jurisprudencia civil*, T. 141, págs. 185-197, sobre todo en su cuarto Considerando) y más recientemente la Sentencia de 28 de septiembre de 1956 (Aranzadi núm. 3.161) que en su quinto Considerando dice claramente: "Que la presunción de que el testador que prevé un caso no quiere hacer extensiva su previsión a los demás que hipotéticamente puedan darse, no es una presunción caprichosa y arbitraria, sino un homenaje al principio según el cual lo dispuesto por el testador de un modo solemne es ley para cuantos deriven sus derechos del testamento mismo; argumento que tiene una poderosa fuerza de convicción para sostener que a los tribunales no es dado forzar la analogía cuando no se apoye en bases que tengan un valor decisivo para que lógicamente pueda asimilarse una situación prevista a otra que con mucha probabilidad no quiso en manera alguna preverse".

(75) Vide Jerónimo LÓPEZ LÓPEZ, en «ADC», 1958, ya cit., págs. 3-19. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*. Barcelona, 1958, págs. 144 y ss.

(76) Incluso aceptando la tesis de Jerónimo LÓPEZ acerca de que más que un testamento del hijo (doctrina mayoritaria) lo que en puridad hay es establecimiento de un orden sucesivo, hay argumento para defender que en el 159 no estamos ante una figura de sustitución tácita.

(77) Es fundamental la tesis de COLL I RODES que afirma rotundamente que no hay tal sustitución verdadera y propia, sino una forma fideicomisaria condicional. Ver año 1909 de la «RJC», págs. 347 y ss.

(78) Ver OSSORIO, op. ya cit., págs. 250-251. LACRUZ-SANCHO, op. cit., página 687-688.

Por todas estas razones y aun conscientes de los motivos de protección del patrimonio del impúber y de evitar el paso a los herederos abintestato que mueve al legislador, entiendo que no es exactamente una figura tácita de sustitución pupilar la que se da en el marco del artículo 159 de la Compilación, sino más bien una forma fideicomisaria condicional (79) para el caso de que el primer instituido fallezca antes de llegar a la pubertad.

Examinando detenidamente el contenido del artículo 159 de la Compilación, nos parece que no se puede hablar de que la única declaración de voluntad que hay (declaración de voluntad no recepticia) y que es la del padre o madre ordenando la sustitución vulgar expresa, comprenda —para el supuesto de ser impúber el instituido— también una declaración tácita de que quería igualmente la pupilar. La doctrina más autorizada en esta materia nos dice que declaración expresa es aquella realizada con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar la voluntad, y tácita la que consiste en un comportamiento que sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar la voluntad, la exterioriza, sin embargo porque a través de él se advierte que el sujeto que lo realiza tiene una voluntad determinada. No hay en nuestro caso nada más que una declaración expresa que es la voluntad que declara. Mejor se podría hablar —lo cual me parece más aceptable, aunque ni mucho menos seguro— de una declaración presunta. Siguiendo siempre a Cariota Ferrara en la doctrina italiana y a Albaladejo (80) en la española, es declaración

(79) Ver COLL, en pág. 347 y ss., op. cit. (notas 1, 2 y 3 al apartado 10). Consultar el art. 308 del Anteproyecto de la Compilación de 1953 y art. 293 del Ap. de 1930. También es interesante la Sentencia del T. S. de 13 de diciembre de 1909. En la doctrina más reciente consultar a PUIG FERRIOL, op. cit., pág. 434, afirmando que la sustitución ejemplar al suponer (dígase igual de la pupilar) una derogación de algunos de los requisitos del testamento y de la testamentifacción activa, sólo puede ordenarse de una manera expresa, pues de otro modo no tendría razón de ser el principio que establece el art. 670 del C. c. sobre el carácter personalísimo de las disposiciones de última voluntad. Ver ALBALADEJO, *Sustituciones*, en pág. 188 afirmando que en este caso más que ante una sustitución pupilar nos encontraríamos ante una vulgar o fideicomisaria. Aparte de lo que se dirá más adelante, entiendo que la calificación de figura tácita no encaja y ello pese a la tradición romano-catalana, pues que tratándose además de establecer el camino que han de seguir los bienes correspondientes exclusivamente a la herencia relicta por el padre o madre sustituyente, más bien hay una sustitución doble (la duplex substitutio del derecho romano). Casi sería volver a los inicios de la institución que como nos recuerda BIONDI (op. ya cit.) no se daba como figura pura, sino combinada con una «institutio pupili» y una «substitutio vulgaris». Ello obligaba a distinguir la institución del pupilo como heredero del paterfamilias, más el sustituto era instituido con condición de que el hijo no fuera heredero por premorir al testador «intra pubertatem».

(80) Para ver una diferencia entre las declaraciones de voluntad expresas y tácitas, Cfr. ALBALADEJO, «El negocio jurídico», Barcelona 1958, pág. 86, 87, 88. También en su «Derecho civil» (I), pág. 450 y ss. nos dice que la diferencia entre declaración expresa y tácita está en que esta última es la ley que establece que la conducta del declarante encierra probablemente una determinada voluntad. La declaración presunta admite prueba en contrario. Ver también Federico DE CASTRO, «El negocio jurídico, 1971, pág. 67-68, donde advierte que se califican de

presunta cuando el Derecho considera a cierto comportamiento (que no se encamina a declarar) como declarador de una determinada voluntad; es decir, la Ley dispone que una conducta debe ser considerada como declaración de tal o cual voluntad. Entonces se habla de que la Ley presume la voluntad. Tal vez —con reserva, como he apuntado hace unos instantes— el artículo 159 esté más próximo a una presunción (declaración presunta) que a una figura tácita que estimo no existe. El propio artículo dice “*in fine*” que salvo disposición contraria del testador como prueba en contrario, cosa corriente en materia de presunciones (art. 1.251 del Código civil). La verdad es que no sólo en este artículo 159, sino en todo lo relativo a las sustituciones, la “*ratio iuris*” hay que encontrarla en ese pensamiento obstinado del compilador de evitar a todo trance el abintestato. El pensamiento del padre o de la madre sustituyentes es, en cualquier caso, llamar al instituido y a continuación al sustituto. Es precisamente por esta idea, por lo que cuando un testador ha previsto expresamente tan sólo un supuesto, la situación o el caso que en su momento estimó como el más viable, no por esto hay que desechar la otra posibilidad que, en nuestro caso, siendo el instituido impúber y tan sólo respecto de los bienes de la herencia relicta por el sustituyente, igualmente conduciría a evitar el paso de los bienes a los herederos legítimos, ya que todo el juego de estas instituciones está subordinado a entender que siguiendo un orden se quiere al instituido y al sustituto.

Pero todo esto no es una declaración tácita, sino en todo caso una presunción o más bien una disposición en función interpretativa —integradora de la voluntad del testador—.

5. Elementos personales en esta sustitución.

a) Sustituyentes.

El Derecho catalán vigente ha restringido el número de personas que pueden ordenar la sustitución pupilar, modificando el derecho anterior (81) y apartándose del criterio seguido por el Código civil (82), así como de lo que establece actualmente para la sustitución ejemplar (art. 160, 1.º). En efecto, el artículo 156 de la Compilación

tácitas porque resultan no de los dichos, sino de los hechos y en ellas es necesario acudir a conjeturas; lo que no impide aplicarles las reglas de las presunciones de hecho. Desde luego DE CASTRO diferencia claramente las declaraciones tácitas de aquellos supuestos en que la ley establece una presunción «*iuris tantum*» o «*iuris et de iure*». Ver CARIOTA FERRARA, «*Il negozio giuridico...*», pág. 409.

(81) En el Derecho romano Cfr. JORS-KUNKEL, op. cit., en pág. 456 y ss. LA PIRA, en el trabajo citado en los estudios en honor del Prof. BONFANTE. Se trataba de una facultad que correspondía tanto al padre como al abuelo en cuanto emanación de la patria potestad (salvo en cuanto a los militares que podían sustituir aún cuando no tuvieran la patria potestad sobre el hijo) y por tanto correspondía no sólo al padre.

(82) Ver por todos ALBALADEJO, en «Sustituciones», ya cit., pág. 134 y ss.

afirma que “El padre o la madre, mientras ejerzan la patria potestad sobre su hijo legítimo impúber, podrán sustituirlo pupilarmente en el testamento que otorguen para su propia herencia, en previsión de que fallezca antes de llegar a la pubertad. Igual derecho corresponderá a la madre respecto de su hijo natural. También podrán sustituir a su hijo concebido que al tiempo de nacer haya de quedar bajo su patria potestad. A todos los efectos de esta Compilación se considerará impúber al menor de catorce años de uno y otro sexo”.

Es evidente que para la Compilación, siguiendo en esto los precedentes, se trata de una facultad que emana justamente de la patria potestad en la que los padres gozan de una gran libertad salvo las restricciones que emanan del espíritu de troncalidad que establece el artículo 158 en cuanto a ciertos bienes del pupilo. La puede ordenar el padre o la madre; es decir, bien uno o tal vez el otro, sin perjuicio de que puedan establecer dicha sustitución ambos padres a la vez, ya que el artículo 157 de la Compilación dice que si el padre o la madre ordenan sustitución pupilar; lo que ocurre en este supuesto de simultaneidad de ordenación es que subsisten ambas respecto de sus propios bienes, pero respecto de los del pupilo vale sólo la ordenada por el último de los padres que fallezca. Por tanto, no se dan aquí como en materia de sustitución ejemplar, los problemas de compatibilidad que se presentan y que obligan a seguir el criterio que establece el artículo 160, apartado 4.º.

Tanto el padre o madre natural como el padre o madre adoptantes pueden ordenar la sustitución pupilar respecto de sus hijos naturales o adoptivos, ya que tanto los unos como los otros quedan bajo la patria potestad del padre o madre. La Compilación dice que este derecho corresponde a la madre respecto de su hijo natural, derecho o facultad ésta de carácter estrictamente personal que la Compilación recoge con toda precisión, advirtiendo de paso que el Derecho civil catalán ha sabido en estos artículos 156 y 157 (frente al criterio del Código civil en su artículo 154) recoger un sentimiento de autoridad de los padres compartida y no la del padre y en su defecto la madre.

b) Sustituidos.

Conforme al artículo 156 lo son los hijos legítimos impúberes. A ellos se equiparan los legitimados por subsiguiente matrimonio, los adoptivos, los naturales reconocidos y los legitimados por concesión soberana en virtud de cuanto se dice en el artículo 249 de la Compilación a propósito de la sucesión intestada. También se puede nombrar sustituto al hijo concebido que al tiempo de nacer haya de quedar bajo la patria potestad (art 156, 2.º), que encuentra apoyo en la proposición 2.ª del artículo 29 del Código civil que responde al conocido principio de “conceptus pro iam nato habetur, quoties de eius commodo agitur” y ello en armónica relación con lo establecido en el artículo 750 del propio Cuerpo Legal civil.

c) Sustituto.

En el Derecho civil catalán la capacidad para poder ser sustituto está en íntima relación con el espíritu de troncalidad consagrado en el aforismo “paterna paternis materna maternis” y que en este punto se encuentra establecido en el artículo 158 de la Compilación. Pero conviene advertir que este principio de troncalidad que trae su origen en variadas constituciones catalanas a partir del siglo XIII no lo hace con la misma influencia en la sucesión testada del impúber (sustitución pupilar) que cuando se trata de la sucesión intestada. Aquí, como justamente advertía Coll i Rodes, el principio de troncalidad actúa tan sólo en la mitad de los bienes, pues si es el padre el que hace la designación de sustituto pupilar en los bienes que procedan de la sucesión de la madre, tiene que tener bien presente que sólo puede designar determinados parientes maternos; si es la madre la que testando ordena la sustitución, juegan idénticas limitaciones respecto, ahora, de los parientes paternos. En cualquier caso, si no cumplen con las normas de la ley, se considerarán llamados sustitutos pupilares los hermanos o parientes por el orden de la sucesión intestada. (arts. 158 y 251 de la Compilación).

También en este punto se hace bien patente la dualidad de patrimonios a que ya nos hemos referido, porque bien se evidencia que la designación de sustituto pupilar queda limitada por la obligación que tiene el testador de hacerla en favor de determinados parientes (en su defecto rigen las normas del art. 251), pero siempre, claro está, respecto de los bienes del impúber de naturaleza troncal, con las repercusiones que ello puede tener en el supuesto de varios sustitutos sin que se haya tenido presente el efecto limitativo a que hace referencia el citado artículo 158 de la Compilación. Cumplidos estos requisitos, en cuanto a los demás bienes la designación de sustituto pupilar (al ser patrimonio que carece de procedencia troncal) es libre y puede recaer en cualquier persona con capacidad para suceder, de acuerdo con el artículo 158, apartado 1.º.

6. Supuestos de extinción de la sustitución pupilar

La sustitución pupilar deviene ineficaz en los siguientes supuestos:

A) *Por alcanzar el pupilo la edad de catorce años*, pues llegada esta edad (en este sentido el art. 156 se pone de acuerdo con el Código civil al unificar la edad, para uno y otro sexo, en los catorce años) se adquiere la capacidad para testar y porque la condición de esta modalidad sustitutoria es, justamente, que muera (no llegue a esa edad) sin poder testar: “adveniente pubertate pupillaris extinguitur substitutio”.

B) *Premoriencia del sustituido al sustituyente*, pues si de acuerdo con el artículo 156 en la sustitución pupilar hay un solo testa-

mento, éste será ineficaz únicamente cuando muera el testador sustituyente, momento en que precisamente entrarán en vigor las disposiciones del testamento y por tanto la sustitución en él ordenada. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155, apartado 3.º, si el sustituido había sido instituido heredero del padre o de la madre, entraría en juego la vulgar tácita que el citado precepto estima implícita en la pupilar expresa sólo respecto de los bienes procedentes de la herencia del o de los sustituyentes. En cuanto a los bienes del impúber se abriría la intestada (art. 251).

C) *Premoriencia del sustituto al sustituyente o bien al sustituido*, que es condición necesaria para la eficacia de la sustitución.

En la doctrina (83) se han señalado otras causas de extinción de la sustitución pupilar y entre ellas el hecho de que el menor de catorce años tuviere un hijo, o el supuesto de nulidad total del testamento, etc. En todos estos supuestos y por lo que toca al Derecho compilado, la herencia del causante impúber se defiende conforme a las normas especiales de la sucesión intestada recogidas en el artículo 251.

II. LA SUCESION INTESTADA ESPECIAL DEL CAUSANTE IMPUBER

1. *Precedentes históricos*

Los precedentes históricos de la sucesión excepcional del causante impúber son sobradamente conocidos y a ellos me referiré muy sucintamente y desde luego cuando sea absolutamente conveniente o necesario como elemento de interpretación del texto compilado, pero quedando bien sentado que la sucesión intestada del causante impúber sólo puede ser bien comprendida a la luz de un criterio historicista, presupuesto y apoyo de la mayor parte de las instituciones civiles del Derecho sucesorio catalán (84).

Esta sucesión no sigue los habituales criterios de la sucesión romana (ni proximidad de parentesco ni unidad de bienes) y al apartarse de la Novela 118 de Justiniano, se acomoda a lo establecido por tres Constituciones de Derecho civil autóctono de Cataluña. La primera fue establecida por el rey don Jaime I en el año 1260, accla-

(83) Para el derecho civil común ver por todos la monografía de ALBALADEJO, pág. 219 y ss. En el Derecho catalán, Cfr. COLL I RODES, op. cit., año 1910, pág. 277, epígrafe núm. 30. En la doctrina civil reciente ver a PUIG FERRIOL, op. cit., en cuanto a la sustitución ejemplar en Cataluña.

(84) Para un estudio de los antecedentes históricos de esta sucesión ver a COLL I RODES, en el trabajo ya citado, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1909. VIVES y CEBRIA, «Traducción de los Usatges y demás derechos de Cataluña. BORRER I SOLER, «Dret civil vigent a Catalunya». Barcelona, 1923, vol. V, 1.º y 2.º. Cfr. PELLA Y FORGAS, José, «Derecho civil de Cataluña», tomo IV, 2.ª ed. Barcelona, 1943, Ed. Vela, págs. 6-20.

rando se suele decir por la doctrina de los autores clásicos catalanes, otra anterior Constitución sobre idénticos problemas. En esta Constitución se dispuso que los parientes próximos del impúber difunto hereden los bienes procedentes de su linaje; que le suceda la madre en los que el padre hubiere adquirido por industria, negociación o por cualquier otro título y si faltaren parientes dentro del cuarto grado, vuelvan todos los bienes a la madre. Una segunda Constitución fue dada por el rey don Pedro III en Cortes de Monzón en 1363 y en ella se dispuso suprimir la limitación que al principio de troncalidad había establecido la anterior. Quedó establecido que los bienes que se hubiesen transferido a un impúber y que procedieran del padre o del abuelo o de cualquier otra persona de la línea paterna,¹ cualquiera que fuera el título, causa u ocasión, no fueran a parar a la madre ni a los parientes inmediatos de la línea materna, sino al padre y a los parientes de esta última línea hasta el cuarto grado, guardando entre ellos el orden del Derecho romano y salvando siempre la legítima reservada a la madre o a los otros ascendientes de la línea materna. Una tercera y última Constitución, la del rey don Felipe, en Cortes de Monzón de 1585, afirma y ratifica el criterio de troncalidad, ya que parece ser criterio pacífico el de que el Rey se mostró partidario de la solución que propuso por estimar que era injusto que una persona que tenía hermanos o parientes maternos hasta el cuarto grado (según orden de Derecho romano), si recibía bienes de su madre y moría impúber tales bienes pasaban por medio de la sustitución pupilar hecha por el padre a los parientes de éste (pasaban de una línea a otra), razón por la que se ordenó que dichos bienes volvieran a los parientes maternos y que si el padre ordenaba la sustitución pupilar tenía que hacerlo en favor de determinadas personas (85).

Nos parece que de la interpretación que hace la doctrina de estas tres Constituciones catalanas, se puede sentar la siguiente conclusión: que la sucesión intestada del impúber está impregnada del espíritu troncal, que si bien se ha calificado de "algo debilitada", la verdad es que se acomoda perfectamente a las necesidades y conveniencias de la familia rural o estable; en aplicación de tal presupuesto resulta que los bienes del impúber, procedentes de cualquiera de esas dos ramas, paterna o materna, pasarán, respectivamente, a los parientes de una o de otra hasta el cuarto grado; además siempre se aplicará sobre tales bienes la legítima del padre o madre superviviente; finalmente, en defecto de dichos parientes, así como en los bienes no troncales, habrá de seguirse el orden normal de la sucesión intestada ordinaria sin tener para nada en cuenta la procedencia de los bienes.

2. *Fundamento de esta sucesión excepcional. Su apertura*

Hay que buscarlo en la libertad civil, tan propia de los Derechos civiles de determinadas regiones españolas y entre ellas la de Cata-

(85) Véase el art. 158 de la vigente Compilación.

luña. El ordenamiento jurídico catalán obedece al principio de libertad en todo aquello que, por razones de orden público, no está explícitamente prohibido, nos dice Figa Faura. Esa libertad se traducirá en funcionalismo de las normas jurídicas que es prueba de su arraigo y adherencia a las necesidades a las que el Derecho tiene que servir. Esa necesidad es la conservación de la "casa pairal", del patrimonio familiar y aquí es donde hay que buscar el fundamento y la raíz última de las normas que regulan esta excepcional sucesión intestada del causante impúber. Si esa libertad, apreciando en cada momento la posibilidad y conveniencia de una o de otra solución para la conservación del patrimonio, no la tiene por definición el impúber, a quien no se ha nombrado sustituto pupilar, es natural que sea la propia ley la que regule el destino del patrimonio familiar. Estamos, pues, ante una sucesión eminentemente familiar en la que se tiene en cuenta muy principalmente el origen de los bienes con objeto de atribuirlos a la rama de donde proceden. Este es el principio de troncalidad, espíritu y fundamento de la sucesión intestada de los impúberes, y que al decir de Durán y Bas responde a dos tendencias: la de la constante unión del patrimonio con la familia, y la de evitar que segundas nupcias del padre o de la madre hagan pasar a familia distinta de la del cónyuge difunto bienes provenientes del mismo o de sus parientes. A diferencia de lo que acontece en el Derecho civil común, en que como afirma Castán (86) no se admite la troncalidad en la sucesión intestada ya que el heredero abintestato es un sucesor universal, sin embargo, esta manifestación de rancio abolengo histórico tiene lugar en el Derecho civil de las regiones de Cataluña, Aragón, Navarra y Vizcaya, si bien no en todas se dé con igual criterio ni con la misma intensidad (87).

(86) CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil Español Común y Foral», t. VI (Derecho de Sucesiones), vol. III, 7.^a ed. revisada y ampliada por el Prof. De los Mozos. Madrid, 1971, págs. 47 y ss., y págs. 197 y ss. A propósito de la naturaleza troncal de esta sucesión debe consultarse además de la monografía de COLL I RODES, las siguientes obras o estudios: ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho sucesorio* (Conferencia pronunciada el día 6 de abril de 1943), en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», año 1943, págs. 335 a 377; Idem, *Los elementos componentes de la Compilación*, en «Comentarios...», op. cit., 1961, págs. 27 y ss. Idem, *La sucesión abintestato de impúberes y la reserva lineal del art. 811 del C. c. antes de entrar en la Compilación catalana* (Comentario a la Sentencia de 5 de abril de 1962 de la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona), en «Revista Jurídica de Cataluña», 1963, pág. 413 y ss. CONDOMINES-FAUS, *Comentarios*, cit., en pág. 284 y ss. GASSIOT MAGRET, *Comentarios...*, ya cit., en pág. 277 y ss. VALLET DE GOYTISOLO, *La agricultura y la explotación familiar*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1964, págs. 107-123. LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La Compilación de Derecho civil de Cataluña*, en «Estudios de Derecho Privado» (t. I), Madrid 1962, págs. 37-76 y en particular lo relativo al derecho de sucesiones en página 59 y ss.

(87) Aparte de la bibliografía citada en el número anterior, para tener una idea exacta de la historia de la troncalidad en nuestros varios regímenes civiles, puede consultarse el estudio de don Luis MOUTÓN OCAMPO, *Troncalidad (Voz)* en Enciclopedia Jurídica Española, Tomo Trigésimo. Seix Editor, en pág. 455

La apertura de esta sucesión tiene lugar conforme al artículo 251 de la Compilación en defecto de sustitución pupilar. Habría que decir que tiene lugar no sólo cuando no haya sido ordenada, sino también cuando la sustitución ordenada no haya sido eficaz. Afirma COLL i RODES, al tratar de la apertura de la sucesión intestada del causante impúber, que en puridad no se debería decir que el impúber muere intestado ni que muere testado, ya que un impúber carece de testamentifacción activa y en consecuencia no puede otorgar testamento; en verdad lo que pasa es que muere intestado porque las personas que podían haber testado por él no lo han hecho o que aún habiendo testado, no hayan ordenado la sustitución pupilar (88).

Mejor sería decir esto último y así vemos como el artículo 156 de la Compilación permite que el padre o la madre del impúber fallezcan bajo testamento y, sin embargo, no necesariamente haber dispuesto la sustitución pupilar al regular su propia herencia. En resumen, lo fundamental para que tenga lugar la apertura del abintestato del pupilo es el hecho de no haberse proveído acerca del destino de sus bienes en previsión de que falleciere "intra pubertatem" o que habiéndolo hecho así, sin embargo, la sustitución no llegue a ser eficaz por algunas de las causas que ya quedaron indicadas.

Constituye una especialidad del Derecho civil autóctono de Cataluña, ya se ha dicho. Y así el artículo 248 de la Compilación afirma que "la sucesión intestada se regirá por lo dispuesto en el Código civil salvo las especialidades contenidas en los tres artículos siguientes". Una de ellas es justamente la relativa al causante impúber que muere intestado. Sucesión intestada que para que se dé es necesario no solamente que se produzca la muerte intestada del impúber, sino que deben concurrir los siguientes requisitos: a) que no haya sustitución pupilar o que esta no sea eficaz; b) que se trate de bienes troncales, es decir, bienes de procedencia paterna o materna o de parientes de una u otra línea dentro del cuarto grado; y c) que el impúber deje parientes comprendidos en el cuarto grado de la rama o linaje de donde los bienes proceden. De donde se deduce que la sucesión intestada no se abre si el impúber dejase un hijo (nacido o concebido) ya que faltaría la base de la sucesión troncal. No dándose tales cir-

y ss. Para una lectura íntegra de algunos textos del Derecho histórico español relativos a la troncalidad (Lex Visigothorum; Fuero de Salamanca; Fuero de Ledesma; Fuero de Soria; Leyes de Toro; Fuero de Vizcaya; Fueros de Aragón; Costumbres del Valle de Arán), consultar la obra *Textos jurídicos españoles* de GIBERT, Rafael, Ed. Gómez, Pamplona, 1954, pág. 131 y ss. Resulta fundamental el estudio monográfico de VALLET sobre *La jurisprudencia del T. S. y el art. 811 del C. c.*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1957 y 1958.

(88) Cfr. COLL i RODES, op. cit., año 1910, epígrafe núm. 34. En este sentido dice BORRELL i SOLER, *Dret civil vigen...*, pág. 490 y ss., que el impúber es incapaz de testar, pero como el padre puede hacerlo por él en forma de sustitución pupilar, se reserva el nombre de sucesión intestada del impúber para el caso de referirse la herencia por disposición de la ley y no por voluntad del padre del impúber causante. También VIVES y CEBRIA, *Traducción al castellano...* ya cit., en pág. 280 y en nota 1.

cunstancias la sucesión se rige por las normas ordinarias del abintestato.

3. *Bienes que quedan comprendidos en la sucesión*

Han de ser bienes troncales. En este sentido está orientada la forma de deferirse la herencia de acuerdo con la tradicional fórmula de "*paterna paternis, materna maternis*", atribuyéndose los bienes a los parientes más próximos del impúber dentro del cuarto grado de donde los bienes procedan (89). Atendiendo a este criterio se ha formulado por el compilador el artículo 251 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. En la regla primera del precepto se dice que: "En los bienes procedentes de su padre o madre no adoptivos o de los demás parientes paternos o maternos hasta el cuarto grado, cualquiera que sea el título de adquisición de los mismos, serán respectivamente llamados a la sucesión, por su orden, los parientes más próximos del impúber, dentro del cuarto grado en la línea de que los bienes proceden".

Las razones, exclusivamente troncales, a que ya hemos hecho referencia, determinan que en la sucesión se hagan o mejor se formen, tres masas patrimoniales reducibles a dos: una que está constituida por el patrimonio familiar recibido de la familia por naturaleza y el segundo constituido por los demás bienes de otra procedencia. Respecto de los bienes que corresponden al primer grupo se aplican las normas de la sucesión excepcional del impúber; no así en los segundos y por esto quedan excluidos de la sucesión troncal los bienes procedentes de los padres adoptivos. Los bienes que el causante impúber tiene de su familia por naturaleza a ella vuelve, pues otra cosa sería contrariar la finalidad de la sucesión troncal y hacer que la adopción —lo que no es admisible— desviara el flujir sucesorio de los bienes. Se trata de un simple retorno a la procedencia (90).

(89) Es importante la sentencia del T. S. de 24 de diciembre de 1871. Cfr. también CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil común y foral*, T. VI, V.º 3.º, págs. 48-49.

(90) El Derecho histórico de Cataluña evidencia esta reversión de los bienes a su origen (ver las tantas veces citadas Constituciones 1.ª y 2.ª del Tít. II «De pupilaris y altras substitutionis y de la successions dels impubers», Lib. VI, traducción al castellano en VIVES Y CEBRIÁ, op. ya cit., pág. 280 y ss.), principio éste de troncalidad muy parecido, se ha dicho, a la reserva lineal del artículo 811 del C. c. Después pasó esta manifestación al Proyecto de Apéndice en sus artículos 101 a 103 (Proyecto de 1903). Ver MOUTÓN, op. cit., en pág. 462. En cambio en cuarto a las normas que deben regir los bienes no troncales, la Compilación dice que son de aplicación las normas de la sucesión intestada ordinaria. Cfr. antes de la reforma de 1970 los siguientes trabajos: SOTO NIETO, en la «Revista General de Jurisprudencia y Legislación», año 1961 (diciembre núm. 6), págs. 681 y ss. IDEM, en la «Revista General de Derecho» (año 1961, núms. 198 y 199), siempre a propósito de los derechos sucesorios del hijo adoptivo. CASTRO LUCINI, Francisco, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL (años 1962 y 1966) y en los Estudios en honor del Prof. CASTÁN TOBEÑAS, t. III. GULLÓN en los Estudios en honor del Prof. Serrano, también trata de los problemas de Derecho sucesorio del hijo adoptivo y asimismo en la Revista de Derecho Privado año

Precisamente porque el origen o procedencia de los bienes es lo que mueve todo el mecanismo del artículo 251, es por lo que en su regla tercera nos dice que: "En los demás bienes del impúber su sucesión intestada se regirá por las reglas generales, sin distinción de líneas" y en la regla quinta que "No tendrán la consideración de troncales los frutos de los bienes de igual carácter". En efecto, tales frutos al ser percibidos constituyen una propiedad separada y distinta de los bienes que los han producido, razón por la que pasan a formar parte del patrimonio propio del impúber. Su fundamento está en que el título de adquisición por el que el impúber recibe los frutos o rentas, no es un título voluntario, sino legal, como es la accesión en cuanto es un modo de adquirir la propiedad que hace que tales frutos producidos pasen a ser otro derecho de propiedad que se adquiere con la separación. Ello obliga a considerar que tales frutos no son troncales y que formando parte de su patrimonio particular, su sucesión se defiere por las reglas generales y ordinarias del abintestato (91).

Para Borrell (92) no sólo no son troncales los frutos, sino tampoco lo que con ellos se hubiere adquirido y ello nos lleva a considerar muy sucintamente el alcance de ese "título" a que se refiere el artículo 251 (regla 1.^a) con la expresión de "...cualquiera que sea el título de adquisición de los mismos..." y que entiendo no es tan amplio como pudiera parecer, sino que debe quedar limitado en el sentido de que tan sólo deben revertir al linaje los bienes adquiridos por el causante impúber a título gratuito (causa lucrativa) o "mortis causa" así como aquellos que hubiere adquirido a título oneroso con bienes de procedencia paterna o materna, pero no si la adquisición se hizo con dinero propio del impúber aunque el bien adquirido fuera

1960), sobre todo al final de su estudio, cuando trata de los derechos sucesorios de la familia por naturaleza, advirtiendo la conveniencia de no producir interferencias entre ambos núcleos familiares. Con posterioridad a la reforma de julio de 1970 y siempre dentro de la sucesión intestada ordinaria, cfr. el estudio de FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL (1971) sobre *La adopción* (en pág. 780) al estudiar los derechos sucesorios de los parientes por naturaleza (art. 179, «in fine», al decir que los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 812 del Código). Igualmente a GARCÍA CANTERO. *El nuevo régimen de la adopción*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1971. pág. 844 y ss. En resumen y dentro de la sucesión troncal a la que aquí nos estamos refiriendo, ya vemos cómo los bienes de procedencia paterna o materna sigue un curso distinto merced a este derecho troncal o de recobro. Para su aplicación en materia de derecho agrario (en relación con una visión nueva del derecho sucesorio). Cfr. LUNA SERRANO, *La transmisión «mortis causa» de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*, en «Estudios de Derecho Público y Privado» (en honor del Prof. Serrano), Valladolid, 1966, en pág. 507-540.

(91) En tal sentido se manifiesta VIVES Y CEBRIÁ, en su *Traducción...* ya cit., en pág. 319 y concretamente en la nota núm. 8. Igualmente COLL i RODES es de este criterio y cita no sólo a VIVES, sino también la autoridad de FONTANELLA (ver ep. 42, año 1910, en la «Revista Jurídica de Cataluña», en notas) e igualmente era éste el criterio del art. 734 del Anteproyecto de Apéndice. Ver a BORRELL, op. cit., en pág. 492 (nota 16).

(92) Vide BORRELL, en op. cit., y a COLL i RODES, en op. cit., 1910.

de los padres. porque entonces (y ello lo indica Borrell, op. cit., locución cit.) supondría un caso de subrogación semejante al que se recoge en el artículo 1.404 del Código civil (“res succedit in locum pretii et pretium in locum rei”).

En la regla cuarta del artículo 251 se establecen una serie de reglas encaminadas a la calificación de los bienes de una u otra procedencia. Así se consideran de procedencia paterna los que componen la dote estimada (aún siendo bienes aportados por la madre) ya que la estimación produce los efectos de la venta y el marido sólo queda obligado a restituir el valor. Igualmente el “esponsalicio o excreix” ya que conforme al artículo 44 de la propia Compilación lo constituye el marido como aumento de dote, siendo desde luego, su propiedad debida a los herederos del marido y por tanto, de procedencia paterna (93). La misma regla determina que son bienes de procedencia materna la dote inestimada, el precio de la estimada y la “soldada”.

Los bienes que en virtud de reserva —dice la regla cuarta del artículo 251— por segundas nupcias haya adquirido el impúber quedarán comprendidos entre los de la línea del cónyuge premuerto, a no ser que los hubiere adquirido por elección o distribución del reservista. Resulta que estos bienes se entienden maternos o paternos según sea el padre o la madre el obligado a reservar. Ya señalaba Coll que en virtud de la reserva el esposo bínubo perdía la propiedad de los bienes, pasando del cónyuge premuerto al impúber directamente. Se trata de una excepción a la norma general de que los bienes que recibe el impúber son paternos o maternos atendiendo a la persona de quien inmediatamente los recibe. Sin embargo, el propio artículo 251 nos dice que salvo el caso de que los recibiera por elección o distribución del reservista, pues entonces de acuerdo con lo establecido en el artículo 270, ejercitada la facultad de elegir o distribuir los bienes reservables pierden, por ministerio de la ley y al fallecimiento del reservista, la cualidad de reservables, estimándose entonces que pertenecen a la herencia privada del reservista.

4. De la legítima en esta sucesión especial

Queda por analizar el alcance de la regla segunda del artículo 251 de la Compilación. Dice así: “Si hay ascendientes de otra línea, conservarán su derecho a la legítima sobre sus bienes”. Los antecedentes históricos de este precepto hay que buscarlos en la Constitución de Pedro III en las Cortes de Monzón del año 1363, en la que se decía que “...sola llegalitima resservada a aquella mare o als altres ascendents de la linea maternal si sobreviuran...” (94), de acuerdo con cuya

(93) FAUS y CONDOMINES, en op. cit., págs. 80-83 y 79-80. Ver también LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 320.

(94) Cfr. VIVES y CEBRIÀ, Traducción al catalano..., op. cit., en págs. 517 y ss., con la traducción completa al castellano de estas Constituciones catalanas (Libro VI, Tít. II). Ver las notas en las páginas citadas.

Constitución se concede legítima en aquellos bienes en que el legitimario del causante no era llamado como heredero a una parte de la sucesión intestada del mismo. Tal cosa no está, desde luego, de acuerdo con la naturaleza de la legítima, pues resulta evidente que tanto la tradición jurídica catalana como la legislación vigente llama legítima a una detracción que se da precisamente en la sucesión intestada y respecto de bienes en que el legitimario no ha sido llamado por la razón de que siendo una sucesión de naturaleza troncal, atendiendo al origen de los bienes, el destino de los mismos se ha orientado hacia el linaje contrario de donde proceden. Esta misma idea se observa en el Proyecto de Apéndice al Código civil para Cataluña de 1896, que afirma en su artículo 102: Si al impúber sobrevivieren ascendientes de línea distinta de la a que pertenezcan los bienes sujetos a la sucesión troncal regulada en el artículo anterior, conservarán su derecho a la legítima sobre dichos bienes. si no la tuvieran previamente renunciada en capitulaciones matrimoniales” (95).

Con posterioridad puede verse el mismo sentido de la legítima en esta sucesión intestada especial en el artículo 351 del Apéndice de 1930; en el artículo 364 (regla 2.^a) del Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial para Cataluña y también en el artículo 485 del Proyecto de Compilación de 1959; éste último artículo afirma que “los ascendientes de una línea tendrán derecho a su legítima sobre los bienes del impúber procedentes de la otra línea”.

Como se ha podido comprobar, en todos los textos legales que se han citado, a partir de la Constitución catalana de Pedro III, aparece la misma idea de que si bien los bienes de abolengo o raíces o del tronco vuelven al tronco, sin embargo, los ascendientes del impúber de aquella otra línea que no era la troncal, recibía un “quantum” que en los textos siempre se le llama “legítima”. Hay una razón de equilibrio por de pronto. La troncalidad no excluye en forma automática la sucesión intestada de los ascendientes de la otra línea del impúber causante. Hay una legítima que corresponderá a la madre respecto de los bienes de procedencia paterna y contrariamente, al padre sobre los bienes de procedencia materna que han quedado en la sucesión del hijo impúber muerto sin sustitución pupilar eficaz. En defecto de padre o de madre, este derecho corresponderá a los otros ascendientes guardando el orden de la sucesión intestada.

La regla segunda del vigente artículo 251 de la Compilación recoge, esta tradición del derecho autóctono catalán. No deja, sin embargo, de interesar el que en una manifestación de sucesión abintestato se hable de “legítima”, siendo así que habitualmente entendemos que la legítima es un freno a la libertad de disposición “causa mortis”.

(95) El art. 101 de este Proyecto de 1896 decía: «De la sucesión irregular del impúber: En cuanto a los bienes adquiridos directamente del padre, madre u otros parientes de las líneas parterna o materna hasta el cuarto grado, son llamados a la sucesión de los que fallezcan en la impubertad sin sustituto eficazmente nombrado los más próximos parientes del impúber que lo sean dentro del referido 4.º grado en la línea de que los bienes procedan...».

Algo debió intuir Borrell i Soler (96) cuando advertía que no era demasiado fundado hablar de legítima, pues no era lógico tal cosa ni por ley, ni de acuerdo con las formas de deferirse la sucesión ya que tratándose de una sucesión intestada no hay sucesión forzosa, no siendo razonable que la ley se limite a ella misma en previsión de abusos, tanto más —decía— cuando la forzosa se considera como una parte de la herencia que se defiere a los legitimarios como a herederos abintestato.

Por ello habría que estimar que se trata de una excepción o limitación en favor de los ascendientes de la otra rama. Más recientemente Puig Brutau (97) al hablar de la legítima nos dice que no hay una legítima, sino un sistema de legítimas; o si se prefiere una función práctica de la legítima ordenada a un determinado fin. Esta funcionalidad de la legítima, ligada a su intangibilidad, hace que cumpla un especial cometido en esta sucesión real o troncal del causante impúber y que es el favorecer a aquellos legitimarios de la otra línea a la que no van a parar los bienes de origen. Se trata de no quedar desamparados a quienes no han sido llamados en los bienes troncales como herederos (98). Hay una atribución legal de un “quantum” igual a la legítima y que han de satisfacer los ascendientes de la línea tronquera. Por ello no creo que se pueda hablar de contradicción entre sucesión intestada y legítima de estos ascendientes; la contradicción es tan sólo aparente y en todo caso su justificación evidente. La troncalidad respeta la legítima, acaso porque funciona contemplando la sucesión no tanto desde el causante como desde el legitimario. Detracción de rancio abolengo en el Derecho de Cataluña a la que hay que aplicar lo dispuesto en el artículo 122 de la Compilación (99). En cualquier caso, esta llamada “legítima” no nos parece que sea una reserva en el sentido técnico de esta figura jurídica, al menos como se concibe en el artículo 811 del Código civil. Habría que acudir a llamarla “reserva de impúberes” muy propia del Derecho civil de Cataluña, como la llama Roca Sastre, modalidad del derecho propio que encierra una figura de troncalidad, si bien algo debilitada.

Al pago de esta “legítima” quedarán afectos con carga real los bienes de la herencia de que se trate de acuerdo con lo establecido

(96) Cfr. BORRELL Y SOLER, *Dret civil vigen...* op. cit., en pág. 492 y nota 16 en esta página, con abundante citas bibliográficas de VIVES, II, 319; BROCA Y AMELL, II, 290; COLL i RODES, XVI, 330 (op. cit. año 1910) y otros.

(97) Cfr. PUIG BRUTAU *Fundamentos...* ya cit., T. V -3.º, en pág. 8 y ss.

(98) En este sentido puede consultarse la opinión de COLL i RODES, op. cit. año 1910, en pág. 421.

(99) Con acierto ha dicho la sentencia de 5 de abril de 1962 (Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona) que la posibilidad de detraer esta legítima, recogida en la vigente Compilación, refleja el verdadero contenido de esta institución catalana, cuya cuota no es una «pars hereditatis» ni una «pars bonorum» sino una «pars valoris bonorum». En este sentido hay que hacer constar la ratificación de ROCA SASTRE, en interesante comentario a esta Sentencia en la «Revista Jurídica de Cataluña», año 1963, págs. 413 y ss.

en el artículo 137 y 140 de la Compilación, en relación con el artículo 15 de la Ley Hipotecaria y los artículos 85 a 90 de su Reglamento.

Interesa saber si esos "ascendientes de la otra línea" a que se refiere la regla segunda del artículo 251, tienen derecho a tal detracción en todo caso, es decir, incluso cuando hayan recibido bienes por razón de troncalidad, o tan sólo en el caso de que no hayan percibido nada. Por su parte COLL i RODES (100), al tratar del caso, parece que se inclina, aunque no expresamente, por la segunda posición. Sin embargo, de acuerdo con la función que nosotros hemos asignado a esta llamada "reserva de impúberes", entendemos que los legitimarios tendrán derecho a obtener un "valor" en la sucesión del causante impúber, tanto si han recibido bienes como si no hubieren recibido nada, o cuando hayan recibido bienes, pero no en cantidad suficiente para cubrir lo que por legítima les corresponde. En este último caso podrán pedir el suplemento de legítima (101).

Precisamente porque estamos ante una forma de legítima y no de reserva "strictu sensu" es por lo que aquella no queda gravada. En este sentido dice ROCA SASTRE (102) que en el artículo 251 de la Compilación no se regula una reserva del artículo 811 del Código civil, sino una sucesión especial, con sus naturales repercusiones en materia de legítima. Si fuera una reserva, la legítima quedaría sujeta al gravamen de la reserva, lo que no ocurre al ser distinto su presupuesto.

Digamos por último que esta legítima constituye una excepción al principio general establecido por el artículo 145 de la Compilación que establece la nulidad a la renuncia de la legítima no deferida, así como a todo pacto o contrato de transacción o de otra índole sobre ella. Y en tal sentido, el citado precepto sienta como excepción, permitir "el pacto de sobrevivencia celebrado entre consortes en capitulaciones matrimoniales, por el cual el que de ellos sobreviva renuncia a la legítima que pudiera corresponderle, según lo previsto en la regla segunda del artículo 251". Se trata del llamado "pacto de sobrevivencia", introducido en el derecho tradicional de Cataluña por la costumbre y en cuya virtud los esposos renunciaban de un modo general a los derechos de sucesión en los bienes procedentes de los hijos, incluyendo lo que por legítima les pudiera corresponder en la sucesión intestada de algún hijo impúber. De esta manera, si fallecía un impúber al que había premuerto su padre, por ejemplo, y del que había heredado bienes, el supérstite recibía la cantidad que se había

(100) Cfr. COLL i RODES; op. cit., ep. núm. 47, año 1910.

(101) En cuanto a los bienes propios del impúber, sostiene COLL (op. cit., 1910, ep. 47) que no hay legítima, ni tampoco en los bienes de procedencia extraña y sí sólo en los bienes troncales. Cabría sostener, sin embargo, lo contrario, ya que en este supuesto excepcional se rompe la unidad de la herencia en el sentido romano y estamos, por tanto, ante dos masas patrimoniales y por ello, también, ante dos delaciones hereditarias.

(102) En tal sentido ver ROCA SASTRE, comentario ya citado en la «Revista Jurídica de Cataluña», año 1963.

establecido y de esta forma el patrimonio troncal no sufría desmembración de ninguna especie. Se conservaba la "casa". Estamos, como diría Lacruz Berdejo, ante un derecho consuetudinario y paccionado de muy alto valor humano, que responde con maravillosa exactitud a las necesidades del tipo de familia rural y estable en cuyo seno nace (103). Por esto, justamente, se ha conservado en la vigente Compilación como se ha mantenido la sustitución pupilar o el derecho troncal, porque en todas estas instituciones late el espíritu de solidaridad familiar que a todo trance quiere conseguir esa finalidad tan querida por el Derecho civil de Cataluña: evitar los efectos dispersivos de la sucesión intestada.

(103) LACRUZ-BERDEJO, en «Estudios de Derecho Civil», pág. 27. Ver COLL, en op. cit., 10, cit. con citas de FONTANELLA Y CÁNCER en apoyo de este pacto de sobrevivencia.

Efectos de la insuficiencia de la garantía hipotecaria

ANGEL CRISTOBAL - MONTES

Catedrático de las Universidades Central
de Venezuela y Católica "Andrés Bello" (Caracas)

1.—*Calificación jurídica de la situación a que da lugar la insuficiencia de la garantía hipotecaria.*

Devenida insuficientemente la garantía hipotecaria por virtud de la pérdida o el deterioro de la cosa gravada, esto es, conformada la *fattispecie* o cubiertos los presupuestos de aplicación, el artículo 1.894 del Código civil venezolano establece una determinada sanción, unas concretas consecuencias jurídicas, a semejanza de lo que ocurre con similares preceptos de otros ordenamientos civiles.

Así, según el artículo 2.131 del *Code Napoléon*, el acreedor "podrá o exigir desde ese momento (el de la insuficiencia) su reembolso u obtener un suplemento de hipoteca"; de acuerdo al artículo 2.743 del *Codice civile*, el acreedor "puede pedir que se le preste garantía idónea sobre otros bienes y, en su defecto, puede pedir el inmediato pago de su crédito"; a tenor del artículo 79 de la Ley Hipotecaria belga, el acreedor "tiene en este caso el derecho de reclamar el reembolso de su crédito...; sin embargo, el deudor será admitido a ofrecer un suplemento de hipoteca si la pérdida o los deterioros han tenido lugar sin su culpa"; en fin, el artículo 1.894 del Código civil venezolano dispone: "el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido".

Resulta, en consecuencia, que los dos medios reparatorios previstos por el legislador para el supuesto de la desaparición o la disminución de la garantía hipotecaria constituida son: la prestación de una garantía complementaria y la pérdida para el deudor del beneficio del término. El estudio de semejantes remedios plantea interesantes cuestiones en lo que respecta al orden en que deben ser solicitados, a su naturaleza y forma de actuación; a ellas nos vamos a dedicar en las páginas que siguen.

La primera impresión que se deriva de la simple lectura de los preceptos antes transcritos es que entre el artículo del Código francés

y los artículos de los otros Cuerpos legales parece existir una diferencia en lo que respecta a la forma en que el acreedor hipotecario está legitimado para actuar una vez sufrido el daño; en efecto, mientras el artículo 2.131 del Código francés habla de que el acreedor podrá exigir el reembolso inmediato u obtener un suplemento de hipoteca, los otros preceptos subordinan la exigencia del pago al hecho de no haber obtenido del deudor una nueva garantía y, en consecuencia, parecen establecer un orden entre uno y otro tipo de reclamo.

Literalmente aceptado, el referido artículo 2.131 parece atribuir al acreedor hipotecario la elección entre las dos posibilidades que la ley le reconoce, y no debe extrañar, por tanto, que los primeros comentaristas del Código francés se inclinaron en dicha dirección. Esta solución, aunque apegada a la letra de la norma, chocaba, sin embargo, con fuertes obstáculos, tales como la dificultad de armonizarla con la general interpretación que se daba al artículo 1.188 del mismo Código a propósito de la disminución de las garantías por actos del deudor, y la circunstancia evidente de que si el artículo 2.131 venía dado para el caso de que la hipoteca se hubiese vuelto insuficiente, no resultaba lógico ni justo que el acreedor pudiese reclamar la satisfacción del crédito no obstante el restablecimiento de la garantía que le ofreciese el deudor (1). Así, Chiesi, al plantearse la duda formulada por los intérpretes de si el derecho de elegir entre el reembolso inmediato y el suplemento de hipoteca corresponde al acreedor o al deudor, consideraba que la misma debía resolverse con la siguiente distinción: O los bienes inmuebles hipotecados han perecido o se han deteriorado por culpa y hecho de deudor, o por causa independiente de éste; en el primer caso, la elección debe corresponder al acreedor en fuerza del principio general establecido por el artículo 1.188, según el cual el deudor no puede reclamar más el beneficio del término cuando por hecho propio ha disminuido las cauciones que había dado en el contrato a su acreedor; en el segundo, el deu-

(1) No obstante, todavía en nuestros días algunos autores franceses se pronuncian en el sentido de que es al acreedor a quien corresponde la facultad de elegir. Así, según COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, V, Madrid, 1948, p. 439), cuando el acreedor se contesta con un suplemento de garantía, y los inmuebles presentes del deudor están todos ya gravados, éste puede darle hipoteca sobre sus bienes futuros; de lo que se desprende a *contrario sensu* que el acreedor puede no conformarse con el suplemento ofrecido por el deudor, no obstante, su suficiencia, esto es, que, aunque el deudor esté dispuesto a otorgar garantía complementaria, el acreedor, si así lo desea, puede exigir el pago de la deuda. También los hermanos MAZEAUD, en forma más clara y directa, afirman que cuando, por caso fortuito, algunos bienes, suficientes en el momento de la constitución de la hipoteca, han perecido o han experimentado depreciaciones tales que no garanticen ya sino insuficientemente al crédito, se le concede una opción al acreedor; puede, o bien reclamar el reembolso inmediato, por estar privado del término el deudor, o bien obtener un suplemento de hipoteca. (MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, III, 1.º, Buenos Aires, 1962, p. 354.)

dor debe tener la elección, o de pagar de inmediato la deuda, o de dar al acreedor un suplemento de hipoteca (2).

Bajo el impulso de tales consideraciones se inició en bloque un cambio de dirección hacia la tesis de que en el supuesto contemplado por el artículo 2.131 del Código civil la elección entre los medios allí previstos correspondía al deudor.

Ahora bien, como la letra del precepto no decía eso, sino que abonaba la interpretación contraria, se explica que la civilística francesa se preocupase por encontrar una explicación suficiente y apta al cambio de dirección que se deseaba e imponía.

La explicación recién apuntada de Chiesi de distinguir, para otorgar la elección al acreedor o al deudor, si la cosa gravada se ha deteriorado por culpa del deudor o por caso fortuito, que armonizaba con su opinión, realmente atinada, de que el artículo 2.131 del Código francés no distingue si los inmuebles hipotecados perecieron o se deterioraron por caso fortuito o por culpa del deudor (3), no podía gozar de predicamento en la doctrina francesa ortodoxa, pues ésta, como se recordará, se afiliaba (y se afilia) a la tesis de que el artículo 2.131 no puede tener aplicación cuando la disminución de la garantía ha sobrevenido por acto del deudor, caso este para el que está dictado el artículo 1.188.

Por otro lado, aunque se acepte el punto de partida de Chiesi, como nosotros hacemos, difícilmente puede acogerse su conclusión de que el *ius eligendi* oscile entre el acreedor y el deudor según cuál sea la participación de este último en relación a la disminución de garantías sobrevenida. El artículo 2.131 del Código francés, como los que con él se corresponden en los otros Códigos latinos, no da base para establecer semejante distinción, porque si bien es cierto que su silencio (y la *ratio* del precepto) permite incluir tanto el deterioro fortuito como el culpable, de ahí no cabe derivar que en un caso la facultad de optar se atribuye al deudor mientras que en el otro corresponde al acreedor. Chiesi funda su alegato de que en caso de deterioro imputable al deudor la elección ha de corresponder al acreedor en el hecho de que el artículo 1.188 establece un principio general en cuya virtud “el deudor no puede reclamar ya el beneficio del término cuando por hecho propio ha disminuido las garantías que había otorgado en el contrato a su acreedor”; si ello fuera cierto, la conclusión no debería ser la que Chiesi patrocina, sino la de que en el supuesto de deterioro por falta del deudor lo único que procede es el pago inmediato de la acreencia, ya que eso es lo que resulta de la aplicación del principio general formulado por el artículo 1.188 al caso que contempla el 2.131.

La realidad no es esa; el artículo 1.188 del Código francés (como el artículo 1.215 del Código civil venezolano) formula, en efecto, un principio general en relación a la disminución de garantías sufrida

(2) CHIESI, *Il sistema ipotecario illustrato*, III, Florencia, 1855, p. 485.

(3) *Ibid.*

por el acreedor, pero a su vez, el artículo 2.131 (como el 1.894 del Código de Venezuela) prevé un régimen especial par el caso de que la garantía venida a menos sea precisamente la hipotecaria, y eso siempre que se den precisas y rigurosas condiciones por lo que respecta a la causa de la disminución y a la entidad del perjuicio experimentado por el acreedor, cosa que, desde luego, no sucede en relación a la situación que contempla el genérico precepto que impone la pérdida del beneficio del término para el deudor. Pues bien, en uno y otro caso, el hecho de que el daño acaecido se deba a la culpa del deudor o sea fortuito, es, en principio, intrascendente porque la norma no está dictada como sanción contra el obligado, sino para tutela y protección de los derechos del acreedor que obtuvo una determinada garantía (que posiblemente fue la razón concluyente que le llevó a cerrar la negociación) y ahora la ve reducirse, minusvalorarse; por tanto, en relación al concreto campo a que se contrae el artículo 2.131 es palmario, por más que el mismo abarque tanto la insuficiencia casual como la provocada, que no cabe formular ninguna distinción en orden a atribuir al acreedor la elección entre los recursos en juego en unos casos y en otros reservar para el deudor semejante posibilidad de escongenia. Por otro camino deberá buscarse, pues, la aplicación y justificación de la nueva y dominante tesis (en la doctrina francesa del siglo pasado y en el actual) de que es al deudor a quien corresponde elegir entre, conceder una nueva garantía y proceder al pago inmediato de su débito.

El mismo Chiesi citado sostenía que en el caso en que la elección corresponda al deudor tal circunstancia se explica porque en el mismo tiene aplicación la regla propia de las obligaciones alternativas en cuya virtud la elección pertenece al obligado (art. 1.190 del Código civil francés, art. 1.217 del Código civil venezolano); esto es, que la atribución de semejante facultad al deudor se debería a que éste se halla sujeto por un vínculo obligatorio de naturaleza alternativa. De esta manera resultaría que la expresión que utiliza el artículo 2.131 de que el acreedor puede exigir su reembolso desde ese momento u obtener un suplemento de hipoteca sería exacta por completo y ni siquiera gramaticalmente podría engendrar dudas. A mi me parece, escribía, que ni siquiera por la construcción gramatical de las palabras del artículo podría atribuirse el derecho de elección al acreedor, ya que en las obligaciones alternativas, en las que indudablemente la elección corresponde al deudor, el acreedor, como observa Pothier, tiene siempre el derecho de demandar disyuntivamente una y otra cosa (4). Esta postura no ha gozado de mayor predicamento entre los civilistas franceses, aunque, cosa curiosa, se encuentra aceptada en forma tácita por autores modernos como Ripert, y Boulanger cuando, al señalar que por más que la fórmula legal parece brindarle la elección al acreedor en realidad la opción perte-

(4) *Ibid.*, III, p. 486.

nece al deudor, remiten al artículo 1.190 del Código civil francés para justificar esta última circunstancia (5).

Tendríamos, por tanto, formulada una nueva vía para explicar el que la elección corresponda al deudor: como éste se halla sujeto por una obligación alternativa, decidir por el pago o por el suplemento a él le debe estar atribuido de acuerdo al principio general de que en tal variedad de obligaciones la opción pertenece al obligado. ¿Es legítima la misma? Nos parece que no.

Que en la hipótesis del artículo 2.131 del Código civil francés no estamos frente a un caso de obligación alternativa resulta evidente, ya que en la misma hay un solo objeto, una sola prestación en la obligación; cuando la ley dice que el acreedor podrá exigir desde ese momento su reembolso u obtener un suplemento de hipoteca es obvio que no está contemplando una variedad obligacional en la que "el deudor... se libera por la entrega de una de las dos cosas que estaban comprendidas en la obligación" (art. 1.189 C. c. francés), pues en tal caso no podría hablar de exigir su reembolso o pago. En la obligación alternativa se paga ejecutando tanto una como otra de las prestaciones debidas ya que todas ellas constituyen objeto de la obligación, por lo que si el término pago se reserva para una de las posibles conductas a observarse por el deudor es inequívoco que sólo ésta resulta adecuada y, en consecuencia, mal cabe hablar de disyuntividad de las prestaciones. Por lo demás no debe olvidarse que afirmar que en el supuesto del artículo 2.131 la elección corresponde al deudor porque estamos en presencia de una obligación alternativa supone una inaceptable inversión del pensamiento lógico, pues lo correcto sería llegar a la conclusión de que la obligación es de tal naturaleza en base a que, efectivamente, en el precepto considerado el obligado puede optar entre una y otra actuación, y para eso no hay base adecuada, antes bien, de la letra de la ley parece derivarse que la elección corresponde al acreedor.

Y todavía más, aunque gratuitamente se partiese de que el artículo 2.131 del Código civil francés consagra un caso de obligación alternativa, ni siquiera así cabría deducir que el deudor goza de la opción comentada, pues en tal especie obligatoria "la elección le pertenece al deudor, si no se le ha concedido expresamente al acreedor" (art. 1.190 C. c. francés) y, como tantas veces hemos señalado, de acuerdo a los términos en que aparece redactado el precepto la facultad de elegir resulta atribuida a éste y no a aquél. En definitiva,

(5) RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho civil*, VII, Buenos Aires, 1965, p. 317. Entre los autores franceses orientados en esta dirección merece citarse a HUC (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, XIII, París, 1900, p. 279), para quien, por aplicación de los artículos 1.190 y 1.247, corresponde al deudor la elección en la obligación alternativa en que se encuentra; también PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, XII, La Habana, 1942, p. 413.

pues, la vía de la obligación alternativa no resulta transitable a los efectos que se persiguen.

Para el sector dominante de la doctrina francesa, el *ius electionis* corresponde al deudor no en base a que en la hipótesis del artículo 2.131 del *Code* nos hallemos frente a una obligación alternativa, sino en razón de que dicho precepto consagra un supuesto de obligación facultativa.

Ya Durantón señalaba que cuando el artículo 2.131 habla de que el acreedor podrá “obtener un suplemento de hipoteca” está indicado claramente que el reclamo del crédito se verá detenido si el deudor ofrece tal suplemento de hipoteca, algo que no está *in obligatione*, sino tan sólo *in facultate solutionis*. Por lo demás, tal afirmación concuerda con el espíritu de la ley de acudir en socorro del acreedor cuando éste ha perdido sus garantías, para lo cual no hace falta privar al deudor, que ya ha sufrido la desgracia de perder su inmueble, del beneficio del término, sino que basta con que constitya otras garantías: es esta una doctrina simple y razonable, que responde al sentimiento de un juez sabio y justo (6).

Aubry y Rau argumentaban que cuando la disminución de las garantías haya tenido lugar por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor no han contravenido en forma alguna la ley del contrato, y, por tanto, sería injusto otorgar al acreedor el derecho de reclamar el reembolso caso de que el deudor le ofrezca un suplemento de hipoteca (7).

También para Baudry-Lacantinerie y De Loynes es evidente que el derecho del acreedor no depende de su sola voluntad pues la ley no dice que podrá “exigir” un suplemento de hipoteca, sino solamente que podrá “obtener”, y como estamos en materia de hipoteca convencional dependerá de la voluntad del deudor el ofrecer: el suplemento de hipoteca está así *in facultate debitoris* (8).

En relación al Derecho belga, Laurent advertía que la Ley Hipotecaria de su país había consagrado la opinión de los que estimaban que el dar un suplemento de hipoteca era facultad del deudor más que derecho del acreedor; cuando el artículo 79 de la misma establece “que se admitirá al deudor un suplemento de hipoteca si la pérdida o los deterioros han tenido lugar sin su culpa”, está atribuyendo una facultad al deudor no un derecho al acreedor, aparte de que la ley no podría obligar al deudor a dar un suplemento de hipoteca pues puede suceder que no tenga inmuebles o que no quiera

(6) DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, X, Nápoles, 1845, p. 361.

(7) AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, III, París, 1938, p. 589, n. 29.

(8) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de L'expropriation forcée*, II, París, 1899, p. 490.

hipotecarlos, y como se trata de una obligación de hacer, la ley no le puede obligar a ello (9).

En nuestros días, De Page considera que en el caso de pérdida sobrevenida sin la falta del deudor, el artículo 79 de la ley belga formula dos reglas: la exigibilidad de la acreencia, salvo el derecho del deudor de suministrar un suplemento de hipoteca; esta situación se caracteriza señalando que el suplemento de hipoteca se halla *in facultate solutionis*, el acreedor no tiene el derecho de exigir, sólo el deudor puede ofrecer. Si lo ofrece, el acreedor, de acuerdo a la teoría de las obligaciones facultativas, está sujeto, pero a condición de que el suplemento de hipoteca sea satisfactorio. En su opinión, numerosas razones demuestran que el suplemento de hipoteca sólo puede estar *in facultate solutionis*: la prestación de un suplemento de hipoteca es una obligación de hacer a la que se aplica la regla *nemo potest praecise cogi ad factum*; por otra parte, el juez no puede, dado el carácter solemne del contrato hipotecario, ordenar que su sentencia haga las veces de hipoteca y, en fin, el deudor puede que no posea otros inmuebles o inmuebles insuficientes. El acreedor está así circunscrito al solo derecho de exigir el reembolso de su crédito (10).

No hay duda de que la tesis que ve en el artículo 2.131 del *Code Napoléon* un supuesto de obligación facultativa es más firme que la que se limita a ver en aquél una mera manifestación de obligación alternativa; sin embargo, tal construcción tampoco resiste los embates de una crítica jurídica rigurosa.

Según la doctrina, la obligación facultativa se da cuando si bien el deudor está obligado a una determinada prestación —que constituye el objeto de la relación obligatoria— le asiste la facultad de extinguir la obligación y liberarse mediante la realización de una prestación distinta de la debida; la prestación a través de la cual se ejercita la facultad de sustituir no es, en ningún sentido, una prestación debida, pero, no obstante, su realización produce los mismos efectos que el cumplimiento de la prestación debida. Por ello, el acreedor en la obligación alternativa con derecho de elección correspondiente al deudor tiene que instar el cumplimiento con referencia a cualquiera de las prestaciones alternativamente debidas, o a aquella por la que opte si le corresponde el derecho de elección, mientras que en la obligación con facultad de sustitución el acreedor ha de pretender el cumplimiento exclusivamente de la prestación debida, aunque al deudor le asista el derecho a sustituirla (11). Pues bien, ¿es esto lo que ocurre en la hipótesis contemplada por el artículo 2.131 del Código francés? Nos parece que no.

(9) LAURENT, *Principios de Derecho civil*, XXX, La Habana, 1920, pp. 511-512.

(10) DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VII, 1.º, Bruselas, 1943, pp. 540-541.

(11) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pp. 154-155.

Ciertamente que dicho precepto habla de que el acreedor podrá exigir el reembolso inmediato de su crédito u obtener un suplemento de hipoteca, y que en base a la fórmula gramatical que utiliza la ley puede sostenerse que no estamos frente a un derecho del acreedor, sino ante una facultad o posibilidad exclusiva del deudor; mas, ¿significa esto que queda conformada en la hipótesis en estudio una manifestación de la obligación llamada en doctrina facultativa o con facultad alternativa o de sustitución? En nuestra opinión, aunque se admita que el ofrecimiento por parte del deudor de una garantía complementaria paraliza el reclamo de satisfacción de la acreencia, ello no da lugar a que nos hallemos frente a un auténtico caso de obligación facultativa.

En efecto, como hace un momento se señalaba, lo que caracteriza a esta variedad obligacional es que existiendo en la misma una sola prestación (*in obligatione*), el deudor puede liberarse mediante el cumplimiento de otra prestación que no debe (*in solutione*), la cual, por tanto, viene a sustituir o reemplazar a la que propiamente constituye el objeto de la relación obligatoria: *una res est non tantum in solutione, verum etiam in obligatione* (12), pero no es esto lo que ocurre en el supuesto planteado por el artículo 2.131. Aquí, el acreedor debe aceptar, en verdad, el suplemento de hipoteca que le ofrezca el deudor, algo que, según considera la doctrina francobelga, no le es debido, pero si semejante ofrecimiento constituyera la sustitución de una prestación por otra la conclusión lógica debería ser, cual ocurre en las genuinas obligaciones facultativas, la extinción de la obligación y la liberación del deudor, y desde luego que tal cosa no ocurre cuando a favor del acreedor se constituye una garantía hipotecaria suficiente.

Subsanada la insuficiencia cautelar acaecida, el acreedor ciertamente no puede exigir la satisfacción de su derecho, pero no porque éste se haya extinguido, sino por la sencilla razón de que se parte de la hipótesis de que la obligación garantizada es a término y el suplemento de hipoteca otorgado ha impedido la decadencia o vencimiento anticipado del plazo; mas cuando el crédito se haga exigible no hay duda de que el obligado deberá proceder a su satisfacción. Ahora bien, si la dación de nueva garantía no sustituye al cumplimiento de la obligación asegurada sino que tan sólo lo retrasa ¿cabe hablar de obligación facultativa? Desde luego que no. La obligación facultativa sólo es tal cuando la prestación *extra obligatione* cumplida por el deudor tiene la virtud de equipararse jurídicamente a la auténtica prestación debida y, por tanto, ocasionar la extinción del vínculo obligacional; y tal cosa no ocurre en la hipótesis del artículo 2.131 del Código francés en la que otorgado un suplemento de hipoteca por el deudor, éste continúa sujeto, no obstante, a cumplir en

(12) Cfr. nuestra obra, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, p. 58.

su día la obligación hipotecariamente asegurada. No hay, pues, sustitución de una prestación debida por otra no debida, sino tan sólo paralización del reclamo de pago de la acreencia mediante el restablecimiento de la situación hipotecaria deteriorada, y eso partiendo del supuesto, que los autores franceses no han demostrado, de que efectivamente el acreedor no tenga derecho a exigir un complemento de garantía.

Podía pensarse, aunque no hay suficiente base en los textos para ello, que cuando los autores hablan de que en el artículo 2.131 se contempla un caso de obligación facultativa se están refiriendo no a la originaria obligación asegurada con la hipoteca, sino a una nueva y especial obligación que surgiría en el momento en que la garantía hipotecaria devino insuficiente en los términos previstos por la ley y que consistiría en la obligación de cumplir de inmediato la obligación asegurada; así concebida, cabría estimarla como una verdadera obligación facultativa, ya que, en efecto, su extinción tendría lugar en el momento en que el deudor, ejecutando una prestación distinta a la debida, procediese a constituir un suplemento de hipoteca suficiente. Mas la artificiosidad e inconsistencia de tal construcción se patentiza si se piensa que cuando una obligación, por cualquier circunstancia relevante, se hace exigible no es que surja una nueva y autónoma obligación de cumplir aquélla, sino que únicamente ha desaparecido el obstáculo que demoraba o paralizaba la natural facultad de exigir su realización o cumplimiento. No hay, por tanto, superposición o acumulación de obligaciones, ya que toda relación jurídica obligatoria, por el hecho de serlo, supone por sí sola la afectación o sujeción del deudor al cumplimiento de la prestación adeudada.

De Page estima que existen diversas razones que deben llevar a considerar que el suplemento de hipoteca se encuentra *in facultate solutionis*; aun prescindiendo de lo que hasta aquí se ha dicho, que es más que suficiente para rechazar la construcción de la obligación facultativa, resulta que las pretendidas razones no tienen la fuerza que les atribuye el autor citado ni conducen necesariamente a la conclusión que él patrocina. Veamos:

Según él, la prestación de un suplemento de hipoteca es una obligación de hacer a la que se aplica la regla *nemo potest praecise cogi ad factum*; pues bien, no es cierto que la presunta obligación del deudor de otorgar un suplemento de hipoteca constituya una obligación de hacer, pues en cuanto consiste en la atribución al acreedor de un derecho de hipoteca, que es un derecho real, es obvio que su caracterización deberá hacerse como obligación de dar, y respecto a esta gran categoría de las obligaciones (o, mejor, del contenido de las prestaciones) no hay inconveniente para aceptar la ejecución forzosa en forma específica, como por lo demás tampoco lo hay para admitir, en principio y como línea directriz, la ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer, ya que en el moderno Derecho de

obligaciones tiene primacía, mientras sea posible, la ejecución específica o *in natura* con indiferencia de que el cumplimiento sea normal o voluntario, o anormal o forzoso (art. 1.264 C. c. venezolano) (13).

En segundo término, el juez no puede, dado el carácter solemne del contrato de hipoteca, ordenar que esa sentencia haga las veces de hipoteca; la objeción es por completo inconsistente ya que la sentencia judicial es tan documento público como cualquier otro y entraña la misma solemnidad que el instrumento autorizado por fedatarios no judiciales. De no ser así, no tendría explicación el que la sentencia firme produzca hipoteca sobre los bienes del deudor (hipoteca judicial) aparte de que, dado el carácter constitutivo de la inscripción registral hipotecaria, derive la hipoteca de contrato o de sentencia en todo caso hará falta la toma de razón en el Registro del oportuno título, por lo que mal cabe hablar de que la sentencia pueda hacer las veces de una hipoteca.

En fin, la afirmación que hace De Page de que puede suceder que el deudor no posea otros inmuebles o que los que posea sean insuficientes para otorgar un suplemento de hipoteca adecuado no constituye argumento alguno, porque aceptarla conduciría al absurdo de que debe rechazarse una obligación cuando exista la posibilidad de que el deudor no esté en condiciones de realizarla (según tan peregrina concepción debería excluirse la obligación legal de alimentos, ya que puede ocurrir que, *in concreto*, el obligado a prestarlos no esté en situación de suministrarlos).

De lo que hemos expuesto creemos puede concluirse que la doctrina francesa no ha acertado a encontrar y modelar una teoría que dogmáticamente sea apta para explicar por qué, no obstante la letra del artículo 2.131 del *Code*, la elección entre el pago inmediato y la concesión de un suplemento de hipoteca corresponde al deudor y no al acreedor.

El Código civil italiano de 1865, siguiendo el modelo instaurado por el Código albertino, no incurrió en la problemática y confusa redacción del Código francés y en su artículo 1.980 dispuso que el acreedor, dados los presupuestos de ley, "tiene derecho a un suplemento de hipoteca y, en su defecto, al pago de su crédito". Con algunas alteraciones que ahora no vienen al caso el Código civil italiano de 1942 ha conservado en sustancia la fórmula del precedente al preceptuar en el artículo 2.743 que el acreedor "puede pedir que se le preste garantía idónea sobre otros bienes y, en su defecto, puede pedir el inmediato pago de su crédito"; e igualmente sucede con el Código civil venezolano de 1942 que ha recogido el diferente planteamiento sancionado por el ordenamiento italiano al disponer en su artículo 1.894 que "el acreedor tendrá derecho a un suplemento de

(13) Consúltese al respecto el interesante trabajo de MELICH ORSINI, *La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y de no hacer en el Derecho venezolano*, en *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, I, Caracas, 1970, pp. 393 y ss.

hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido”.

A la vista de estas fórmulas, que mejoran sin duda la francesa tradicional, resulta claro que al acreedor no corresponde *prima facie* la elección u opción libre entre reclamar la satisfacción inmediata de su derecho y la constitución de una garantía complementaria, pero con haber resuelto este problema, que para la mayor parte de la doctrina gala era fácilmente salvable acudiendo al argumento de que con la constitución de la nueva garantía el acreedor quedaba desprovisto de la causa de su reclamo, no se han resuelto todas las dudas; antes bien, con base a la redacción de estirpe italiana dada a la norma podría decirse que han surgido o son susceptibles de plantearse nuevas cuestiones que la fórmula francesa no generaba.

En efecto, de acuerdo al artículo 2.131 del Código francés, el acreedor “podrá o exigir desde ese momento su reembolso u obtener un suplemento de hipoteca”, lo que, excluida para la mayoría de los autores la tesis de que la elección corresponde al acreedor, supone que es el deudor quien debe decidir si prefiere restablecer la situación hipotecaria venida a menos o está dispuesto a soportar la realización inmediata de la acreencia, por más que, como se ha visto, la doctrina francesa no haya acertado a encontrar un camino teórico adecuado para explicar el hecho de que la opción haya de venir atribuida al deudor (la tesis de la obligación alternativa y la de la obligación facultativa se han revelado insuficientes a este respecto, según se ha tenido ocasión de exponer en las páginas precedentes). Ello conduce, como corolario lógico, a que si el acreedor ha reclamado la satisfacción de su derecho esta acción queda detenida o paralizada en el momento en que el deudor ofrece un suplemento de hipotecado adecuado, y a que ni siquiera pueda intentarse cuando el complemento de garantía ya haya sido objeto de oferta firme y definitiva.

Pues bien, estas circunstancias, al menos con el mismo grado de claridad, no se dan en la redacción que a la norma han atribuido los Códigos civiles de Italia y Venezuela. Tanto el artículo 2.743 del Código italiano como el artículo 1.894 del Código venezolano hablan de que el acreedor puede reclamar un complemento de garantía y, caso de no obtener éste, proceder a la satisfacción inmediata de su acreencia.

Se observará que dos notas diferencian estas fórmulas de la francesa: una, que en ellas se presenta en primer término la exigencia de la garantía complementaria mientras que en la francesa ocupa ese primer lugar la exigencia de reembolso del crédito; y la otra, que si el artículo 2.131 del *Code civil* parece no establecer prelación alguna entre uno y otro reclamo, los artículos 2.743 y 1.894 de los Códigos italiano y venezolano, por el contrario, parecen sancionar un orden o rango al disponer que el acreedor puede exigir el pago en defecto de la nueva garantía previamente solicitada. Esto es, en relación a esta segunda nota, de acuerdo a los términos en que apa-

recen redactados los preceptos señalados podría pensarse que sólo cabe acudir a la realización desde luego de la acreencia cuando habiendo pretendido el acreedor obtener el restablecimiento de su garantía quebrantada no le fue posible conseguir tal objetivo.

De aceptarse esto se observará que la situación experimenta un sensible cambio según cual sea el tipo de formulación del mecanismo en estudio. En el Derecho francés el acreedor puede desde el primer momento exigir el pago de su derecho, pero como generalmente se admite que la elección entre los remedios previstos por la ley corresponde al deudor resultará en tal supuesto que su reclamo quedará paralizado caso de que éste decida ofrecerle una garantía complementaria suficiente; en los derechos italianos y venezolanos, por el contrario, no es que el acreedor vea detenida su demanda de pago si el deudor ofrece otra garantía, sino que ni siquiera podrá intentar dicha demanda cuando no haya perseguido en forma previa y sin resultado positivo la obtención del oportuno suplemento de hipoteca.

De esta circunstancia no tomaron debida cuenta los autores italianos que estudiaron el artículo 1.980 del Código civil de 1.865; en la doctrina italiana de la época prevaleció la tesis de que si bien el Código se había apartado del modelo francés al establecer que el acreedor no podrá reclamar el pago sin haber exigido en forma previa el suplemento, en definitiva, pese al cambio, se venía a obtener el mismo resultado al que aspiraba el legislador francés, ya que si la petición de suplemento es condición para el ejercicio de la demanda de pago, el deudor podrá paralizar ésta con su oferta (14). Se venía a aceptar, por tanto, que la elección entre la concesión de la nueva garantía y la sanción de la decadencia del término era algo que incumbía en exclusiva al deudor y no al acreedor (15).

En nuestros días, la doctrina italiana, aunque en sustancia la fórmula del Código vigente sigue siendo la misma que la del Código de 1865, se muestra más cauta y ponderada, sin plegarse gratuitamente a la tradicional y poco rigurosa construcción francesa sobre el tema. Así, aunque no faltan voces, como la de Andrioli, a favor de la postura secular de que la opción corresponde en todo caso al deudor porque “la concesión de la nueva garantía es objeto no de una obligación, sino de una carga a la que no cabe contraponer de parte del acreedor un derecho” (16), las más calificadas se orientan en otras direcciones; según Pino, de la interpretación gramatical del artículo 2.743 del Código italiano vigente resulta que las palabras “en su defecto” se refieren a las precedentes “que se le preste garantía

(14) COVIELLO, *Delle ipoteche*, Roma, 1936, p. 248; CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, II, Turín, 1918, p. 368; SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1926, p. 454, etc.

(15) ANDRIOLI, *Tutela dei diritti*, en *Commentario del codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, VI, Bolonia-Roma, 1945, p. 47.

(16) *Ibid.*

idónea”, por lo que la demanda de suplemento deviene condición para el ejercicio de la demanda dirigida a obtener el pago inmediato; este presupuesto crea dos cargas distintas, una a cargo del acreedor y la otra a cargo del deudor: el acreedor no puede intentar demanda de pago inmediato si no ha solicitado el suplemento; el deudor no puede continuar disfrutando del beneficio del término si no ha concedido el suplemento (17); para Rubino, en la hipótesis del artículo 2.743 del Código civil italiano, frente a lo que sucede en la del artículo 1.186 *eiusdem*, la decadencia del término puede ser evitada con la prestación de una nueva garantía y, por tanto, no se realiza sino después del reclamo sin éxito de esta última, es decir, que el concurso entre los dos remedios no es alternativo, con elección negada al acreedor, sino gradual, lo que no excluye que tal suplemento constituya para el deudor no una simple carga, sino una verdadera y propia obligación, si bien, al no estar determinado el objeto, su incumplimiento sólo podrá conducir a una condena genérica y no también a una ejecución forzosa en forma específica *ex* artículo 2.932; respondiendo a Pino, asevera que la demanda de nueva garantía no es propiamente una carga, además de un derecho, para el acreedor, de la que pueda pretender el pago inmediato: todo se reduce a la gradualidad de los dos remedios, el primero de los cuales no puede constituir un simple medio para conseguir la aplicación del segundo, pues tiene también jurídicamente una función autónoma, bastando el restablecimiento de la garantía para satisfacer el interés lesionado (18).

Por parecidos caminos discurre nuestro pensamiento. La norma sancionada en el artículo 1.894 del Código civil tienen un claro matiz de *favor creditoris*; el legislador se preocupa de que el acreedor hipotecario haya visto disminuida la seguridad de su derecho por virtud del deterioro experimentado por la cosa gravada y busca la restauración de la situación quebrantada. En su mente está, con clara percepción de la realidad de las cosas y del sesgo real de la contratación, que las especiales condiciones de la relación obligatoria garantizada fueron establecidas precisamente teniendo como base y punto de referencia la existencia de una concreta y determinada garantía hipotecaria, si ahora ésta se ha desmoronado o venido a menos, viene a faltar también el sustentáculo y la razón de ser misma de la acreencia y, por tanto, si se quiere mantener la existencia en los términos en que fue conformada se impone la pronta subsanación del debilitamiento sufrido por su garantía.

(17) PINO, *La diminuzione della garanzia ipotecaria*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, pp. 91-92. También para MESSINERO el artículo 2.743 del Código civil italiano está informado en el criterio según el cual la petición de suplemento de garantía es condición para el ejercicio de la demanda de pago anticipado (MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, p. 81).

(18) RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo, Milán, 1956, pp. 360-361 y n. 54.

Mas puede suceder que el restablecimiento de la primitiva situación de seguridad real no sea posible, que, por una u otra causa, el crédito asegurado no pueda retornar a su primigenio estado de fortaleza y resguardo; en este caso, el legislador, en parte por la razón expuesta de desaparición de las condiciones existentes para el momento en que se celebró el contrato de que deriva la relación jurídica obligatoria y en parte también llevado por el deseo de evitar al acreedor futuros daños, impone el vencimiento anticipado del término; el crédito garantizado, que veía detenida su exigibilidad por razón de la dependencia del término, salva este obstáculo y puede entrar ya a su plena y efectiva realización. La ley impone la decadencia o caducidad del plazo a objeto de que el derecho que sufrió el debilitamiento de la garantía real y que no ha podido obtener la vuelta en este punto a la originaria situación se desenvuelva en forma libre y actual; tiene lugar como una especie de contrapeso, restauración del equilibrio o reparto equitativo de las desventajas: el acreedor desmejorado no tiene que esperar el cumplimiento natural del término para aspirar a la satisfacción de su derecho; el deudor que no ha procedido a reconstruir la armadura hipotecaria disminuida ya no podrá continuar disfrutando del beneficio patrimonial que supone el retraso en la ejecución de la prestación debida.

Sobre la base de estos materiales, que constituyen, por así decirlo, el entramado de la norma que se considera, es fácil colegir que al acreedor no puede competere la facultad de decidir a su arbitrio entre el suplemento de garantía y el pago actual de la acreencia, pues, como resaltan los autores franceses, cuando el deudor ofrece un suplemento de hipoteca que constituya suficiente garantía, el acreedor pierde la causa misma que autorizaba su acción (19); y esto es correcto porque el artículo 1.894 del Código civil venezolano (o sus equivalentes de los otros Códigos) sólo se aplica caso de que acaezca la insuficiencia de la garantía existente, y tal acontecer se puede y debe tener por no sobrevenido cuando el deudor ofrece, en forma seria, real y palpable, el restablecimiento de la situación anterior mediante la constitución de una hipoteca complementaria susceptible de reponer al acreedor en el mismo estado de seguridad jurídico-patrimonial que en su día disfrutó.

Correcto, pues, que en la hipótesis del artículo 1.894 del Código civil no corresponda al acreedor el *ius electionis*, pero, ¿se puede derivar de tal exclusión, a la manera de obligada conclusión, tal como lo hace la doctrina francesa con su acostumbrada uniformidad y monotonía, que la facultad de elegir es algo que por necesidad pertenece al deudor? Difícilmente, si se toman en cuenta las circunstancias y razones que están en la base y justificación de dicha norma.

En efecto, aun prescindiendo del hecho de que en la hipótesis del artículo 1.894 no está conformada una obligación alternativa ni una

(19) PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, p. 413.

obligación facultativa y, en consecuencia, sería ardua tarea el justificar teóricamente el porqué de esa opción deparada al deudor, no debe olvidarse en ningún momento que la preocupación que preside el mecanismo que nos ocupa es la de reparar o restablecer la garantía hipotecaria afectada (por ello los autores italianos más rigurosos, tal es el caso de Rubino, estudian la figura dentro del capítulo destinado a la consideración de la "defensa y conservación de la garantía", e, *in concreto*, entre los llamados remedios reparatorios); ahora bien, ¿se protege adecuadamente al acreedor cuando se deja en manos del deudor la posibilidad de decidirse por la restauración de la garantía o por el pago inmediato de la acreencia? No parece que así sea. Si la norma entra a jugar cuando la garantía hipotecaria se ha hecho insuficiente, la adecuada y cónsona protección del acreedor perjudicado sólo puede tener lugar, en principio y de manera preferente, mediante la restauración de la suficiencia perdida, y únicamente, cuando tal no sea posible, podrá pensarse en la pérdida del beneficio del término como un remedio supletorio o sustitutivo, y desde luego tal cosa no sucederá si se sostiene que al deudor incumbe la libre elección entre uno y otro tipo de remedio. La conservación de la garantía hipotecaria, que es la nominación adecuada de la figura prevista en el artículo 1.894 del Código civil, se desvirtúa y cambia de sentido cuando se admite que, sobrevenida la disminución de la misma, el deudor puede obviar esta situación mediante el simple no ofrecimiento de una garantía complementaria.

Sostener esta postura puede llevar incluso a posiciones absurdas; por ejemplo, supongamos que se trata de un crédito hipotecario, como será lo ordinario, que devenga intereses y que el acreedor no quiere ver amortizado sino cuando naturalmente venza el plazo que lo afecta; pues bien, si la garantía hipotecaria se hace insuficiente, sin la cual el crédito no habría, y aun en ciertos casos no podría haber, nacido, al acreedor no le queda otro camino que el reembolso anticipado (lo que para él supone evidentemente un *lucrum cessans*) siempre que el deudor no proceda a restaurar de manera adecuada la garantía vulnerada, incluso aunque dicho deudor esté en condiciones de otorgar un adecuado suplemento de hipoteca. ¿Es esto razonable? A nosotros nos parece que no.

Siempre y cuando el deudor sea titular de bienes que constituyan caudal adecuado para que pueda tener lugar la reconstrucción de la situación hipotecaria desmejorada en términos tales que vuelva a ser suficiente, debe imponerse como necesaria y vinculante para el mismo la constitución de nueva garantía, sin que quepa permitirle el evitar este resultado mediante la neutra y jurídicamente irrelevante conducta de no ofrecer la hipoteca complementaria que está en posibilidades de otorgar. Lo contrario equivale no sólo a poner en manos del deudor la tutela apropiada del derecho del acreedor, lo que sin duda constituye un contrasentido dadas la desimilitud y contraposición de los intereses de uno y otro, sino incluso a desnaturalizar

dicha tutela, pues al otorgar al deudor la opción entre el suplemento y el pago se está colocando en primer y primordial plano algo (el pago inmediato) que obviamente no cabe considerar como medio de protección de la garantía lesionada: la tutela de un derecho sólo puede establecerse mediante la concesión de recursos que se orienten a mantener su integridad y a reconstituirlo en su originario estado cuando haya sufrido quebranto.

Se nos dirá que esto equivale a sostener que en el supuesto previsto por el artículo 1.894 del Código civil el acreedor tiene derecho a que se constituya a su favor una hipoteca complementaria suficiente y que, a la inversa, el deudor está vinculado por una efectiva y verdadera obligación en tal sentido, posición de la que, sin mayores argumentos y razones, siempre ha huido la doctrina civilística tradicional y que todavía hoy es la dominante sin excepción en el panorama civil francés y cuenta con el apoyo de bastantes y destacados autores italianos. A ello contestaremos que así es en efecto.

Se ha visto como en razón de la función y finalidad que está destinada a cumplir la norma, si bien no cabe que el acreedor pueda elegir libremente entre la restauración de la garantía dañada y el pago anticipado de su derecho, tampoco es posible atribuir esa opción al deudor so pena de desnaturalizar la figura; pues bien, esto no tendría sentido si el acreedor no estuviese dotado de un auténtico derecho a obtener un suplemento de hipoteca del deudor y paralelamente éste no estuviese obligado a actuar en tal forma. La ley quiere que, a ser posible, se restablezca la situación hipotecaria venida a menos; ese es el propósito fundamental y primario del artículo 1.894. Mas, ¿podría hablarse de tutela al acreedor hipotecario, de recurso orientado a la conservación de la garantía cuando dicho acreedor carece de poder, jurídicamente tutelado, para exigir la constitución de la hipoteca adecuada?

El artículo 2.743 del *Codice civile* italiano habla de que el acreedor “*puede pedir* que se le preste garantía idónea sobre otros bienes”, y el artículo 1.894 del Código civil venezolano en forma tajante determina que “el acreedor *tendrá derecho* a un suplemento de hipoteca”. Aunque las expresiones legales no sean definitivas e inobjectables para calificar las situaciones jurídicas es obvio que siempre constituyen un estimable dato para averiguar cuál fue la actitud del legislador al respecto y no cabe sin, más, prescindir de ellas, antes bien, mientras no se demuestre su improcedencia e inexactitud dogmática, deben aceptarse y tomarse como valederas; pues bien, tanto en una como en otra fórmula legal es evidente que gramaticalmente se está materializando un genuino derecho subjetivo, un innegable poder jurídico, ya que, desde el ángulo expresivo, no es posible atribuir otro significado y sentido a la locución *puede pedir* de los italiano y mucho menos a la definitiva y clara palabra *derecho* de nuestro Código. No es éste, desde luego, ningún demoleedor argumento, ni entran dentro del campo de nuestras preferencias teóricas el

recurrir al tenor literal o gramatical de los términos utilizados por la ley, pues creemos que las fórmulas legales han de ser clarificadas, precisadas y remodeladas mediante el empleo de la dogmática jurídica; a la doctrina incumbe no sólo el iluminar los preceptos a través de la utilización de conceptos y categorías jurídicas depurados y actuales (toda interpretación debe ser progresiva), sino además ubicar las normas dentro del cuadro lógico-sistemático de la materia a que las mismas atañan. Sin embargo, estas observaciones no pueden significar, ni mucho menos, que deba destacarse y despreciarse *a priori* toda calificación legal, como si el legislador siempre estuviera equivocado o fuese inexacto, sino tan sólo que los términos de la ley han de colocarse por necesidad bajo el cristal de la ciencia para adecuarlos y rectificarlos cuando hayan sido usados deficientemente, pero también para resaltar y reclamar su exactitud cuando el legislador los usó en forma cónsona, y esto es lo que creemos sucede en el artículo 1.894 del Código civil. Allí se ha constatado que la *ratio* de la norma exige que el acreedor esté dotado de un verdadero derecho subjetivo y además el propio artículo llama derecho al especial poder que a aquél otorga: nos hallamos ante un caso de perfecta armonía entre la estructura del mecanismo conformado por la ley y la nominación que al mismo le atribuye ésta; no creemos que tan feliz circunstancia deba conducir paradójicamente a excluir que el llamado por la ley derecho sea un auténtico derecho, no hay necesidad de ello. En definitiva, no decimos que el poder previsto en el artículo 1.894 sea un derecho porque así lo llama éste, sino que debiendo ser institucionalmente derecho subjetivo, tal como se ha demostrado, esta misma expresión es la que, en forma elogiabile, utiliza la norma para designarlo; y, de todas maneras, el solo empleo del término por el legislador ya es algo de lo que no se puede prescindir de manera precipitada.

Estas consideraciones terminológicas pueden sernos útiles también para demostrar la debilidad de los argumentos de los autores franceses tendentes a defender la peculiar interpretación que propician del mecanismo que se considera. Se recordará que uno de los puntales de su tesis de que el artículo 2.131 del *Code* no otorgaba un derecho al acreedor hipotecario consistía en que este precepto no habla de que “podrá exigir un suplemento de hipoteca”, sino de que “podrá obtener”; (20) pues bien, aun tratándose de manera notoria de la misma figura, en los ordenamientos civiles italiano y venezolano deberá rechazarse semejante conclusión ya que en ellos, de los términos utilizados por la ley, sí resulta que el acreedor se halla dotado del derecho a un suplemento de hipoteca.

La construcción de Pino, con suponer indudablemente una superación frente a las tesis francesas, tampoco procura la adecuada calificación del fenómeno ni facilita exacta explicación de los efectos

(20) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 490.

que la actuación del mismo ocasiona; como se recordará, dicho autor considera que el artículo 2.743 del Código civil italiano (o el 1.894 del venezolano) genera dos cargas distintas, una que afecta al acreedor, ya que éste no puede intentar demanda de pago inmediato si no ha reclamado el suplemento de hipoteca, y la otra que afecta al deudor, pues el mismo no puede continuar disfrutando del beneficio del término si no ha concedido tal suplemento (21). Esta formulación teórica no armoniza con la razón de ser y finalidad del precepto y produce la sensación de artificiosidad y formalismo inoperante.

En efecto, si la norma está dada para el caso de que el acreedor hipotecario vea disminuida la garantía de su derecho y constituye, como nadie discute, un instrumento para la protección del mismo, no tiene sentido condicionar la reclamación de pago anticipado a la previa exigencia de un complemento de garantía, pues con tal afirmación, bajo la apariencia de que se está colocando en primer término la tutela de la hipoteca degradada, en realidad se presenta en primer plano la satisfacción de la acreencia, que no tiene inmediata relación con el objetivo del precepto, y además, lo que por razón de su finalidad debería aparecer conformado como una potestad o poder se configura como una vinculación o afección del presunto beneficiado (curiosa manera de favorecer mediante la imposición de limitaciones y restricciones).

El legislador en el artículo 1.894 del Código civil no contempla de manera principal la realización anticipada del crédito, sino la conservación, el restablecimiento de la garantía hipotecaria quebrantada como medio de proteger al acreedor perjudicado: sólo cuando esto último no sea posible, se impondrá aquélla consecuencia, pero siempre como un remedio supletorio, sustitutivo del verdadero y propio que es el otorgamiento de una garantía complementaria idónea. Si esto es así, según creemos, ¿tiene sentido que el reclamo del suplemento de hipoteca, remedio primario y característico, sea tan sólo un requisito, un paso previo, una condición para la demanda de amortización inmediata, cuando ésta no es en sustancia más que una solución o recurso *in extremis*? Con tal aseveración se invierten los términos, porque en su virtud ya no es que la ley permita al acreedor dañado el restablecimiento de las originarias condiciones de seguridad de su derecho, sino que le faculta para obtener el pago inmediato de la acreencia, si bien debe cumplir antes la formalidad, parecería que hasta enojosa, de reclamar una nueva garantía; y esto, desde luego, aun prescindiendo de la letra de las normas que enfáticamente lo desmiente, resulta una inadmisibile tergiversación, pues lo que debe ser y es un poder del acreedor no cabe desfigurarlo hasta el extremo de presentarlo como una carga, imposición o trámite obligado del mismo.

(21) PINO, *loc. cit.*, p. 92.

Además, según las ideas del autor a que se está haciendo referencia bastaría con que el acreedor haya procedido a pedir la hipoteca complementaria; con lo que el hecho de que con posterioridad abandone o desista del pedimento en nada afectará a su posibilidad para reclamar la satisfacción del crédito, circunstancia que acaba desnaturalizando por completo los últimos resabios de auténtico remedio o recurso protector que pudiera tener el suplemento de hipoteca en la peculiar construcción de Pino.

La realidad de las cosas es de otro signo. Como sagazmente ha señalado Rubino, de los dos remedios previstos en la norma que se estudia el primero no puede constituir un simple medio para obtener la actuación del segundo, ya que tiene también jurídicamente una función autónoma (22); y ya lo creo que la tiene, habida cuenta de que constituye la única razón de ser del precepto, sin la cual éste resultaría por completo innecesario y reiterante a la vista del artículo 1.215 del Código civil venezolano o sus similares de los otros cuerpos codificados

Por otro lado, y finalmente, tampoco es cierto que el deudor no pueda continuar en el disfrute del término si no ha concedido el suplemento, formulación que rememora la extendida e inexacta idea de que al deudor le está atribuida la opción entre uno y otro remedio, sino que el mismo perderá el beneficio del plazo cuando no se haya podido dar cumplimiento (con su voluntad o sin ella) a la genuina obligación que le incumbe de restablecer la garantía hipotecaria que se tornó insuficiente

Rubino habla de que el concurso entre los dos remedios no es alternativo, sino gradual; y en efecto, ello es así pues al reclamo de la satisfacción del crédito sólo se puede llegar cuando no sea posible obtener el complemento de garantía preciso. Ahora bien, aunque en línea de principio cabe hablar de dualidad de remedios (suplemento de hipoteca y decadencia del término), en un plano teórico riguroso es difícil convenir que en realidad se trate de dos auténticos recursos reparatorios que la ley formula para el caso de insuficiencia de la garantía hipotecaria. Rectamente miradas las cosas, como se ha apuntado en distintas oportunidades, no hay dos remedios, sino uno solo: el derecho a obtener una hipoteca complementaria suficiente.

Remediar es reparar un daño, restablecer o recomponer una situación que se ha deteriorado, y esto es precisamente lo que sucede cuando, disminuida la garantía, el acreedor puede pedir que se le preste nueva garantía idónea; por ello, denominar remedio o recurso separatorio (no remedio reparatorio, como hace Rubino, pues ello implica una redundancia ya que todo remedio es por necesidad reparatorio) al derecho que el acreedor ostenta de obtener un suplemento de hipoteca es algo por completo correcto ya que el mismo significa verdadera tutela de la situación hipotecaria afectada; en

(22) RUBINO, *op. cit.*, p. 361, n. 54.

cambio, cuando, por no poder obtener la restitución de la garantía a su originario estado, la ley permite al acreedor exigir el pago inmediato de su acreencia no se trata en realidad de un auténtico remedio o protección de la situación hipotecaria venida a menos, pues mediante él ésta no va a recomponerse u obtener su primitiva solidez, sino de una vía de escape puesta a disposición del acreedor para evitar que el daño producido alcance mayores proporciones. Cuando el legislador permite al acreedor hipotecario proceder a la satisfacción anticipada de su derecho no tiene en mente la conservación o tutela de la garantía disminuida, antes bien, permite tal actuación precisamente porque semejante protección se ha revelado imposible de conseguir, y, en consecuencia, mal cabe considerar que la decadencia del término constituya un remedio; podrá constituir un medio para proteger el derecho de crédito del acreedor, pero no un recurso con que éste cuenta para la conservación de la garantía hipotecaria a su favor existente. Respecto a ésta, lo máximo que cabe hablar, y aun ello con las precisiones y aclaraciones que se han apuntado, es de remedio sustitutivo o supletorio, pero siempre bien entendido que se utiliza esta expresión en forma figurada y con finalidad más económica o patrimonial que jurídica.

Dadas las condiciones exigidas por el artículo 1.894 del Código civil venezolano, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca y el deudor soporta “una verdadera y propia obligación” (Rubino) de restablecer la garantía lesionada; derecho del acreedor a que se constituya a su favor una hipoteca complementaria suficiente, obligación del acreedor de constituirla. Por tanto, si el deudor posee bienes bastantes al respecto, no se ve cuál puede ser el obstáculo para que la aludida obligación sea objeto de ejecución forzosa en forma específica cuando el deudor no haya procedido voluntariamente a su cumplimiento. Sanojo, en una de esas admirables intuiciones, así lo aceptaba al señalar que “si el deudor no puede, por falta de bienes, dar el suplemento de hipoteca, el acreedor tendrá que conformarse con la situación que le han creado los acontecimientos” (el artículo que él comentaba no permitía al acreedor exigir, en defecto del restablecimiento de la garantía, el pago anticipado de la acreencia), pero “si el deudor se negare a concederlo, el acreedor puede obtener de la autoridad judicial que de oficio mande constituir la hipoteca suplementaria”; (23) y nosotros acogemos y ratificamos esta acertada afirmación del primero de los comentaristas venezolanos.

Otro es el parecer de Rubino. Para este autor, aunque la dación de suplemento constituye una verdadera y propia obligación para el deudor, al no estar determinado el objeto de la misma, “su incumplimiento sólo podrá conducir a una condena genérica, y no además

(23) SANOJO, *Instituciones de Derecho civil venezolano*, IV, Caracas, 1873, pp. 339-340.

a una ejecución forzosa en forma específica *ex artículo 2.932*"; (24) no es esa nuestra opinión. Para comenzar debe advertirse que si el objeto de la obligación (la prestación) estuviere indeterminado en forma absoluta no habría obligación, por tanto la indeterminación a que se refiere Rubino (en cuanto acepta la existencia de la obligación) deberá ser relativa, esto es, el objeto será determinable, y, en consecuencia, procede la ejecución forzosa.

Pero es que ni siquiera es cierto que el objeto sea determinable, ya que la obligación que incumbe al deudor en la hipótesis del artículo 1.894 del Código civil tiene una precisa y determinada prestación: la de constituir una hipoteca suplementaria suficiente, o, si se prefiere, la de restaurar en su originaria condición la garantía hipotecaria disminuida; y esto es algo que siempre estará claramente precisado, por más que sean unos u otros los bienes del deudor sobre los que la nueva hipoteca vaya a constituirse.

Será, pues, el acreedor el que, al no haber obtenido la constitución voluntaria de la hipoteca precisa, señalará en su demanda los bienes del deudor sobre los que debe constituirse la misma, y, encontrado por el juez que se han cubierto los extremos del artículo 1.894 y que la petición del demandante se ajusta a lo sancionado por el mencionado precepto, sentenciará la constitución del complemento de garantía necesario, esto es, como dice Sanojo, la autoridad judicial mandará constituir de oficio la hipoteca suplementaria.

2.—*El suplemento de hipoteca*

El artículo 1.894 del Código civil venezolano permite al acreedor, dados los requisitos en el mismo previstos, exigir la constitución de una garantía complementaria suficiente, pero no cualquier tipo de garantía, sino precisamente garantía de naturaleza hipotecaria; al igual que el Código francés, que la Ley belga y el Código italiano de 1865 habla de "un suplemento de hipoteca".

El Código civil italiano de 1942, por el contrario, faculta al acreedor lesionado para pedir "que se le preste garantía idónea sobre otros bienes"; la explicación de esta diferente fórmula se encuentra en que el artículo 2.743 del *Codice civile* no es un precepto exclusivamente hipotecario, sino una norma que contempla de manera general la disminución de la garantía real y, por tanto, tiene aplicación tanto en el caso de hipoteca como en el caso de prenda. Ahora bien, ello no significa que disminuida la garantía hipotecaria el complemento haya de revestir por necesidad esta misma condición, sino que puede ser de especie diferente siempre que ostente naturaleza real, por ejemplo: una hipoteca mobiliaria (admitida en el Derecho italiano) o una prenda.

(24) RUBINO, *op. cit.*, p. 361.

En el Derecho venezolano, el artículo 1.894 sólo contempla la disminución de la garantía hipotecaria y, por tanto, el único remedio auténtico que al respecto prevé es la dación de un suplemento de hipoteca, suficiente para restablecer la primitiva seguridad del acreedor (claro que ello no obsta a que, siendo dicho precepto susceptible de aplicación analógica a la prenda, pueda predicarse similar consecuencia cuando sobrevenga la disminución de la garantía prendaria en las condiciones requeridas por el mismo). Esta hipoteca complementaria es de nueva factura, de nuevo cuño; no sustituye o reemplaza a la originaria, ya que no se trata de una subrogación real, sino de una nueva hipoteca (25). En consecuencia, la nueva garantía no tendrá el mismo grado que la primera, sino que ostentará un nuevo grado autónomo: el que le corresponda de acuerdo al momento en que tenga lugar su inscripción. Como dice Sanojo, "la hipoteca suplementaria es nueva, y por ello no toma su fecha (grado) sino en el día en que se la registra" (26).

En el Derecho francés la doctrina admite sin excepción que el suplemento de hipoteca puede venir dado sobre bienes futuros del deudor. La justificación de esta posibilidad la encuentran los autores en que si bien el artículo 2.130 del *Code* prohíbe hipotecar bienes futuros, el mismo precepto permite al deudor la afección hipotecaria de este tipo de bienes cuando "sus bienes presentes y libres son insuficientes para la garantía del crédito" y el artículo 2.131, que es el que se refiere a nuestra materia, se inicia con la palabra *pareillement* (igualmente), con lo que viene a conformarse como la segunda de las dos únicas excepciones que el Código civil francés establece al principio de que no pueden hipotecarse los bienes futuros (aquellos sobre los que el constituyente no ostenta en la actualidad derecho alguno o sobre los cuales su derecho es todavía eventual). Ciertamente, semejante fundamentación y explicación no constituye un modelo de seriedad, rigor y precisión.

Los autores franceses resaltan que tanto en la hipótesis del artículo 2.131 como en la del 2.130 la hipoteca sobre los bienes futuros se presenta como complementaria y se agrega a la hipoteca que gravaba los bienes presentes destruidos o deteriorados, y que el deudor puede utilizar esta facultad cuando ya no posea ningún inmueble en la actualidad y puede hacerlo igualmente sin afectar con la hipoteca complementaria ninguno de los inmuebles presentes que le queden (27). Hacen notar, de todas maneras, que tal posibilidad sólo operará cuando los bienes futuros ofrezcan una garantía seria, por ejemplo, cuando el deudor aparece llamado a recibir pronto una rica herencia que comprenda inmuebles, sobre todo si es llamado en calidad de heredero reservatario (28).

(25) *Ibid.*, p. 362, Cfr. HUC, *op. cit.*, XIII, p. 279.

(26) SANOJO, *op. cit.*, IV, p. 339.

(27) PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, pp. 411-412.

(28) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 490.

No cabe trasladar esta construcción al Derecho venezolano porque en él el principio de que "no puede constituirse hipoteca convencional sobre bienes futuros" (art. 1.893) carece de excepción alguna. La nueva hipoteca suplementaria deberá necesariamente, por tanto, constituirse sobre bienes presentes del deudor, lo que no obsta, sin embargo, a que, como advierte Sanojo, el acreedor pueda pretender el suplemento de hipoteca no sólo sobre bienes que el deudor poseía al tiempo en que la constituyó, sino también sobre los que haya adquirido posteriormente (29).

3.—*Ambito de aplicación del artículo 1.894 del Código civil venezolano*

El artículo 1.894 del Código civil venezolano está situado dentro de la Sección dedicada a las hipotecas convencionales (Sección tercera, Capítulo segundo, Título veintiuno del Libro tercero) y lo mismo sucede con el artículo 2.131 del Código civil francés y sucedía con el artículo 1.980 del Código civil italiano de 1865. ¿Significa tal ubicación legal que la norma sólo tiene aplicación en la esfera de las hipotecas convencionales o voluntarias?

La doctrina francesa se inclinó por la afirmativa. Para justificar esta posición los autores galos aducen en primer término el lugar donde está colocada la norma y en segundo término el objeto mismo del precepto. Según Pont, la ley quiere que cuando el acreedor no es reembolsado inmediatamente obtenga al menos otras garantías iguales o equivalentes a las primitivas; esto tiene sentido en las hipotecas convencionales que, en cuanto especiales, proporcionan una seguridad limitada, pero carece de justificación en las legales y judiciales, ya que al ser éstas generales procurarán garantía al acreedor no con un inmueble determinado, sino con toda la fortuna inmobiliaria del deudor (30). Para Durantón, la disposición del artículo 2.131 es aplicable tan sólo a los casos de hipoteca convencional y no a los de hipoteca legal o judicial, porque así lo demuestra el lugar que ocupa en el Código (31). En opinión de Baudry-Lacantinerie y De Loynes, resulta natural concluir que el artículo 2.131 del *Code* es especial para las hipotecas convencionales y que su disposición no podría extenderse a las hipotecas legales y a las hipotecas judiciales; por lo que respecta a estas últimas, la duda no es posible en cuanto afectan todos los inmuebles presentes y futuros del deudor, y, por tanto, carece de sentido hablar de suplemento de hipoteca; y lo mismo sucede con las hipotecas legales generales, aparte de que en éstas la

(29) SANOJO, *op. cit.*, IV, p. 339.

(30) PONT, *Commentaire-Traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, II, París, 1880, p. 98.

(31) DURANTON, *op. cit.*, X, p. 362.

seguridad es independiente de la voluntad de las partes en cuanto ha sido creada directamente por el legislador y, en consecuencia, no cabe afirmar que la misma ha sido la condición determinante de la obligación constituida (32).

De todas maneras, en relación a las hipotecas legales los civilistas franceses hacen una excepción para el caso de que las mismas hayan sido restringidas por convención o reducidas por resolución judicial; en tal supuesto, si los inmuebles sobre los que se ha concentrado la garantía perecen o se deterioran es justo que el acreedor pueda obtener un suplemento de hipoteca mediante la aplicación del artículo 2.131 o por una regla análoga a la que él consagra, ya que cuando la restricción es consentida o la reducción pronunciada es porque el valor de los inmuebles se ha apreciado como suficiente y bajo la condición de que el mismo permanezca así (33).

En relación al artículo 1.980 del Código civil italiano de 1.865, aunque no faltó algún autor que sostuvo la extensión del precepto a las hipotecas no voluntarias (por ejemplo, Coviello), el grueso determinante de la doctrina se adhirió al criterio restrictivo francés en base a tomar en cuenta, de manera primordial, el hecho de que el referido artículo estaba colocado bajo la rúbrica de la hipoteca voluntaria y de que hablaba de bienes "sometidos" a hipoteca, término este que parece traslucir la actividad voluntaria del deudor (34).

Por lo que se refiere al artículo 2.743 del vigente Código civil italiano hay pareceres en uno y otro sentido, si bien podría decirse que en la dogmática italiana de nuestros días se manifiesta una clara tendencia a extender la aplicación del precepto a las hipotecas no voluntarias. Así, para Andrioli el artículo 2.743 se aplica no sólo a la hipoteca voluntaria, sino a toda especie de hipoteca, pues parece justo afirmar que, si la irrelevancia del caso fortuito no permite limitar el artículo en examen a las hipotecas voluntarias, el presupuesto de hecho al que la aplicación de la norma está subordinada es la pendencia del término de la obligación garantizada; por tanto, el artículo comentado no se aplica a la hipoteca judicial, sino cuando, sucesivamente a la sentencia de condena, se haya estipulado una dilación; se aplica también a las hipotecas legales, exclusión hecha de la que tiene la mujer sobre los bienes del marido por la dote, porque en ella, tratándose de débitos eventuales, no cabe hablar de decadencia del término (35). Rubino no ve motivo para que tendencialmente la norma no se extienda también a las hipotecas no voluntarias: la cuestión consiste tan sólo en determinar los límites de su compatibilidad con las mismas; a las judiciales, que presuponen un crédito ya exigible y consienten inscripciones ulteriores sin necesidad

(32) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, pp. 492-493.

(33) *Ibid.*, p. 493, PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, pp. 413-414.

(34) MELUCCI, *Il sistema ipotecario*, II, Nápoles, 1912, n. 358; BIANCHI, *Delle ipoteche*, I, Turín, 1914, nn. 256 y ss.; CHIRONI, *op. cit.*, II, n. 211, etc.

(35) ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 45.

de nuevo título, será aplicable sólo si se ha acordado dilación en el pago; resulta excluida la hipoteca dotal, porque el régimen especial de la dote, derogando el artículo 2.743, no consiente una restitución anticipada sólo a título de separación; por el contrario, se aplica a la hipoteca del enajenante, que de ordinario es por un crédito a término, mientras de otra parte la limitación de su objeto no concierne a la hipoteca suplementaria, que no es legal, sino voluntaria en cuanto obligatoria (36). De contrario aviso es Gorla, para quien sólo en el caso de hipoteca voluntaria se puede pensar en una obligación del concedente de prestar un suplemento de garantía y en un derecho del acreedor a obtenerlo; por lo demás, el artículo 2.743 es claro ya que habla de una cosa "dada" en prenda o "sometida" a hipoteca, aparte de que en la hipoteca legal contra el imputado y en la judicial el remedio contra la disminución de la garantía es ofrecido automáticamente por el hecho de que el título para la inscripción vale contra todos los bienes del deudor, de manera que siempre se puede tomar el suplemento de garantía; sólo en los otros casos de hipoteca legal el acreedor no tiene remedio alguno contra el deudor por el daño verificado: la ley no reconoce al acreedor interés a demorar el pago garantizándose sobre otros bienes, debe proceder de inmediato por el pago (37).

¿Quid en el Derecho venezolano? Los autores patrios no se han pronunciado sobre el tema.

Lo primero que debe advertirse al respecto es que la ubicación legal de la norma y el empleo por la misma del término "sometidos" no constituyen de ninguna manera argumento decisivo para concluir que en el Código civil de Venezuela la norma en estudio está restringida a las hipotecas convencionales; y, en segundo lugar, que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés, en el Derecho venezolano toda hipoteca es especial (art. 1.879) y, por tanto, parecería que, en principio, las hipotecas legales y judiciales (que no son generales) estarían tan necesitadas de la actuación del precepto como las hipotecas voluntarias. Pues bien, aunque las condiciones parecen dadas para la aplicación extensiva del artículo 1.894 del Código civil venezolano, nosotros nos mostramos adversos a la misma.

S> recordará que la consecuencia jurídica de proceder a la constitución de una garantía complementaria suficiente la hemos conformado como un genuino derecho del acreedor lesionado y verdadera obligación a cargo del deudor (no del concedente, como genéricamente afirma Gorla); ahora bien, siendo esto así tiene razón Gorla cuando señala que sólo en la hipoteca voluntaria cabe pensar en una obligación de prestar un suplemento de garantía y en un derecho del acreedor a obtenerlo, porque sólo en ella la hipoteca ha sido la causa

(36) RUBINO, *op. cit.*, p. 365.

(37) GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, en *Commentario del codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, Libro VI, Bolonia-Roma, 1963, p. 207.

o factor determinante de la obligación asegurada. Las especiales condiciones de la relación obligatoria garantizada fueron establecidas precisamente teniendo como base y punto de referencia la existencia de una concreta y determinada garantía hipotecaria; o si se prefiere en palabras de Laurent, la ley toma en cuenta que la hipoteca es la condición bajo la cuál el acreedor contrató, la condición en razón de la cual hizo anticipos: sin la garantía hipotecaria no hubieran contratado (38). Se explica, así, que únicamente en las hipotecas queridas por las partes tenga sentido hablar de derecho y obligación de hipoteca suplementaria y que carezcan de justificación estas expresiones en las hipotecas no voluntarias.

Por otro lado, en la hipoteca judicial, aun marginando la necesidad de pactar con posterioridad a la sentencia la dilación en el pago, el otorgamiento de un suplemento de hipoteca por parte del deudor carece de sentido, ya que de la misma manera que éste puede limitar la garantía cuando los bienes excedan del doble de valor de la cosa o cantidad mandada a pagar (art. 1.886), puede el acreedor obtener la complementación precisa cuando los bienes hipotecados, por virtud de los deterioros sufridos, ya no representen ese valor doble, y ello sin necesidad de recurrir para nada al artículo 1.894. Y por lo que respecta a las hipotecas legales, en razón de que no cabe considerar que ellas hayan sido la condición determinante de la obligación que aseguran (39) (la hipoteca voluntaria es causa de la obligación, la legal consecuencia), es obvio que en las mismas la disminución sobrevenida de la garantía no puede legitimar al acreedor para exigir una hipoteca suplementaria; aparte de que, como bien dice Gorla (40), la ley no reconoce en ellas interés del acreedor a demorar el pago garantizándose sobre otros bienes, y de que no comprenden algunos de los presupuestos que hacen falta para la aplicación del artículo 1.894 del Código civil.

(38) LAURENT, *op. cit.*, XXX, p. 507-508.

(39) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 493.

(40) GORLA, *op. cit.*, p. 207.

NOTICIAS

Las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios (1)

No es necesario presentar desde una revista especializada, como la nuestra, la relevante personalidad de un jurista, economista y financiero como es la de don Antonio Rodríguez Sastre, en el que a sus altas dotes intelectuales se unen otros valores como hombre de empresa y de calidad humana. Una muestra más de su incesante labor es su interesante conferencia sobre un tema tan actual como candente, cual es el de las ofertas públicas de adquisición de títulos y valores mobiliarios (= O.P.A.), una «táctica» tanto como una «técnica» en el movimiento de concentración de las empresas.

Efectivamente, el ilustre conferenciante comenzó por referirse a este procedimiento de las ofertas públicas de adquisición de valores que facilita una concentración económica si bien con unos caracteres específicos: de una parte está la propuesta, o lo impuesto por un grupo competidor; de otra, la aceptación por los accionistas convertidos en árbitros de la operación, aun en contra de la opinión o deseo de sus dirigentes. Las ofertas, también son una modalidad de concentración internacional, un medio para internacionalizar una empresa y de contribuir tanto a la constitución de las transnacionales, como de las supranacionales y multinacionales.

Experto conocedor de la actual doctrina francesa, pone en evidencia las múltiples combinaciones que aquélla denuncia con la práctica de estas ofertas públicas frente a las cuales la legislación no cuenta todavía con una regulación suficiente. La oferta pública de adquisición en valores, normalmente supone que una persona física pretenda hacerse, de mutuo acuerdo o no, con el control de otra empresa o sociedad, previa oferta a sus accionistas de comprarles sus títulos en un cierto plazo, previamente fijado, a precio superior al cambio cotizado en Bolsa o canjárselos por otros, ya los posea o no en su cartera.

Ante esta realidad, se plantea la consideración de si las O.P.A., deben ser concebidas como una técnica bursátil de negociación de títulos (Francia), o como una técnica de concentración de empresas, la «take-over-bid» (=T.O.B.) (Gran Bretaña), aunque en definitiva, siempre suponga esa concentración. Se trata de un procedimiento más sencillo que el de una fusión, ya que como pone de relieve algún autor, a pesar de sus asaltos, éxitos o fracasos permite eludir las normas previstas para aquélla.

Entre los países que toman en cuenta las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios tenemos a Gran Bretaña, en su Código de la City, y a Holanda, con el reciente Reglamento del Consejo Social y Económico (1971) que las tratan como absorciones o fusiones de empresas.

(1) Conferencia del Excelentísimo señor don Antonio Rodríguez Sastre en el salón de actos de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Valladolid, el día 31 de enero de 1973.

Consolidada la idea de una dimensión óptima de la empresa, actualmente no se trata de una lucha contra el gigantismo de las sociedades, sino de sus problemas éticos y humanos, de reacción moral y toma de conciencia, universalmente aceptadas para conciliar la honestidad y la previsión. Hoy día, señala el doctor Rodríguez Sastre, la preocupación por estas cuestiones éticas y humanas se advierten en la atención que cada día, de forma más acusada, se les viene dedicando en obras de carácter jurídico, económico e, incluso periodístico.

Después de presentarnos ciertos casos concretos de ofertas públicas en Francia donde se pone en evidencia las prácticas llevadas a cabo, como enajenaciones, abusos de relaciones intersocietarias, ataques despiadados, excesos publicitarios, hasta comprometer los propios intereses nacionales y provocar la intervención del gobierno francés.

En Alemania el camino que se sigue es distinto, proliferando las compras masivas de acciones. En Bélgica, ante casos como el de una oferta de compra de acciones de la sociedad «SOFINA», la Bolsa debe tomar medidas, según comentaba un diario flamenco, el «Standard», de 23 de noviembre de 1964 y traducido por el «Echo de la Bourse», de la misma fecha; un portavoz de la Banque Lambert había declarado que «lo que quería dicha banca es hacer de SOFINA una sociedad verdaderamente belga, ya que sobre todo es el capital extranjero quien posee el control de la sociedad». Fue a partir de 1968 cuando la Comisión Bancaria se vio confrontada con la cuestión de las ofertas públicas de compra para jugar un papel jurisprudencial importante para proteger al accionista, sin tener que aplicar sanciones, estableciendo las medidas a respetar (comunicación al Consejo de administración, e información a los accionistas).

El ilustre conferenciante también puso de relieve las ventajas que una O.P.A. implica: el ser un obstáculo frente a las adquisiciones discretas y desapercibidas realizadas en Bolsa; el que se revelen como un remedio excelente contra los abusos de la minoría que controla la sociedad; el suponer públicamente en duda, o implícitamente la gestión y proyectos de los dirigentes de la sociedad objetivo.

Dado que O.P.A. es en definitiva, una compraventa de valores cotizados o no en Bolsa, que utiliza un procedimiento que normalmente repercuten en el mercado bursátil y altera la cotización normal, no sólo de los títulos afectados, sino de los que son tratados en Bolsa, cabe preguntarse —dice el doctor Rodríguez Sastre—, sí con arreglo a la legislación vigente en España, nuestra Bolsa podría quedarse indiferente a este fenómeno, no obstante lo específicamente previsto en los artículos 52 y 154 de su Reglamento y lo que constituye su función económica, jurídica y social.

Para una correcta aplicación de los citados artículos 52 y 154 a las ofertas públicas de adquisición, el ilustre conferenciante, dijo que estimaba suficiente tener en cuenta los siguientes extremos: a) que la O.P.A. es un procedimiento que no sólo repercute en la estimación, valoración y, a veces, en la «aptitud» de los títulos cotizados (de ambas sociedades), sino también, en otras muchas ocasiones en descrédito y desprestigio de la administración o de los dirigentes de la sociedad objetivo; b) que la O.P.A., sirviéndose o no de la Bolsa, puede ser medio de engañar a accionistas o ahorradores indefensos por medio de diversas maniobras, o porque los dirigentes les faciliten erróneas o fraudulentas informaciones, o no les faciliten la mínima necesaria para obrar con conocimiento de causa, lo que ade-

más de ocasionarle un perjuicio personal también lo causa al interés económico general y a la institución bursátil en particular; c) porque la O.P.A. puede ser motivo, y en ocasiones yo ha sido, de feroces luchas entre dirigentes de sociedades afectadas o con los de otras aparentemente ajenas que utilizan los más diversos y, a veces, fraudulentos procedimientos, para influir en el ánimo de los accionistas y del público en general con indiscutible repercusión en la Bolsa y en la misión que le incumbe.

De aquí que el doctor Rodríguez Sastre, prescindiendo de cuál pueda ser la calificación jurídica propia de la O.P.A., y de los diversos criterios jurídicos sustentados sobre el particular, crea que se debe dejar bien sentado la necesidad de que se utilice la Bolsa y su organización por ser el vehículo o instrumento especialmente apto, o más adecuado para que estas operaciones puedan realizarse con todas las garantías necesarias e indispensables desde que se inician hasta que se terminan.

Naturalmente, cree este ilustre autor, para ello será preciso que las Bolsas cumplan escrupulosamente las obligaciones que por sus Reglamentos les vienen impuestas y no se limiten a la compraventa de valores, cualesquiera que éstos sean y aún cuando no reúnan las condiciones exigidas para «entrar» «estar» en su recinto. La Bolsa debe ser garantía de que los valores merecen ser admitidos a cotización para que no puedan ser el medio hábil de defraudar a quienes se confían en el alto valor moral y legal de aquélla. Las Bolsas, al no ser simples lugares de granjería ni creadoras de monopolios, que miran al interés particular de unos señores, son cosas distintas y de mucha más importancia, pues tienen una función de muy caracterizado valor social, avivador de la canalización del ahorro, en defensa de valores morales y económicos. Para el doctor Rodríguez Sastre es necesario aplicar en toda su extensión la legislación vigente española sobre la Bolsa (Ley 14 de abril de 1962, Base 9.ª y arts. 27 y 47 del Decreto 15 julio de 1967 del Reglamento).

Otras de las cuestiones que se debaten es cómo han de someterse las O.P.A. a reglamentación, si deben ser regulados por disposiciones legislativas o por simples acuerdos de los organismos bursátiles. La experiencia de otros países puede ser importante, sin olvidar para nosotros las estructuras y costumbres jurídicas y financieras propias.

En los Países Bajos, la reglamentación viene impuesta y procede del «Consejo Social y Económico», que obra como órgano representativo de la vida profesional, sin que todavía haya adquirido forma legal. En Inglaterra, el «Código de la City» sobre «take-overs» y fusiones no pretende, ni tiene fuerza de ley; representa una opinión colectiva de personas profesionales, pero quienes no las acojan no tendrán el derecho a disfrutar de facilidades, que les serán rehusadas a quienes participen en los mercados. Es una medida de autodisciplina que se aplica y administra por el «Panel». En Francia, la reglamentación de las O.P.A. plantea problemas delicados, pues no se sigue el mismo sistema inglés; es en el marco de las operaciones de Bolsa donde se ha desarrollado, principalmente bajo forma de recomendación de orden profesional. Canadá, recientemente en un informe de su gobierno, el 4 de enero de 1973, subraya sus intenciones legislativas para estas ofertas públicas.

Para España, el ilustre conferenciante manifestó su opinión de que las O.P.A. pueden ser reguladas por una disposición de igual rango que la del vigente Regla

mento de Bolsas de Comercio, en ejecución de lo previsto por la Ley de 14 de abril de 1962, que regula «Bases de Ordenación del Crédito y la Banca». Además, con la Ley de 26 de diciembre de 1958 y la de 30 de abril de 1964, la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 1964, completan el cuadro de normas que encajan a las O.P.A. en el actual régimen de la Bolsa. Las funciones de la Bolsa son las que pueden apuntar garantías y regularidad en las operaciones evitando maniobras especulativas o fraudulentas, consiguiendo una mejor información para que el público contribuya a la canalización de los ahorros.

El doctor Rodríguez Sastre recoge a este respecto las opiniones de los ilustres especialistas extranjeros para hacer ver la necesidad de una institucionalización de la Bolsa y que sea ella el canal idóneo de las O.P.A., como sucede en Gran Bretaña y Holanda, en donde ha de entablarse un diálogo entre la sociedad iniciadora y la sociedad cuyos títulos podrían ser objeto de las O.P.A. para evitar el «capitalismo salvaje», es decir, una O.P.A. contra la voluntad de los dirigentes de la sociedad objetivo.

Después de examinar el objeto de las O.P.A., por la adquisición del control financiero al proporcionarle una mayoría, cree que no deberá olvidarse que también pueden suponer una absorción, integración o fusión, por lo que, entre nosotros, deberá tomarse en cuenta lo previsto por la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 135 y 144) para la transformación y fusión. A su juicio, será necesario una previa autorización para decidir la puesta en marcha de una oferta pública de títulos y nadie mejor que la conceda que el Ministerio de Hacienda por el alcance que puede implicar, si bien sea pertinente la vía contenciosa administrativa en caso de negativa.

También consideró como uno de los problemas morales que plantean las O.P.A., el de la información a los accionistas y del público en general, entendiendo que son las Bolsas las más capacitadas y autorizadas para regular y exigir la información que estimen necesario en defensa de aquellos del público ahorrador y de la economía en general. Igualmente otro medio de información fidedigna es la utilización de los Censores Jurados de Cuentas y de sus certificaciones que aportan la revisión previa de la gestión de la empresa. El gran orador insistió en su empleo por las garantías y dignidad del cargo.

Otro punto tratado fue el de la conveniencia de meditar sobre los fondos y sociedades de inversión mobiliaria que pueden ser objeto activo y pasivo de una O.P.A. A este respecto es de interés la Orden del Ministerio de Hacienda del 19 de septiembre de 1972 que encomienda la inspección y control de dichos fondos y sociedades directamente a la sección de inspección financiera de dicho Ministerio.

Finalmente, dentro de los problemas que suscita una regulación positiva de las O.P.A., hizo mención del Consejo Superior de Bolsas, que no debe ser solamente una entidad para la coordinación de criterios, de evacuar consultas o informes, sino de activa vigilancia que obligue a Bolsas y Agentes a cumplir correcta y lealmente las normas de su Reglamento y las finalidades que persigue, exigiendo responsabilidades, sanciones y dictar normas complementarias, principalmente las relacionadas con las O.P.A. De este modo, cree que se cumpliría la finalidad que persigue la Ley de 14 de abril de 1962, o sea, proteger el ahorro, ofrecerle mayores, más atractivos y seguros cauces hacia la inversión directa e, incluso, regular la inversión anticipada del futuro ahorro, evitando el indebido fomento de actividades industria-

les deficientes, a fin de impedir que estas organizaciones se conviertan en instrumentos de control de empresas o de dominación del mercado.

Al concluir, el doctor Rodríguez Sastre propuso una sugerencia: aplicar a las O.P.A. los estímulos fiscales de la concentración de empresas, recordando la Orden Ministerial de 24 de abril de 1972 que exige que aquellas concentraciones o fusiones no tengan carácter de monopolio y beneficien la economía nacional. También se les pueden conceder los beneficios previstos para las «industrias de interés preferente».

Como todas las valiosas contribuciones del doctor Rodríguez Sastre es ésta una más que acomete la temática más actual de la problemática económica, financiera y social de la empresa.

José BONET CORREA

BIBLIOGRAFIA

LIBROS RECIBIDOS (1)

- ALBALADEJO (Manuel). *Instituciones de Derecho civil. I. Parte General y Derecho de obligaciones*. Librería Bosch. Barcelona, 1972; 776 págs.
- ALBIOL MONTESINOS (Ignacio). *Representación sindical en España. Un estudio sobre la normativa sindical en España*. Editorial Tecnos. Madrid, 1972; 429 páginas.
- ALONSO PÉREZ (Mariano). *El riesgo en el contrato de compraventa*. Prólogo del Profesor Pablo Beltrán de Heredia. Editorial Montecorvo. Madrid, 1972; 525 págs.
- CARRANZA (Jorge A.). *Los trasplantes de órganos frente al Derecho civil*. Serie: El abogado en nuestro mundo en transformación. núm. 3. Editorial platense. La Plata. Impresa en La Argentina, 1972; 92 págs.
- FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZ (Mariano). *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*. (Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972; 511 páginas.
- FAIRÉN GUILLÉN (Víctor). *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 y su Reglamento. Con notas de Derecho comparado. Editorial Tecnos. Madrid, 1972; 246 págs.
- GARCIA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La administración española*. Estudios de Ciencia Administrativa (1.^a ed. 1961, 2.^a ed. 1964). Primera edición en «El libro de Bolsillo». Alianza Editorial, 1972; 164 págs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Revolución francesa y administración contemporánea*. Cuadernos Taurus. 113. Taurus ediciones. Madrid, 1972; 102 págs.
- JORNADAS DE DERECHO FORAL. *Ponencia sobre la regionalidad o vecindad civil*. Redactada por Martín Liria Lafarga bajo la dirección de José Luis Lacruz Berdejo. Jaca, 27-31 agosto 1972, 119 págs.
- JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA. *Legislación notarial*. Prólogo por Vicente Lledó Martínez Unda. Notas sobre la reforma del reglamento notarial establecida por el Decreto de 27 de julio de 1967, por Manuel González Enríquez. Advertencias acerca de esta edición, por Jerónimo López López y Carlos Melón Infante. Madrid, 1971. CXXIII págs. + 569 págs.
- MARTÍNEZ PEREDA (José Manuel). *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*. Editorial Tecnos. Madrid, 1972; 206 págs.
- MUÑOZ SABATÉ (L.). *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Colección «De Iure et vita». Editorial Hispano Europea. Barcelona (España), 1972; 420 págs.

(1) En esta sección se dará cuenta de los libros recibidos, sin perjuicio de publicar más tarde, en su caso, reseñas bibliográficas o notas críticas sobre ellos: de este modo no se retrasará, indebidamente, su noticia a los lectores.

- NAVARRO VALLS (Rafael). *Divorcio: Orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio*. Prólogo por el profesor Manuel Batlle Vázquez. Monografías. Colección de Estudios Jurídicos. Editorial Montecorvo. Madrid, 1972; 270 págs.
- ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE. AGENCÈ POUR L'ÉNERGIE NUCLEAIRE. *Legislations nucléaires. Etude analytique. Réglementation relative aux installations nucléaires et à la radioprotection*. París. 1972; 542 págs.
- PIRES DE LIMA (Fernando Andrade), e ANTUREZ VARELA (Joao de Matos). *Código civil anotado*. Volumen III (Artigos 1.251 a 1.575). Coimbra Editora Limitada, 1972; 633 págs.
- RUIZ VADILLO (Enrique). *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*. 5.^a edición (modificada y ampliada). Prólogo del Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil. Editorial Ochoa. Logroño, 1971-72, 567 págs.
- SANTORO-PASSARELLI (Francesco). *Nozioni di Diritto del Lavoro*. Veinticinquesima edición. Casa editrice dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1972; 279 págs.
- VÁZQUEZ BOTE (Eduardo). *Derecho civil de Puerto Rico*. Tomo I. Volumen 1. *Introducción. Parte general*. FAS, ediciones Jurídicas. Old San Juan, P.R.00902, 716 págs.
- URIBE VARGAS (Diego). *Los derechos humanos y el sistema interamericano*. Colección de monografías Jurídicas. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1972; 359 páginas.
- VÉRGUEZ SÁNCHEZ (Mercedes). *El socio industrial*. Prólogo de Aurelio Menéndez. Editorial Tecnos. Madrid, 1972; 228 págs.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: "Representación sindical en España". (Un estudio sobre la normativa electoral sindical). Madrid, 1972. Editorial Tecnos. Una obra de 429 págs.

Desde una concepción del contrato individual de trabajo, según el uso del liberalismo económico del XIX, hasta los convenios colectivos de trabajo de nuestros días, hay toda una carga ideológica de tan dispares concepciones y matices que repercuten el actual Derecho laboral, el cual trata de concluir una normativa frente a los conflictos de intereses que surgen entre empresarios y trabajadores para el logro de una justicia social. Justicia social que se concreta en el derecho a la percepción de una remuneración o salario equitativo por parte de quien presta o aporta su trabajo intelectual o manual y en la obligación de desplegar eficazmente aquella actividad laboral.

Ahora bien, una referencia a la equidad no supone para el jurista el ampararse en la vaguedad de unos términos, sino en la referencia a situaciones concretas, al señalamiento específico de una cuantía determinada; esa cuantía, como mínimo, debe estar de acuerdo con la renta nacional de un país determinado.

Cuando el empresario es la propia Administración del Estado, la determinación de la retribución, sueldo o salario parece conllevar la carga de una mayor responsabilidad en cuanto que el poder público aparece como el árbitro y realizador de aquella justicia social. Cuando los empresarios son los particulares surge la pugna libre de interés entre las dos partes que tratan de conseguir el mayor

lucro posible de su actividad laboral. Frente al poder del capital de los empresarios se opone la unión sindical de los obreros, primero bajo el liderazgo de una ideología, ahora bajo la fuerza de sus propios recursos económicos.

Las experiencias políticas y el análisis de las estructuras laborales hasta nuestros días han desembocado ante una realidad evidente: la necesidad de mantener los dos elementos que componen la actividad económica, capital y trabajo, dentro del mismo nivel y proporción, en constante ósmosis y en relación de pluralidad. No obstante, y a pesar de la evidencia, los gobiernos neocapitalistas y los marxistas, cometen la torpeza de persistir en un estado de desequilibrio de fuerzas, resultando todavía en una situación de tensión conflictiva por el desajuste reinante entre ambos intereses. El dinero formando capital, como la unión laboral constituyendo el sindicato, son conquistas que la humanidad ha incorporado a sus instituciones no como personajes pasajeros de una época, sino como entidades reales y concretas para satisfacer sus necesidades personales dentro de una colectividad social.

De aquí que un civilista no se sienta ajeno a la transformación que se opera en el contrato de trabajo y se preocupe ante las diversas modalidades en que se configura normativamente la representación sindical. Por ello saluda con especial atención la obra del profesor Albiol, en la que lleva a cabo un estudio sobre la normativa electoral sindical española según el texto de la vigente Ley sindical de 1971. Quienes conocemos sus inquietudes intelectuales como laboralista y fuimos testigos de su preparación jurídica en la Universidad italiana, podemos hacer el juicio de una obra como ésta, madura en su criterio y elaboración.

Después de una introducción en la que se exponen las cuestiones generales referentes al desfase normativo de la legislación española anterior y las posibilidades que ofrece la reforma del Fuero del Trabajo, analizando los principios en que se basa la nueva Ley sindical, se establecen dos partes bien definidas: la que trata de las posibilidades legales de control de las elecciones (comisiones electorales, censos y planes electorales) y la que abarca las concretas elecciones (las elecciones en empresas y centros de trabajo, las elecciones en el Sindicato local, en el Sindicato provincial y en el Sindicato nacional). Con ello aparece la particular estructura sindical española en la que los sindicatos integran las uniones de empresarios, la de técnicos y trabajadores, con el hecho de que junto a la línea sindical electiva existe la línea burocrática.

Tanto por su parte expositiva como crítica, la obra del profesor Albiol es una de las contribuciones más concienzudas al Derecho laboral de nuestros días.

José BONET CORREA

BATLLE SALES, Georgina: "El derecho a la intimidad privada y su regulación", Editorial Marfil, Alcoy, 1972; 212 págs.

Si los excesos del individualismo son reprobables, no lo son menos los de las tendencias hoy tan en boga que con invocación del bien común someten al hombre a un intervencionismo estatal cada vez más creciente que llega a penetrar en su esfera más íntima, ahogando la libertad humana en su reducto más elemental y llevando así el péndulo al extremo opuesto de aquel contra el que se pretende

reaccionar, con patente olvido, además, de la protección jurídica que debe prestarse al hombre que en definitiva es «prius» de todo el ordenamiento social.

Georgina Batlle estudia en este libro la intimidad privada, a la que el hombre tiene derecho, y sus diversas manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho a la intimidad privada es, para la autora «el que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella».

Se trata de un derecho de la personalidad que tiene reflejo en algunas disposiciones de nuestro Derecho aunque falte en él una consideración general y orgánica de la materia:

a) Domicilio.—Protegido en su intimidad por el art. 15 del Fuero de los Españoles y arts. 490, 492 y 191 del Código penal y 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) Derecho al nombre que tiene una protección civil, penal y administrativa. Se protege también el deseo de la persona de permanecer anónima dentro de ciertos límites admitiendo la utilización del anónimo y del seudónimo.

c) Derecho a la imagen. Huérfano de regulación en nuestro Derecho, pero que puede hallar amparo en los artículos 457 y 462 del Código penal.

d) Derecho al secreto de la correspondencia. Consagrado en el art. 13 del Fuero de los Españoles, y protegido por los artículos 192, 497, 364 y siguientes del Código penal, y por el art. 14 de la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960. Desde el punto de vista civil la protección de este derecho puede tener encaje en el art. 1.902 del Código civil.

e) Secreto profesional, cuya violación puede arrastrar la imposición de una pena tratándose de ciertos empleados (art. 499 Código penal), Abogados y Procuradores (art. 360 Código penal) y en general de funcionarios públicos (arts. 367 y 368 de dicho Código). El deber de secreto profesional se reconoce en los artículos 80 y 88 d) de la Ley de Funcionarios civiles del Estado, arts. 263, 416 y 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 1.247, ap. 5.º Código civil, artículo 111, p. 2.º de la Ley General Tributaria, y otras normas.

f) Derechos morales de autor tales como el derecho de inédito reconocido en el art. 8.º de la Ley de Propiedad intelectual, y derecho a la paternidad intelectual defendido en el art. 26 de dicha Ley y otras normas.

g) Negocios comerciales. En donde la intimidad puede quedar protegida a través de fórmulas contractuales como el mandato sin representación y el contrato por persona a designar, y a través del secreto de los libros de comercio que cuenta no obstante con importantes excepciones. Particular interés tiene el secreto bancario recogido en el art. 23 de los Estatutos de 24 de julio de 1947, y arts. 326 y 328 del Reglamento del Banco de España de 23 de marzo de 1948, y al que hacen referencia los arts. 15 y 16 de la Ley de Nacionalización y Reorganización del Banco de España.

b) Derecho de familia. La intimidad familiar tiene cierta defensa en el matrimonio secreto o de conciencia, en el secreto de filiación ilegítima, y en el secreto familiar que se desprende del contenido de los arts. 49 y 156, párrafo 2.º, del Código civil, 103 y 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 18 del Código penal.

i) Derecho sucesorio. Hay formas de testamento como el cerrado y el ológrafo que pueden ser elegidas por el testador como recurso de protección a la reserva de la intimidad personal. Las medidas de precaución en caso de viuda encinta no deben lesionar el pudor ni la libertad de la viuda.

j) Derechos reales. Se protege la intimidad en las llamadas servidumbres de luces y vistas.

En otros capítulos examina la autora: la intimidad privada en la esfera industrial a través del secreto en materia de patentes, relaciones laborales y know-how; la intimidad privada de la persona en su relación con la organización del Estado; y los límites al derecho a la información basados en el respeto a la intimidad privada.

Todos los temas referenciados son estudiados por Georgina Batlle con el necesario detenimiento, pese a que con modestia confiesa al principio no haber pretendido estudiarlos con afán exhaustivo. La materia es sugestiva no sólo en el ámbito del Derecho Privado, sino en el Administrativo y Fiscal en donde con más frecuencia habrán de producirse los intentos de lesión de este importante derecho a la intimidad privada.

Lo que ocurre es que como reconoce la autora en su conclusión XV «ni en nuestra legislación civil ni en la penal este derecho se halla suficientemente protegido; en la legislación civil, salvo los supuestos concretos y demasiado aislados que hemos ido examinando, no existe una protección del derecho a la intimidad, ni tan siquiera su formulación, siendo, en términos generales, el daño que a él se ocasione perseguible tan sólo por el artículo 1.902, que regula los supuestos de responsabilidad civil.

Por tanto —añade—, sería deseable, de «lege ferenda», la inclusión en nuestro Código civil de un artículo que, inserto en el título preliminar, se expresara en términos semejantes a éstos:

«El derecho a la intimidad privada es un derecho innato a la persona. Toda persona tiene derecho a gozar de la intimidad de su vida privada. La Ley reconoce y protege este derecho defendiéndole de toda ilegítima intromisión, considerando como a tal aquella que no esté justificada por las disposiciones de la ley o legítimos intereses de tercero. En virtud de tal disposición, la ley protege el nombre, la imagen y las comunicaciones y manifestaciones de la vida personal del individuo.

El Juez podrá adoptar en su caso las medidas idóneas para impedir o prevenir la lesión a tal derecho.»

En los albores de su juventud Georgina Batlle nos ofrece en esta obra un trabajo que tiene, entre otros, el indiscutible mérito de abrir brecha en el estudio de un tema que al menos con carácter sistemático y general se hallaba ausente de nuestra literatura jurídica. Un trabajo meditado que habrá de servir de base y punto de partida a cuantos quieran seguir estudiando esta sugestiva materia.

DE VITA, Anna: "La proprietà nella esperienza giuridica contemporanea (Analisi comparativa del diritto francese)". Presentazione di Pietro Rescigno. Milano, Giuffrè, 1969.

Constituye la presente obra el segundo de los «Estudios de Derecho comparado», colección que, a cargo de Mauro Cappelletti, encuentra su propia cantera de autores en la Facultad de Derecho florentina, cuyos profesores —lo recuerda precisamente Rescigno al comenzar la presentación de la obra— se han caracterizado siempre por no eludir el esfuerzo que implica analizar la evolución y caracteres fundamentales de aquella que Finzi calificó: «institución admirable, concebida con tan exquisito magisterio técnico como para consentir el desarrollo más variado, la adaptación más flexible a las cambiantes exigencias políticas, económicas...» Ahora es Anna de Vita quien viene a ofrecernos el fruto de varios años de estudio en una obra que, sin ínfulas de grandeza, pretende —y lo consigue plenamente— hacernos partícipes de la mutación acaecida dentro del derecho de propiedad, del nuevo marco que caracteriza el estudio de la figura.

La autora pone ya de manifiesto en el prólogo que el tratamiento del tema ha sido diluido en un encuadre más amplio que el puramente técnico-jurídico, en cuanto no va a aparecer desprovisto de preocupaciones (de «contaminaciones» habla sarcásticamente Rescigno, alabando la decisión de la autora) históricas o sociológicas. Ello es el fruto de la creencia en la colaboración entre la ciencia jurídica y la sociología, que ha llevado a la doctrina a la consideración de la propiedad como un derecho inserto en una perspectiva histórica concreta, como un fenómeno social condicionado —al igual que cualquier otro— por los cambios ideológicos y económicos. De aquí, precisamente, la titulación del primer capítulo como «La proprietà: strumento *rivelatore* dell'evoluzione giuridica». El análisis de la autora toma como punto de partida la situación político-social en la época de publicación del «Code» Napoleón, resaltando cómo la idea de libertad política fruto del individualismo va a encontrar correspondencia en el plano jurídico en el concepto de propiedad («droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...» según el conocido artículo 544 del Code civil; pero ya en 1792 un Décret de 25 de agosto había prescrito que «toute propriété foncière est déclarée franche et libre de tous droits tant féodaux que censuels») y, de otra parte, recordando las características «positivas» del cuerpo legal francés: «el equilibrio fue su virtud; la moderación, la garantía y el precio de su duración». Los puntos siguientes, tratados con brevedad pero con el cuidado necesario para evitar la caída en imprecisiones tienden a subrayar como la aparición del Estado intervencionista, consecuencia directa de la no defensibilidad del «laissez faire», el predominio del Derecho público, el fenómeno de la colectivización económica... han roto el binomio anterior libertad-propiedad, sustituyéndolo por el de libertad-igualdad (real, dice la autora); la identificación entre propiedad y libertad aparece hoy día como un prejuicio metodológico, siendo, de otro lado, evidente el fracaso del intento de «convertir en bruñida superficie una materia por naturaleza esencialmente poliédrica». Así, la tendencia general de los ordenamientos de incidir autoritariamente en la dinámica del Derecho privado, cada vez constatable con más facilidad, ha acarreado lógicamente la debilitación de la propiedad-derecho subjetivo, si bien acompañada de una ampliación de su contenido desde el punto de vista objetivo, notas que, junto a la prevalencia de la dimensión funcional (frente a la estructural preconizada

anteriormente por la doctrina), caracterizan hoy día el estudio de la institución.

El título II, naturaleza jurídica y caracteres del derecho de propiedad, es de sarrollado en dos capítulos, titulados respectivamente «la definición jurídica de la propiedad» y «la propiedad como derecho real». En el primero de ellos, tras plantearse el problema general de la validez de las definiciones legales, entiende que la propiedad en la mente del legislador de 1804 «confiere al titular un poder lo más amplio posible sobre la cosa, sin que adquieran relevancia la naturaleza del bien, ni su función económico-social», si bien ponga a continuación de manifiesto cómo —a través fundamentalmente de nuevos límites, tanto de hecho como de derecho, y de la creación jurisprudencial del «abus de droit»— en el moderno derecho francés la significación de la norma del Code civil haya sufrido la transformación que implica la continua adecuación a la realidad de normas que, formalmente, permanecen inalteradas, tan característica de la vida jurídica francesa; así como subrayar que le esquema tradicional sólo puede ser aplicado hoy día a objeto de valor económico-social relativamente modesto (a nuestro juicio, el párrafo líneas arriba reproducido entre comillas contiene una afirmación excesivamente drástica: baste recordar el contenido del art. 2.279 del C. c. francés).

Por otra parte, analizando el actual Codice civile italiano, recalca que en su art. 832 no se ha insertado una definición del derecho de propiedad, sino que se ha delineado indirectamente su contenido, en cuanto que modernamente se considera exigencia ineludible la delimitación de la posición jurídica de la persona privada y el ámbito de su poder, de su autonomía, problema que no aparece lógicamente en los Códigos de corte napoleónico, pues en ellos todo el sistema —tanto jurídica como políticamente— se basa precisamente en la consagración de la absoluta prevalencia del individuo, de la autónoma e inviolable esfera de poder de cada uno de los miembros de la colectividad. Naturalmente, no queda con ello resuelto el problema de la definición de la propiedad, que, dado el enriquecimiento sufrido desde el punto de vista objetivo, continúa siendo el mismo de siempre: una definición o construcción rigurosa, precisa, «restringiría la aplicación sólo a una de las situaciones que el término propiedad sigue comprendiendo» (Pugliatti). El análisis de la propiedad como derecho real, objeto del segundo capítulo, le ofrece la posibilidad de exponer las dificultades de estructuración que la relación sujeto-ordenamiento jurídico-cosa presente y las presuntas soluciones ofrecidas por los defensores de la teoría personalista. La teoría es rechazada, revelándose como su error principal consiste el no haber separado el contenido del «ius in re» de su sanción y de haber transformado una obligación de orden público en obligación convencional, derivada de una norma propia del ordenamiento jurídico-privado. A continuación, analiza la autora la conveniencia u oportunidad del «numerus clausus», concluyendo negativamente, pues «los motivos de salvaguarda de un poder soberano del propietario, la necesidad de dar una seguridad jurídica a través del respeto de los valores formales, parecen superados», como el mismo Rescigno —haciendo hincapie en el elogio— señala en la presentación.

El estudio, en el título siguiente, de la propiedad como derecho limitado sirve a la autora fundamentalmente para poner de manifiesto que debe ser descartada la dirección defendida por la teoría clásica referida a la consideración de la limitación como accidente extrínseco, relegada a los márgenes de la juridicidad. Por el contrario, el límite ha de ser entendido como un elemento connatural, integrador del derecho de propiedad y tendente a legitimar el ejercicio del derecho mismo.

dada la coincidencia que se predica debe existir entre propiedad y actividad. Una breve referencia al fundamento y caracteres de las limitaciones, tanto en interés privado como en interés público, y, a continuación, un análisis de la reforma acaecida en Francia en materia de arrendamientos a través de la ley de 1.º de septiembre de 1948 («droit au maintien»: su fuente de nacimiento no es ya el acuerdo voluntariamente establecido por las partes, sino la ley; posibilidad por parte del propietario de realizar actos de disposición?) y del Decreto de 30 de septiembre de 1953 referente a los «baux commerciaux», extremos que le llevan a la afirmación de que el fenómeno histórico de una metamorfosis del derecho de propiedad como consolidación del dominio útil se vuelve a plantear con una desconcertante actualidad en el complejo de normas que disciplinan la situación inmobiliaria francesa. El título se cierra con una referencia al desconocimiento por parte de la Constitución francesa de 1958 del principio de la función social, mientras que, por el contrario, se encuentra expresamente recogido tanto en la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 como en la Grundgesetz Bonner de 8 de mayo de 1949 (el párrafo 2.º del art. 14 de esta última prescribe textualmente que «la propiedad obliga y su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general»); dentro de esta línea de pensamiento se tacha de solución de compromiso la representada por el artículo primero del protocolo adicional de la «Convention européenne des droits de l'homme», en cuanto que, si bien no ha repetido el «slogan» de la propiedad como derecho sacro e inviolable, tampoco ha aceptado explícitamente el principio a que nos estamos refiriendo.

El último título, «El derecho de la propiedad en la realidad social de nuestros días», tiene como finalidad principal resaltar cómo la consideración social en la evolución jurídica francesa ha conducido a una transformación total, incidiendo sobre los mismos cimientos del concepto de propiedad, que, así aparece desmaterializada, desmembrada, frente al antiguo «dominium» concebido como derecho cuya relación con la cosa era tan acusada que, a veces, casi se confundían. El fenómeno es analizado por Anna de Vita a través de las intervenciones del legislador —francés— que más claramente significan una ruptura con el criterio individualista: ley sobre la «insaisissabilité» de la pequeña propiedad familiar; Décret de 31 de diciembre de 1958 regulador del «ius aedificandi», reforma llevada a cabo en el derecho de sucesiones a través de la ley de 1961; la «loi d'orientation agricole» de 5 de agosto de 1960, de acuerdo con la cual el rígido juego de oferta y demanda queda sustituido por la consideración de la idoneidad y preparación técnico-profesional de quienes se convertirán en propietarios de la tierra, etc. Tras ello, la obra toca a su fin evidenciando que, en la Constitución italiana, el principio de la función social —objeto ya de lucubraciones en la generación siguiente a la napoleónica— ha perdido la nota de nebulosidad que precedentemente le podía ser atribuida, convirtiéndose por el contrario en un norte o guía que obliga a calificar de «excepcional» cualquier norma que intente establecer la propiedad como derecho ilimitado. Premisa que hace posible contraponer la situación legislativa italiana a la francesa, en cuanto que la paciente elaboración jurisprudencial del «abus de droit» no ha encontrado adecuada inserción en la norma constitucional y, de otro lado, demuestra una aspiración individualística aún prevalente, frente a la «evolución de la misma propiedad privada en sentido social» que supone el contenido del segundo párrafo el art. 42 de la Constitución italiana: «La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos

de adquisición, disfrute y límite de aquélla, con la finalidad de asegurar su función social y hacerla accesible a todos.»

La obra, a nuestro entender, merece un juicio positivo, pues constituye una seria aportación que coadyuva a dar luz sobre las dificultades o problemas originados por la aparición en la sociedad actual de nuevos intereses (o, mejor, ¿nuevas formas de interpretación de los intereses en juego?), modos de uso y disfrute de los bienes que traen consigo el someter a revisión los poderes del propietario, determinar los límites de existencia del derecho real por excelencia. Finalmente, subrayamos el acierto de la elección del ordenamiento francés como substratum del análisis realizado, así como el buen conocimiento de aquél y la riqueza del aparato bibliográfico italo-francés.

Carlos LASARTE

A. S. DIAMOND: "Primitive Law, Past and Present", Methuen & Co. Ltd., Londres 1971 (XXV + 410 págs.).

La primera edición de este libro se publicó en el año 1935 y, con muy pocas variantes, en 1950 la segunda. Esta tercera es en realidad un libro completamente nuevo; tan es así que no se presenta como nueva edición de sus predecesores con los que «apenas hay frase coincidente», nos dice el autor en el prólogo.

En muchos de sus pasajes las ediciones primeras fueron una serie de ataques a las tesis sobre el derecho primitivo mantenidas en el clásico *Ancient Law* de H. Maine. Aunque la virulencia de la crítica desaparece en éste, la impugnación de aquéllas sigue siendo frontal, pues se mantiene, entre otros extremos, frente a las afirmaciones correlativas opuestas de Maine, que no es cierto que el derecho sustantivo aparezca como «secretado por los intersticios del procedimiento», entre otras cosas porque las reglas procesales y los procesos mismos son posteriores históricamente a las normas sustantivas o hay, cuando menos, una indiferenciación primera entre órganos legiferantes y órganos jurisdiccionales en virtud de la cual es imposible mantener que una de estas funciones fuera cronológicamente anterior a la otra. También se niega que tenga fundamento en la realidad —subráyese que el ataque aquí se dirige contra una posición central de las elaboraciones de Maine— el parecer de que el derecho objetivo derive de reglas preexistentes de conducta que fueran al mismo tiempo de naturaleza jurídica, moral y religiosa, manteniéndose en cambio que en el derecho primitivo es clara y terminante la distinción entre el derecho mismo y las reglas religiosas y éticas, con independencia además de que Diamond sostenga una y otra vez que las primeras preceden a las segundas; la afirmación de que «la literatura más vieja de la mayoría de los pueblos lo son siempre sus leyes, escritas de manos del escriba», aparece una y otra vez en el libro (ver por ejemplo, páginas 40, 45, 118 y 301; la cita corresponde a la página 40). De los pasajes del Exodo que contienen lo que se denomina «Código judío», básicamente contenidas en el cap. 24 y formado reglas de derecho penal, conjugadas con algunas sobre propiedad y préstamo de animales, se afirma también, y por ejemplo, que son de las más antiguas del Pentateuco (pág. 127). La incorporación de reglas éticas o religiosas a las jurídicas, por lo demás nunca completa, es más bien un fenómeno del derecho primitivo tardío, y no algo originario. En

lo que nos es conocido, no hay, pues, un lento desgajamiento de lo jurídico desde una indiferenciación primera con lo religioso o lo moral. Sólo en la época de los Códigos tardíos, cuando los religiosos forman hasta una cuarta parte de la población adulta y llegan a ser propietarios de hasta un tercio de la tierra, hay una cierta confusión normativa.

Las impugnaciones de Maine aparte, el libro está dividido en dos grandes secciones, de las cuales la una es *grosso modo* una historia de las fuentes y la otra una historia de las instituciones, siempre del derecho primitivo. Lo que ocurre es que al primitivismo se le da un sentido jurídico estricto, de forma que aparece como primitivo el derecho romano hasta las doce Tablas (de las que se dice, por cierto, que debieron ser texto de estudio y aprendizaje más que derecho «positivo»), el Derecho visigodo hasta el Código de Eurico —en general el Derecho germánico hasta las varias compilaciones de Carlomagno de derechos de tribus bárbaras— o el Derecho hebreo hasta los capítulos del Pentateuco que corresponden a la época posterior al Exilio. O los derechos de los países africanos hasta que sufren el impacto de la colonización europea.

Cada uno de estos derechos primitivos se divide en tres períodos —los de las leyes o «Códigos» tempranos, medios, y últimos— y se estudian sus características en cada uno de ellos. Lo sorprendente y en ocasiones lo hasta asombroso son los paralelismos que se observan y documentan en las reglas jurídicas de pueblos sin contacto geográfico alguno entre sí y separados entre sí por milenios, cuando las normas pertenecen a la misma «era jurídica». El talión, por ejemplo, se ve aparecer sistemáticamente en el Derecho penal de los códigos tardíos primitivos, precedido virtualmente en todos ellos por penas de mutilación, para los delitos contra las personas y contra la propiedad, y precedida a su vez este tipo de pena, también uniformemente, por composiciones pecuniarias en dinero o en cualquiera que sea el bien económico que se use como instrumento de cambio; y esto tanto en la Zambia del siglo XIX como en la Inglaterra en los siglos VI y VII. Por supuesto, en la misma línea, instituciones de derecho feudal del tipo de las de la Alta edad media europea (señaladamente la cesión de tierras con siervos adscritos a cambio y en pago de prestaciones de servicio militar con equipo pesado en épocas de comercio estacionario y poca circulación monetaria) se aprecian en otras épocas y lugares; entre los Hititas por ejemplo (también en Uganda a principios del siglo XX o el Perú inmediatamente anterior a la conquista) donde el régimen feudal sirve para sostener un ejército de carros pesados de combate (págs. 72-73), como después en Europa serviría para sostener la caballería estribada y con jinete y montura acorazados, o como antes, los bizantinos habían feudalizado la caballería persa en su defensa contra los árabes (L. White, *Medieval Technology and Social Change*, Oxford, 1966, págs. 1-38; H. Trevor-Roper, *The Rise of Christian Europe*, Norwich, 1965, págs. 93-98), confirmando a la postre la conocida tesis de Max Weber sobre el carácter general, que no europeo, del feudalismo. Insisto en que estos paralelismos son, quizá, la parte más interesante de este libro, dentro de su interés superlativo como conjunto; remito, para concluir a la comparación entre las instituciones jurídicas de la Germania descrita por Tácito y las del África Oriental de principios del siglo XX, que llega hasta la presencia de la ordalía de agua hirviendo igual en los alemanes y en los kikuyus (pág. 270).

La razón de estas similitudes se ve en la correlativa de los grados de desarrollo económico —también en la densidad demográfica, de gran influencia sobre la te-

nencia y titularidad de la tierra— de forma que los capítulos de la parte relativa a instituciones llevan rúbricas del tipo de «Los [pueblos] recogedores de alimentos», «o los cazadores», «pastores y agricultores», etc., aunque avisándonos en reiteración que «el condicionamiento económico, aun importante, no es único ni decisivo: nuestros criterios de desarrollo económico, especialmente de los medios de subsistencia, son burdos e imperfectos» (pág. 226); «obviamente el desarrollo económico no explica por qué esto ocurre al mismo tiempo en dos países» [de desarrollo distinto] (pág. 297). Lo mismo reiteradamente respecto de la dote del marido, institución que se estudia en muchas ocasiones y con gran detalle, como una de las más características del derecho primitivo y de la que por cierto se afirma que es «normalmente falso... describirla como una venta de la mujer; es demasiado fundamental y está impregnada por tantos aspectos de la vida que no puede ser descrita por analogía con otras transacciones» (pág. 248).

La masa de datos manejada por Diamond es verdaderamente aplastante y grandísima su capacidad de ordenación y selección. Una y otra hacen de este libro una obra realmente excepcional.

M. ALONSO OLEA

FAIREN GUILLEN, Víctor: "Problemas del proceso por peligrosidad sin delito". Madrid, 1972. Editorial Tecnos. Un volumen de 246 págs.

El profesor Fairén, un maestro del Derecho procesal, de todos conocido por sus contribuciones, nos ofrece ahora, en su continuada y laboriosa tarea científica y de investigación, un estudio de la «Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», de 4 de agosto de 1970, así como de su Reglamento, donde lucen sus dotes críticas y su gran preparación de Derecho comparado.

El autor, al abordar el proceso por peligrosidad, lo hace sobre la modalidad de peligrosidad sin delito, o sea, donde se contienen especialidades que lo constituyen como un tipo separado del penal en sus puntos más importantes. Absteniéndose de entrar a considerar su aspecto sustantivo, donde se plantean graves problemas, conscientemente reduce su ámbito de estudio a alguno que tiene un impacto sobre el proceso. Tampoco desea abordar todos los problemas procesales que plantea la nueva Ley, ciñéndose tan sólo a los que tienen una trascendencia práctica inmediata o que les van a surgir a los jueces y abogados en su labor cotidiana. Ante estas salvedades que el propio autor hace, no podemos menos de señalar el estudio profundo y concienzudo de esta pieza legislativa.

Así, en los doce capítulos de esta magnífica obra, el autor comienza con una introducción acerca del proceso penal y el proceso por peligrosidad predelictual en su estado actual, para continuar exponiendo el sistema judicial y el administrativo, los antecedentes legislativos y fuentes legales, las leyes de peligrosidad y su constitucionalidad, las partes en el proceso de peligrosidad, el procedimiento declarativo de peligrosidad según el Derecho comparado, el procedimiento declarativo de la peligrosidad de la Ley española de 1970, los procedimientos cautelares, la cosa juzgada de las sentencias de condena y la ejecución de sentencias, para terminar con unas conclusiones y recomendaciones.

José BONET CORREA

JULIEN FREUND, "Le droit d'aujourd'hui". París, Presses Universitaires de France, 1972 (96 págs.).

De «Introducción a lo jurídico» podría titularse esta obra en la que el original del autor está formado por una *introducción* (págs. 5 a 14) y unas *conclusiones* (págs. 85 a 93). En la primera se hacen las distinciones básicas (derecho y fuerza; derecho objetivo y derecho subjetivo; derecho natural y derecho positivo) con una insistencia especial sobre que la coacción es un dato «no inherente lógica ni ontológicamente al derecho» (pág. 9) y sobre que, por otro lado, este no surge sino cuando el poder político está en condiciones de imponer la paz, y efectivamente la impone (pág. 10). En las conclusiones se destaca el papel mediador en sentido hegeliano del derecho entre la conciencia moral y la voluntad política, entre el individuo y la comunidad; de la persona como noción jurídica, del sujeto titular real o potencial de derechos, se dice que es «la relación dialéctica entre la individualidad y la personalidad». Al tiempo que se subraya la importancia para el derecho de las formas y los procedimientos, garantes de la objetividad y de la reflexión en esa «obra de paciencia» que es el acto jurídico (pág. 92).

El resto del libro está formado por una antología de textos, bien seleccionados en general sobre, sucesivamente, la definición del derecho, el orden jurídico y los tipos de pensamiento jurídico, el fin y los medios del derecho, la metodología jurídica y la filosofía del derecho. No hay preferencia por autor ni por escuela determinada, ni siquiera, lo que no deja de causar cierta sorpresa, por firmas francesas, aunque éstas abundan; pero son numerosas también las de autores de otras nacionalidades, señaladamente italianos y alemanes. Por vía de ejemplo el capítulo sobre los tipos de pensamiento jurídico contiene referencias de H. Coing, sobre el derecho como sistema de paz, de Engisch sobre la relación entre el orden jurídico de fondo y el orden legal, los muy conocidos y ya antiguos pasajes de Carl Schmitt sobre el derecho como norma, como decisión o como orden concreto; de Kelsen sobre el normativismo y la forma fundamental; de Isay sobre el decisionismo y de Hauriou sobre el concepto de institución y la regla como una especie de esta.

Como toda antología lo importante es el criterio científico, inteligente y no partidista en la selección de pasajes; no ofreciendo duda razonable de que tal ha sido el que ha presidido esta obra, puede decirse de ella que es efectivamente una breve y variada introducción a lo jurídico y a los modos serios de concebirlo.

M. ALONSO OLEA

MARTINEZ PEREDA, José Manuel: Sanciones y responsabilidades en materia de caza. Editorial Tecnos. Madrid, 1972; 206 págs.

La Ley del 4 de abril de 1970 ha cambiado radicalmente el régimen jurídico de la caza. El libro reseñado la considera desde el punto de vista más importante para el jurista, el de las responsabilidades que la caza origina y las correspondientes sanciones impuestas por la ley.

El autor, como parece natural, se enfrenta primero, dedicándole especial atención, con las disposiciones de la ley sobre delitos y faltas, es decir, con el nuevo

Derecho penal en materia de caza. Examinando después la responsabilidad civil y las infracciones administrativas.

Las cuestiones planteadas se tratan con método crítico exegético; se examina la ley y disposiciones que la complementan, a la luz de sus antecedentes y con amplia utilización de las enmiendas propuestas en las Cortes. De modo, que la obra de señor Martínez Pereda puede calificarse con razón de aportación importante para el estudio jurídico de la Ley de Caza.

Tendrá especial interés para el cultivador del Derecho civil la parte de la obra dedicada a la responsabilidad civil; es decir, sobre las indemnizaciones debidas por daños originados a la riqueza cinegética. La responsabilidad directa de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y la subsidiaria de los propietarios de los terrenos por daños causados por los animales objeto de la caza en otras fincas, y la responsabilidad del cazador por daños causados con motivo del ejercicio de la caza. Termina el segundo capítulo dedicado a las responsabilidades civiles (capítulo IX), considerando las disposiciones del Seguro Obligatorio para cubrir la obligación de indemnizar los daños a la persona, establecida en la ley.

R.

REVISTAS

Por Antonio Manuel MORALES MORENO

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Administración y jueces: gubernativo y contencioso (Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho Administrativo español)*, RGLJ, año CXX, julio-agosto 1971, núms. 1-2, págs. 237-348.

El trabajo es de carácter histórico. Mantiene, como resultado de la investigación realizada, la tesis de que nuestro sistema histórico se basa en la distinción entre "lo contencioso" y gubernativo. Los súbditos, afirma, tuvieron en "lo contencioso" una formidable arma para parar medidas reales que les afectaron directamente en sus derechos, y, además, impedir revolucionarias formas—y muy necesarias—en la época del Despotismo Ilustrado. Junto a la defensa que el súbdito hallaba en la figura de "lo contencioso" se añade la teoría de los *iuraquaesita*. Detrás de esto estaban en juego tanto el deseo de poder de las Audiencias como la corrupción de unos oficiales, escribanos, etc., que siempre ganaban más derechos y aranceles que con el "método providencial", como el egoísmo brutal de los privilegiados y la debilidad del poder real.

LASO GAITE, Juan Francisco: *Centenario de Gómez de la Serna (Miscelánea de la codificación)*, RGLJ, año CXXI, núm. 2, febrero 1972, páginas 149-162.

Recoge datos de don Pedro Gómez de la Serna y la codificación en España. Lleva una bibliografía sobre la codificación.

MARÍN LÓPEZ, Antonio: *Presupuestos y efectos del orden público internacional*, RDP, enero 1972, págs. 22 a 33.

A los presupuestos y efectos del orden público internacional se añaden algunas conclusiones.

NIN DE CARDONA, José María: *Dante y el Derecho*, RGLJ, año CXXI, número 3, marzo 1972, págs. 295 a 329.

Trata del hombre, el concepto social de la ciudad, la idea de justicia, la idea de la palítica, la idea de libertad.

ONFCHA SANTAMARÍA, Carlos: *La enseñanza del Derecho*, RGLJ, año CXXI, número 6, junio 1972, págs. 671-683.

Se ofrecen consideraciones diversas sobre el tema.

SANTOS BRIZ, Jaime: *La codificación del Derecho foral de Navarra*, RDP, diciembre 1971, págs. 1149-1157.

Vicisitudes y proceso certificador. A propósito del Anteproyecto de 1971 alude a sus ideas rectoras y sistemática.

2. Derecho de la persona

CAMY, Buenaventura: *El patrimonio personalizado como estímulo para el desarrollo de los negocios de toda clase*, RDP, marzo 1972, págs. 200 a 207.

Tras variadas consideraciones socioeconómicas y jurídicas, se apunta la idea de patrimonio personalizado, entendido como "incorporación de varios elementos para conseguir un fin determinado".

CASADO IGLESIAS, Emiliano: *Los daños civiles causados por la administración pública y su nuevo tratamiento en la doctrina jurisprudencial*, RDP, febrero 1972, págs. 116 a 122.

La reiterada doctrina jurisprudencial admite el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra la Administración por los daños que cause a los particulares en el ejercicio de "toda actividad gestora administrativa", excluida la actividad discrecional o política.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: *Efectos de la residencia en las inversiones extranjeras*, RDP, febrero 1972, págs. 96 a 116.

Se concreta al estudio de los efectos de la residencia en las inversiones en sociedades españolas.

SANCHO REBULLIDA, Francisco: *Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil*, RGLJ, año CXX, noviembre 1971, págs. 663 a 681.

Hay en estas notas un deseo, confesado, de superar un excesivo afán apriorístico de unidad, porque se cree que el concepto causa se usa en la técnica jurídica con equivocidad. Así se explica que se centren, ceñidas al Derecho español, a precisar qué es la causa de la obligación, para seguir la tónica del Código civil que refiere la causa a la obligación contractual (art. 1.261, 3.º). La causa se ofrece en el Derecho español como causa de la obligación y no como requisito del contrato; así se aprecia en el artículo 1.274. En el contrato tan sólo se da la confluencia de causas, confluencia que permite afirmar que la causa de la obligación se aloja en el contrato.

Diferente de la "causa de la obligación" es la "causa del contrato", que tiene en cuenta la jurisprudencia. Esta causa se refiere a ciertas motivaciones relevantes.

La causa de la obligación es en el Código civil la razón objetiva e inmediata, aprobada por el Derecho, por la cual el deudor se ha obligado; y causa de la atribución aquella por la que el *solvens* ha realizado la prestación

Con este criterio se analiza la existencia de causa, causa falsa y licitud de la causa.

3. Derechos reales

DE LOS MOZOS, José Luis: *Precedentes históricos y aspectos civiles del Derecho de caza*, RDP, abril 1972, págs. 285 a 304.

Se estudia la evolución histórica del derecho de caza, partiendo del Derecho romano y concluyendo en la Ley de 4 de abril de 1970. Se consideran igualmente los aspectos civiles del derecho de caza, tales como ocupación, capacidad y licencia administrativa, objetos de caza, titularidades para cazar y terrenos en los que se puede cazar, responsabilidad civil.

4. Obligaciones y contratos

CERES, Luis: *Meditaciones sobre el título inscribible obligación del vendedor*, RDP, abril 1972, págs. 305 a 307.

Sostiene la tesis de la obligación del vendedor de proveer de título inscribible al comprador.

LALAGUNA, Enrique: *La libertad contractual*, RDP, octubre 1972, págs. 871 a 894.

En el estudio, según señala su autor, se intenta dar respuesta a tres preguntas que parecen fundamentales, relativas al contenido, al significado y al ámbito de ejercicio de la libertad contractual.

NAVARRO PÉREZ, José Luis: *Responsabilidad y garantía en la cesión de créditos* (estudio de los artículos 1.529 y 1.530 del Código civil). RGLJ, año CXXI, núm. 1, enero 1972, págs. 13 a 52.

Diferenciados los conceptos de responsabilidad y garantía, estudia fundamentalmente los diversos problemas relacionados con "la responsabilidad por la existencia y legitimidad del crédito" y "la garantía por la solvencia del deudor".

SANTOS BRIZ, Jaime: *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, RDP, mayo 1972, págs. 379 a 419.

Amplia consideración del contrato de ejecución de obra, que contiene los siguientes apartados: concepto y notas, caracteres, variedades y combinacio-

nes con otros contratos, elementos, contenido, liquidación, derecho de retención. Se agrega un amplio apartado titulado: "Responsabilidad por los daños derivados de la ruina de edificios".

6. Sucesiones

CUADRADO IGLESIAS, Manuel: *Configuración jurídica del llamado pseudo-usufructo testamentario*, RDP, noviembre 1971, págs. 1063 a 1085.

Parte de esta cláusula: "A deja el usufructo de todos sus bienes a B. A la muerte de B, pasará el pleno dominio de tales bienes a los hijos o descendientes legítimos que, con capacidad para suceder, tenga el propio B u otra persona". Estudia la figura del usufructo que en ella se constituye.

RODRÍGUEZ DEL BARCO, José: *Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria*, RDP, diciembre 1971, págs. 1157 a 1171.

, Expone las teorías traslativa, declarativa e intermedias, así como el Derecho positivo y la jurisprudencia en el Ordenamiento español. Reserva para otro artículo su punto de vista.

II. DERECHO HIPOTECARIO

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: *Sentido del Registro de la Propiedad* (para una interpretación del Instituto en Puerto Rico, con vistas a su reforma), RGLJ, año CXXI, núm. 2, febrero 1972, págs. 165 a 223.

En el trabajo, incluso, se estudian tres aspectos: sentido del Registro de la Propiedad en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 de España o de 1893 para Puerto Rico. Desarrollo económico y Registro de la Propiedad en Puerto Rico. Sentido del Registro de la Propiedad en Puerto Rico.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: *Sentido del Registro de la Propiedad* (Para una interpretación del Instituto en Puerto Rico, con vistas a su reforma), RGLJ, año CXXI, núm. 3, marzo 1972, págs. 331 a 375.

Segunda y tercera parte del trabajo cuya publicación se inició en el número anterior de la misma revista.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades

DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel: *Los estatutos de la Sociedad anónima y la autonomía de la voluntad*, RDP, enero 1972, págs. 3 a 21.

El posible campo de actuación de la autonomía de la voluntad en el régimen jurídico de la sociedad anónima se proyecta casi exclusivamente sobre el campo de las relaciones de los socios entre sí con la sociedad. Aquí es donde se pregunta el autor si el esquema corporativo que la ley ha forjado para la sociedad anónima puede ser, y dentro de qué límites, rectificado por los propios socios.

V. DERECHO PROCESAL

1. Parte general

ALONSO PRIETO, Luis: *La falta de provisión de fondos como motivo de oposición en juicio cambiario ejecutivo*, RDP, marzo 1972, págs. 200 a 207.

“La falta de provisión de fondos ni constituye una causa de nulidad del juicio ni tampoco una excepción legal, sino una excepción de creación jurisprudencial”.

2. Procesos especiales

RUIZ-JARABO Y BAQUERO, Francisco: *La Administración de Justicia y la sociedad española de nuestro tiempo*, RGLJ, año CXX, núm. 4, octubre 1971, páginas 471 a 537.

Recoge el discurso leído por su autor, presidente del Tribunal Supremo, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1971. Para las transformaciones socio-económicas y tecnológicas de nuestros días apunta la necesidad de situar la Administración de Justicia a la altura de los tiempos actuales.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

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 Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino 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).
 NO = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische 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 Commerciali e del Diritto Generali delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito 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).
 RFDO = 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 Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 PGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
 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 Internationale 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 (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
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 Commercial (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 = Svansti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIAADO

A cargo de
CHICO Y ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE PARCELACIÓN HORIZONTAL DE INMUEBLE EN QUE LA SOCIEDAD PROPIETARIA DEL EDIFICIO SE RESERVA EL DERECHO DE CONSTRUIR DOS PLANTAS MÁS Y MODIFICAR EN CONSECUENCIA LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS DIFERENTES PISOS O LOCALES, CON ARREGLO A UNOS MÓDULOS DE EXTENSIÓN SUPERFICIAL. (Resolución de 7 de abril de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 23 de abril de 1970.)

Hechos.—Fundamentalmente, el motivo del recurso que justifica la resolución dictada es una escritura pública autorizada por el Notario de Vigo, don Luis Solano Aza, el día 10 de marzo de 1966, y en la que don Manuel Segura García, Consejero Delegado de la Sociedad "Antonio Lasheras, S. A.", formalizó la parcelación de la finca número 278 de la Gran Vía, de Vigo, a la que se unieron los estatutos y especialmente el artículo 17 de los mismos, que decía así: "La Sociedad "Antonio Lasheras, S. A.", se reserva el derecho de poder adicionar al inmueble dos plantas más, siempre que lo permitan las ordenanzas municipales y las condiciones de firmeza y seguridad del edificio, cuyo derecho de vuelo podrá inscribir a su nombre, conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario. A las plantas de nueva construcción se les asignará un módulo a efectos de beneficios y cargas y en relación con el total valor del inmueble, proporcional a su extensión, pudiendo dicha entidad propietaria determinar tales módulos y rectificar los atribuidos a las plantas ya existentes, en proporción, en el acto de otorgarse las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, para lo cual se considerará investida de amplios poderes de todos los titulares de los respectivos pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el sólo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes estatutos. En consecuencia, solamente el titular del derecho de vuelo podrá utilizar la terraza que remata y corona el edificio, aunque los gastos de conservación y reparación sean considerados comunes por tratarse de la cubierta del edificio".

Presentada la correspondiente primera copia en el Registro fue denegada su inscripción alegándose en la nota que el artículo 17 de los estatutos admitía una fijación unilateral de cuotas y sus posibles variaciones, lo cual supone un criterio contrario al establecido en los artículos 5 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal. En su consecuencia, no procedía la anotación preventiva de suspensión y no resultó aplicable el artículo 434 del Reglamento Hipotecario por no manifestar conformidad el presentador.

Ante dicha nota, el Notario autorizante recurrió gubernativamente alegando la improcedencia de la nota en la que no se especificaba si el defecto

era o no subsanable, aclarando el hecho de que otra escritura similar había sido inscrita en el mismo Registro; que en el momento del otorgamiento de la escritura sólo existía un propietario y que, por ello, a él solamente le correspondía fijar la cuota, así como reservarse el derecho a elevar las plantas que se citan y, en su consecuencia, el de rectificar las cuotas en su momento; que, de otra parte, el artículo 17 de los estatutos ya prevé que el otorgamiento de las escrituras de venta suponen apoderamiento a este efecto para redistribuir porcentajes. El Registrador en su informe ataca los argumentos notariales y perfila el hecho de estar bien extendida la nota, ya que en ella se precisa que no cabe la anotación preventiva; que los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal son nulos conforme a la Sentencia de 21 de marzo de 1914 y artículo 4 del C. c.; que si bien inicialmente existe sólo un propietario y éste tiene la facultad de fijar las cuotas, a medida que va enajenando pisos se requiere el consentimiento de todos para variarlas conforme a los artículos 3, 5 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal; que el número 2 del artículo 16 del Reglamento Hipotecario ha sido derogado por la legislación de Propiedad Horizontal y que la reserva de variación de cuota es contraria al artículo 1.256 del C. c., que no permite que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de las partes.

El Presidente de la Audiencia se inclinó por los argumentos notariales y en auto fundado revoca la nota del Registrador, el cual, en alzada, acude a la Dirección General de los Registros, la cual confirma el auto apelado con los siguientes argumentos.

Doctrina.—“Considerando que en este recurso ha de dilucidarse si es inscribible una escritura de parcelación horizontal de un inmueble, en cuyos Estatutos se contiene una cláusula por virtud de la cual la Sociedad vendedora se reserva el derecho de levantar dos plantas a las que se asignará un módulo, proporcional a su extensión, que será determinado por la propia entidad, quien podrá, asimismo, rectificar, en proporción, aunque pertenezcan a otros propietarios, los ya atribuidos a las plantas existentes;

Considerando que en el caso de enajenación de todo o parte de un edificio es frecuente que el propietario del mismo se reserve el derecho de elevar una o más plantas, y tal situación no podía ser desconocida por el legislador hipotecario, y así primeramente el Reglamento en el artículo 16 prescribió su inscripción en el Registro de la Propiedad, y con posterioridad la Ley de Propiedad Horizontal autoriza, en el artículo 11, la construcción de nuevas plantas por los actuales titulares del dominio, no existiendo inconveniente en que tal derecho pueda reservárselo el primitivo propietario y afecte a tercero, siempre que la cláusula forme parte del estatuto privativo y se inscriba en los libros registrales;

Considerando que el artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960, en el párrafo 3.º indica la forma en que se fijarán las cuotas de participación que corresponden a cada piso, pudiendo hacerlo el propietario único del edificio al iniciar la venta por pisos, y así, los futuros compradores podrán conocer a través del título constitutivo, la establecida para el local o piso que pudiera

interesables adquirir, pero una vez enajenado, toda modificación de ese título y por ende, de las mencionadas cuotas, requerirá la aprobación unánime de todos los propietarios, según el artículo 16 de la misma Ley, que confirma lo ya ordenado en el propio artículo 5, de que serán fijadas por acuerdo de todos los dueños del edificio, en caso de ser varios;

Considerando que no obsta a la anterior conclusión que el artículo 16, 2.º, del Reglamento Hipotecario, permita que, en la inscripción del derecho de elevar una o más plantas de un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo, se hagan constar, bien "las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas", bien "las normas que se establezcan para su determinación", ya que este precepto debe interpretarse en forma conjunta con los de la Ley de Propiedad Horizontal a la que ni por su rango ni por su fecha puede derogar, por lo que será necesario que, si no se hacen constar las nuevas cuotas, sí al menos, existan reglas de las que se deduzcan aquéllas en forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario del transmitente;

Considerando que los adquirentes de pisos o locales pueden conferir al transmitente o a cualquier otra persona los apoderamientos que estimen oportunos para rectificar las cuotas de aquéllos en relación con el total valor del inmueble, o para cualquier actuación no prohibida por las normas vigentes, ya se incluyan tales apoderamientos en los estatutos, ya se hagan figurar en documento separado, con lo que la modificación del título constitutivo, si en su día llegare a realizarse, se hará por el enajenante, en su propio nombre, si es titular de algún piso o local, y en el de los demás titulares de los mismos, en calidad de apoderado, sin que se viole así el principio de unanimidad sentado en los artículos 5 y 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, en tanto los poderes no sean revocados, sin que sea aquí necesario entrar en el estudio de la posibilidad de que las partes los configuren como irrevocables, ya que no parece desprenderse esta consecuencia de la cláusula estatutaria cuestionada, que considera a la sociedad vendedora "invertida de amplios poderes de todos los titulares de los reseñados pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el solo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes estatutos".

Consideraciones críticas.—La norma no puede prever en su articulado todos y cada uno de los problemas que la vida práctica ofrece y así sucede que la Ley de Propiedad Horizontal, junto con las normas del C. c. y de la Ley Hipotecaria, sólo ofrece una serie de soluciones genéricas en las cuales es preciso ir incrustando todos y cada uno de los supuestos que los hechos jurídicos y las relaciones plantean. La práctica notarial y la calificación registral son los dos caminos que se ofrecen para, dentro de la ley, ir construyendo y asegurando esos casos en los que el legislador no pudo pensar. La imaginativa construcción del jurista tiene el tope que la ley y sus disposiciones le prestan y, en último extremo, éstas le vendrán impuestas a través del principio de legalidad que con el poder calificador ejerce el Registrador.

Los dos grandes obstáculos no sólo de índole práctica, sino jurídica, son el concepto intocable de la cuota y el principio de unanimidad para su al-

teración o modificación. Precisamente en el caso planteado en este recurso ambos requisitos van a jugar un papel decisivo y frente a la construcción más o menos legal del Notario autorizante se ofrece la actuación registral que trata de impedir lo que a su juicio supone una violación de normas.

Vamos a reducir nuestro comentario a los dos puntos en los que sustancialmente el recurso se plantea: la reserva del derecho a elevar plantas en un edificio en régimen de comunidad horizontal y el apoderamiento hecho en forma estatutaria para la modificación ulterior de cuotas.

a) *Reserva del derecho a elevar plantas.*—El derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio ya construido ha sido regulado en nuestro derecho, en virtud de una necesidad sentida, en el Reglamento Hipotecario, en su artículo 16, 2.º, y mediante la modificación que del mismo se hizo por el Decreto de 17 de marzo de 1959. Posteriormente, con la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, dicho derecho viene aludido en el artículo 11 y calificado como acto “modificativo” del régimen de propiedad. Entendemos que uno y otro artículo son perfectamente compatibles y que ni el primero puede desplazar al segundo, ni éste ha tenido la intención de derogar al primero. Quizá éste sea el punto menos hábil de la calificación registral. Así se reconoce por el Centro Directivo que en uno de sus considerandos habla de que “este precepto debe interpretarse en forma conjunta con los de la Ley de Propiedad Horizontal a la que ni por su rango ni por su fecha puede derogar”.

Para que pueda constituirse y, por tanto, inscribirse, el derecho a elevar plantas se hace preciso el cumplimiento de dos requisitos fundamentales:

— Que se reserve el propietario “*en caso de enajenación*” de todo o parte de la finca o que transmita a un tercero el derecho a elevar una o varias plantas. De la letra de este precepto (artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario) se deduce que el legislador pensó siempre en un acto traslativo de derechos en los que el disponente se “reserva” ese derecho. Es decir, que en el caso de constructor o edificante único del edificio, éste tiene que reservarse el derecho en el momento en que va desprendiéndose de los pisos y generando la base o la razón de ser de la propiedad horizontal: diversos propietarios de pisos, pues mientras la totalidad del edificio sea de un solo propietario éste no tiene que “reservarse nada”, pues lo es de él todo.

Pero de una parte, el artículo 8 de la Ley Hipotecaria admite la posibilidad de que se practique la inscripción a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen, y, de otra, en la inscripción deben hacerse constar aquellas “reglas” contenidas en el título y en los “estatutos” que configuren el ejercicio y contenido de esta propiedad. Ello significa que el derecho de elevar en su condición de reservado por el dueño único de la edificación puede penetrar en el Registro, aun sin posible transmisión de pisos a través de las “reglas” o de los “estatutos” que modelan esta propiedad. Sólo de esa forma puede ser alterada la normativa reglamentaria. Esto es lo que viene a suceder en el caso con-

templado, en el que en el artículo 17 de los estatutos se especifica y configura la "reserva" del derecho a elevar una o más plantas.

El problema práctico reside en aquellos casos en los que el título constitutivo de la propiedad horizontal no hable para nada de "reglas" o "estatutos" que han de regir la comunidad, pero, sin embargo, se reserve el propietario del edificio y constituyente del régimen ese derecho. La solución, a mi entender es la de suspender la inscripción de tal cláusula hasta tanto se la dé el carácter de "estatutaria" o se vaya reflejando en cada uno de los títulos en que se vayan transmitiendo los diferentes pisos y locales de negocios.

- El segundo requisito exigido por el Reglamento Hipotecario es el de que el título constitutivo, y por tanto en la inscripción, se hagan constar las "cuotas" que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las "normas" que establezcan su determinación y las "normas" del régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.

Habiéndose calificado por el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal como un supuesto de modificación "la construcción de nuevas plantas" que lleva consigo la necesidad de alterar la descripción de la finca y la de los pisos o locales, así como la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales y pisos, parece evidente que en principio no pueda seguirse el procedimiento que la práctica realiza con los "departamentos procomunales" de asignarles una cuota general que luego puede ser distribuida entre los diferentes pisos o apartamentos que se construyan. Digo esto, pues mientras los departamentos procomunales están ya construidos, el piso o pisos que se han de levantar no lo está y en estos casos estaríamos jugando con una cuota de gastos no producidos en beneficio de algo que no está aún construido.

Entiendo que lo correcto sería, conforme a la terminología legal, fijar las cuotas de los diferentes pisos y locales y anticipar su posible variación para el caso de que la construcción se llevase a efecto o bien establecer, como dice el Reglamento Hipotecario, las bases o normas de equidad, de proporcionalidad o de criterios semejantes para determinar en el momento de la declaración de la obra nueva las cuotas que han de corresponder a los nuevos pisos y la variación que ello supone de las asignadas primitivamente a los ya construidos.

El mecanismo de que se sirve el supuesto de hecho es el de arbitrar un "sistema de apoderamiento" que faculte al promotor, constructor o dueño único del edificio para que cuando realice la obra nueva distribuya, en proporción, las cuotas, lográndose con ello el criterio de unanimidad que exige la Ley para tales actos. Ello nos lleva al examen del punto siguiente.

- b) *Apoderamiento hecho en forma estatutaria.*—Uno de los principios de la Ley de Propiedad Horizontal es el de que las "modificaciones" de cuota exigen los mismos requisitos que los de su constitución, o lo que resulta igual: se precisa la unanimidad de todos los propietarios. Así re-

sulta del artículo 11 de dicha Ley en relación con el 5.º de la misma. En el supuesto práctico que nos ocupa, la "unanimidad" se logra de una forma indirecta, estableciendo en el artículo 17 de los estatutos que los diferentes compradores de los pisos o locales conferirán por el hecho de la adquisición de los mismos amplios poderes a la entidad vendedora para que sea ella la que designe un módulo a los efectos de beneficios y cargas en relación con el valor total del inmueble, proporcional a su extensión, a las plantas de nueva construcción y rectificar los atribuidos a las ya existentes.

Se trata de un apoderamiento expreso que implica a su vez la aceptación de los estatutos y la adquisición del piso o local respectivo. Viene impuesto por la entidad transmitente que en su oferta de venta se reserva la facultad de vender o no, si no se acepta el apoderamiento. Linda la figura con un contrato de adhesión, pero a diferencia de éstos la vinculación que supone el compromiso contraído no obsta a que el adquirente y poderdante pueda revocar el poder concedido a este respecto, pues creo que debe deslindarse lo que podría llamarse "estatutos" que se aceptan y perjudican a tercero y la vinculación de un poder irrevocable, pacto que al ser nulo por ir contra lo dispuesto en la ley no puede tener eficacia ante un posible acto revocatorio del adquirente.

¿Cabe esta distinción? La revocación del poder a través de lo que dispone el artículo 17 de los estatutos supone una "alteración" de los estatutos o, por lo menos, un acto contrario a ellos. Toda alteración exige criterios de unanimidad (artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal); un acto contrario a los estatutos ha de reputarse nulo o ineficaz, pues hemos dicho que los estatutos no sólo vinculan a los componentes de la comunidad, sino a los terceros una vez que estén inscritos en el Registro. Si el forzoso apoderamiento forma parte de los estatutos, si contra los mismos no cabe un acto contrario y si los mismos sólo pueden modificarse por criterios de acuerdo unánime, es evidente que la idea de "irrevocabilidad" va implícita en el contenido de los estatutos y que en el acto de revocación habría de reputarse ineficaz.

¿Es esto posible? La Dirección General de los Registros y del Notariado así lo considera estableciendo que el poder que el comprador otorga es indiferente que conste en los estatutos que en documento separado, pues en ambos casos confiere a la persona del constructor o dueño o transmitente el poder de decisión por sí, cumpliendo así el requisito de unanimidad exigido por el artículo 5 y 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, pues en tanto los poderes no sean revocados dicha persona ostenta las facultades que se le han conferido en el poder, entre las que está el de la decisión de modificación de cuotas.

Concluye la Dirección que en el caso contemplado no es preciso examinar si el apoderamiento se configura por las partes como irrevocable, ya que de la cláusula estatutaria no parece desprenderse tal cosa. Es aquí donde a nuestro juicio se rompe la argumentación del Centro Directivo, pues no puede ser lo mismo el apoderamiento hecho en un documento separado o en el mismo documento de compra del piso o local, que estar incrustado en un artículo estatutario que se hace intocable por el juego de los prin-

cipios que rigen la Ley de Propiedad Horizontal. El artículo 17 de los estatutos debió reputarse contrario a la ley, no la de Propiedad Horizontal, sino el Código civil que claramente establece esta sanción en el artículo 4 para los pactos contrarios a lo dispuesto en la ley y debe recordarse a estos efectos el carácter esencialmente revocable del poder, en su versión de mandato que nuestro código regula (artículo 1.732 del C. c.). Discutido es doctrinalmente el problema del mandato irrevocable y los esfuerzos doctrinales para ofrecernos casos del mismo, pero creemos que este supuesto no puede justificarse con los argumentos que para ello se emplean.

De otra parte, esos “amplios poderes” de que se invisten al dueño inicial del edificio en buena técnica jurídica no suponen, conforme a la terminología legal” más que legitimación para actos “de administración” (artículo 1.713 C. c.), exigiéndose para los de “riguroso dominio” un poder especial y circunstanciado. La adopción de acuerdos por unanimidad suponen actos que exceden de los de mera “administración”, pues de lo contrario la ley—guiada en este punto por las normas que rigen las comunidades—hubiese sólo exigido el criterio de mayorías a que se refiere el artículo 16, 2, de la Ley de Propiedad Horizontal.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—EN EL PODER CONCEDIDO PARA VENDER LA PARTICIPACIÓN INDIVISA DE UNA HERENCIA, CABE ENTENDER COMPRENDIDA LA ACÉPTACIÓN Y PARTICIÓN DE LA MISMA, PERO NO LA CONSTITUCIÓN DE UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. (Resolución de 17 de abril de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 2 de junio de 1970.)

Hechos.—Doña Antonia González Fonturbel falleció el Burgos el 13 de mayo de 1937, bajo testamento otorgado el 22 de febrero anterior ante el Notario don José Nieto Méndez, en el que nombró heredero usufructuario con facultad de disponer actos intervivos a su esposo, don Primitivo del Barrio Cebrecos, y herederos de residuo a los sobrinos carnales de la testadora, doña Inés, doña María Patrocinio, doña María de los Angeles y don Marcos González Ausín, así como a los de su esposo, don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo y Barrio, que se distribuirían, por mitad cada grupo, el haber hereditario que quedare.

Don Primitivo, viudo de la testadora, el 19 de octubre de 1939 contrae segundo matrimonio con doña Matilde Gómez Santillana y el día 13 de septiembre de 1944 otorga testamento en el que declara no haber tenido descendencia de ninguno de sus matrimonios y que instituye heredera universal en pleno dominio de sus bienes muebles a su esposa Matilde Gómez Santillana, a la que también deja el usufructo vitalicio de sus bienes inmuebles, instituyendo herederos nudo-propietarios de los mismos, por partes iguales, con derecho a ser sustituidos por sus descendiente y en su defecto de acrecer, a sus sobrinos, don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo y Barrio.

Así las cosas, sucesivamente van falleciendo primero doña Matilde Gómez Santillana el 15 de noviembre de 1957, por lo que quedó sin efecto la institución a su favor, pasando a ser herederos en pleno dominio los sobri-

nos de don Primitivo. Este fallece el día 17 de junio de 1962 sin haber dispuesto por acto inter vivos de la herencia que le dejó, con facultad de disponer, su primera esposa, doña Antonia González Fonturbel. En la herencia de dicha señora sólo existían en el caudal hereditario una casa sita en Burgos, en la calle de las Tahonas, número 1, adquirida durante el matrimonio. También existía una parcela de terreno que el viudo, don Primitivo compró en ese estado y sobre la cual construyó un edificio de cuatro plantas y ocho viviendas, sito en la calle de las Calzadas, número 40.

El día 20 de septiembre de 1963, ante el Notario de Burgos, don Ursino Vitoria Burgoa, comparece de una parte don Marcos González Ausín por sí y en representación de sus hermanas, doña Inés, doña Patrocinio y doña María de los Angeles, que tenían otorgado poder "para enajenar la participación que les correspondiese en la herencia de doña Antonia González Fonturbel" y don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo Barrio, a efectos de aceptar la herencia y adjudicarse sus participaciones. En dicha escritura estos últimos se adjudican las tres cuartas partes de la finca de las Tahonas y por terceras e iguales partes indivisas la totalidad de la casa de la calle de las Calzadas. Doña Inés, doña Patrocinio, doña María de los Angeles y don Marcos González se adjudican la cuarta parte restante de la finca de la calle de las Tahonas.

En dicha escritura y a continuación de lo dicho, los comparecientes realizan diversas "segregaciones" y en la proporción que les corresponde en la casa de la calle las Tahonas venden la planta sótano, que consta de dos locales unidos, a don Leandro Hernando Caro; el piso entresuelo, que consta de dos habitaciones, cocina y water, a don José del Río Vesga; el piso primero, de la misma composición que el entresuelo, a doña Dionisia de la Cruz Huidobro y el piso segundo, de la misma composición, a don Simón Pérez Alonso. En la cláusula H) se hace constar que "aunque por la superficie puede considerarse comprendidas en la venta de la planta baja el hueco que entra en la casa número 3 de las Tahonas, se hace constar de modo expreso".

Presentada la escritura a inscripción, se califica por el Registrador, el cual estima denegada la inscripción de la casa de las Tahonas por los defectos siguientes: 1.º) Los poderes de don Marcos no le autorizan para aceptar ni partir herencias. 2.º) La descripción de la finca en la escritura no coincide con la registral, ya que en ella se dice que además tiene entresuelo, el cual consta de dos habitaciones más que los pisos, lo que puede significar una obra nueva, que caso de estar realizada en vida de don Primitivo con su segunda esposa, exige liquidación de sociedad de gananciales. 3.º) No consta su medida superficial, hay contradicción descriptiva, en la descripción no se sigue el criterio de derecha, izquierda y fondo y la cuota debe ser una para cada local. 4.º) Conforme a la cláusula H), está comprendida dentro de la planta baja el hueco que entra en la casa número 3 de las Tahonas, lo que no consta en la descripción del edificio ni en el Registro. 5.º) En tanto no se inscriban los títulos de herencia y la constitución del régimen de propiedad por pisos, no pueden inscribirse las ventas de las diferentes dependencias de la misma. Los defectos 1 y 4 son insubsanables, los 3 y 5 sub-

sanables y el 2.º será de la primera categoría si la obra nueva se efectuó durante el matrimonio de don Primitivo.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo y en su defensa alegó, entre otras razones, el que el otorgamiento de poderes para vender lleva implícita la posibilidad de aceptación de herencia; que al describir la finca es lo mismo decir que la casa tiene dos pisos y desván, aparte de planta baja, que hablar de sótano, entresuelo y dos pisos; que diversas Resoluciones de la Dirección General autorizan la enajenación de bienes hereditarios por todos los interesados sin necesidad de previa liquidación de la sociedad de gananciales; que la falta de medida superficial no ha sido obstáculo para que se extiendan asientos posteriores a la norma que los autoriza, que la falta de descripción en forma reglamentaria la práctica se ha mostrado indulgente si está clara la identificación de la finca, que el señalamiento de cuota común al sótano, compuesto de dos locales, es con el objeto de prever su posible división y asignarles a cada uno la mitad; que la cláusula H) de la escritura no tiene otro objeto que la constatación de un hecho y que la previa inscripción de la herencia y de la constitución de propiedad horizontal sólo dependen del Registrador.

Por su parte el Registrador en el informe preceptivo que emitió insiste en que el poder es insuficiente, que la descripción no es coincidente y se hace necesario averiguar si hubo obra nueva y si ésta se realizó durante el segundo matrimonio de don Primitivo. Igualmente insiste en la descripción inadecuada y no ajustada al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y al 51 del Reglamento Hipotecario, en la imposibilidad de señalar una cuota que ha de dividirse por mitad en un futuro, que la cláusula H) hace suponer la existencia no de un hecho, sino de una superficie o servidumbre sobre la finca vecina y que es preciso la previa inscripción de la herencia y de la constitución del régimen de propiedad horizontal para poder inscribir las ventas (artículos 20 y 8, 5 de la LH).

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador por razones análogas a las alegadas por el mismo y el Notario autorizante se alza de la decisión presidencial ante la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma los defectos 1, 2, 4 y 5 de la nota del Registrador, si bien el primero debe calificarse de subsanable. Respecto del defecto tercero, lo confirma en sus partes primera y tercera, revocándolo en la segunda y cuarta. Sus razones son las que exponemos a continuación.

Doctrina.—“Considerando que por diversas escrituras de apoderamiento, doña Inés, doña María del Patrocinio y doña María de los Angeles Ausín confirieron a su hermano, don Marcos, la facultad de vender las participaciones indivisas (o divididas sólo en el de la tercera otorgante) que correspondan a las poderdantes en la herencia de su tía carnal, doña Antonia González, por lo que la primera cuestión que ha de resolverse es la de si tales poderes son o no suficientes, dado que en la escritura calificada se contienen las operaciones de aceptación de herencia, adjudicación, constitución de edificio en régimen de propiedad horizontal—por cierto con desconocimiento de la existen-

cia de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960—y venta de los diversos pisos y locales que lo forman a los compradores;

Considerando que los mencionados poderes autorizan para entender comprendida la facultad de aceptar la herencia, dado el contenido del artículo 1.000, 1.º, del Código civil, por ser antecedente necesario para que la venta se realice, pero no resulta que el resto de las operaciones llevadas a cabo—con todas las consecuencias que el régimen de propiedad comporta—se hallen incluidas dentro de los términos del poder otorgado, y habida cuenta del artículo 1.713 del Código civil, que exige mandato expreso para la ejecución de actos de riguroso dominio, es forzoso declarar la insuficiencia de dichos poderes, si bien podrán salvarse los actos hechos por el apoderado mediante la oportuna rectificación por los interesados;

Considerando en cuanto al defecto segundo, que aun cuando en la escritura de 25 de septiembre de 1917 resulta aclarada la posibilidad a que se refiere el funcionario calificador, dado que en dicha fecha ya aparece el inmueble con la descripción actual, y no puede, por tanto plantearse problema alguno de liquidación de la sociedad de gananciales de don Primitivo con su segunda esposa doña Matilde Gómez, es de advertir que al no haberse presentado esta escritura para su calificación por el Registrador, en tiempo y forma, sino en alzada ante el Presidente de la Audiencia, de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario no podrá ser examinada en este recurso;

Considerando respecto del tercer defecto, que reúne en realidad varios englobados, hay unos que más bien constituyen simples faltas reglamentarias, como el no expresar en la descripción total del inmueble, de conformidad con el artículo 51, 4, del Reglamento Hipotecario y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, la medida superficial con arreglo al sistema métrico decimal o también cuando no se describen dos de los pisos o locales en la forma exigida por la regla 3.ª del mismo artículo 51 del Reglamento, mientras que se ha realizado correctamente para el resto de los pisos del mismo inmueble;

Considerando, en cambio, y dentro del mismo defecto 3.º, no parece que haya contradicción entre la forma de describir el edificio en conjunto y las dependencias que lo integran, pues aunque pudiera haberse reflejado con mayor claridad en el primero su descripción, por la simple lectura de la misma se comprueba la existencia de las plantas que después se relacionan, y por último, el porcentaje asignado al local número 1, de un 25 por 100, es lo único que debe tenerse en cuenta, al realizar la calificación, pues no aparece prevista en la escritura ningún pacto o cláusula que establezca una derogación de lo ordenado en el artículo 8 de la Ley en caso de división material del local, que pudiera servir de base para el planteamiento del problema;

Considerando en cuanto al defecto señalado en cuarto lugar, relativo a la cláusula H de la escritura, que contiene como una especie de ampliación de las circunstancias físicas del inmueble que no se han hecho constar en la descripción general del mismo, y que supondría, además—si se quiere fijar su alcance y contenido—, una limitación del dominio del predio contiguo, lo que exigiría el consentimiento de su titular para que pueda hacerse constar

en la inscripción correspondiente y pueda surtir efectos contra terceros, tal como señala el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, por lo que al no darse estas circunstancias, el mismo fedatario minimiza los efectos de la cláusula, a la que ni siquiera considera que producirá efectos obligacionales y el propio Registrador entiende que de acuerdo con el artículo 434, 2.º, del Reglamento Hipotecario puede no inscribirse, sin que impida la inscripción el resto de la escritura, salvo que existan otros defectos.

Considerando que el último defecto viene a ser una reiteración de los anteriores, ya que es natural, dada la exigencia del principio de tracto sucesivo, recogido fundamentalmente en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que mientras no se hayan inscrito los títulos de herencia y constitución del régimen de propiedad horizontal no procederá la inscripción de las ventas de los diferentes locales y pisos que forman parte del edificio”.

Consideraciones críticas.—De las diferentes maneras de entender y hacer realidad el principio de legalidad y la función calificadora hay una que podríamos denominar como “cautelosa”, en la que el funcionario que la ejerce cree encontrar en cada línea y palabra de la escritura que contempla un defecto que impide a todo trance su inscripción. Y así, a la hora de redactar su nota, acumula defectos que son como “añadidos” de algunos que podríamos considerar como fundamental. Los tremendos problemas que la existencia “intuida” de una reserva dió lugar, hizo que en el artículo 265 del Reglamento Hipotecario se limitase para lo futuro la oficiosidad del funcionario que consignaba por los datos del supuesto de hecho la calidad de reservable de los bienes; ahora se dice: “a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos e indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones”; ahora es preciso que los reservistas hagan constar expresamente ese carácter para que se haga eco de ello la inscripción.

Un viejo y prestigioso Registrador, al enseñarme a dar mis primeros pasos registrales, me decía que cualquier escritura por perfecta que aparentemente parezca siempre ofrece posibilidades para señalar en ella un defecto, pero que él en su larga experiencia no había encontrado lo que la Ley llama defectos “insubsanables”. Lo fácil es decir no y lo difícil es estudiarse el problema a fondo y lograr descubrir una posible solución. Digo todo esto porque en el caso que contempla esta resolución pudieron evitarse discusiones de “tono menor” y centrar el problema en el verdadero y esencial defecto que la escritura contenía: “*la deficiencia de poder*”. Puede que ello contraste con el contenido de la Resolución en la que, como hemos visto, se da la razón en casi todos los puntos al funcionario calificador, pero de su lectura y estudio parece destacar la idea que apunto, ya que la Dirección habla de “simples faltas reglamentarias”. Conforme a ello vamos a distinguir dos partes: la que se refiere al defecto de insuficiencia de poder y los restantes defectos.

a) *Insuficiencia del poder.*—La teoría general de la representación que, como dice DE CASTRO (“Temas de Derecho Civil”, 1972), tiene un cierto carácter de colaboración y significa legitimar un hacer el representante, respecto

de la esfera jurídica del representando, como si fuera este mismo quien hubiese actuado, exige una serie de requisitos que tradicionalmente señala la doctrina y de los cuales es preciso destacar el de la suficiencia del poder. El poder resulta insuficiente cuando el negocio que se pretende realizar no está comprendido en el texto del mismo. Esta "literalidad" del poder obliga a una interpretación restrictiva y a una precisión entre lo que se llama negocios de administración y de disposición, pues para los primeros basta con un poder general, mientras que para los segundos se exige la rigurosidad antes señalada. Así se deduce del artículo 1.713 del C. c. y de las constantes decisiones que sobre este punto ha resuelto la Dirección General de los Registros y del Notariado (R. 20 de noviembre de 1900, 30 de octubre de 1912, 2 de enero y 6 de marzo de 1943, 20 de septiembre de 1967, etc.). No obstante, existen dos que dan posibilidad de una interpretación menos rigurosa: nos referimos a la de 3 de noviembre de 1908 y la más reciente de 23 de abril de 1969 que luego comentaremos.

En la escritura que se ofrece a la calificación se realizan, como dice la Dirección, cuatro negocios jurídicos: la aceptación de la herencia, la adjudicación, la constitución del régimen de propiedad horizontal y la venta de los diversos pisos y locales correspondientes. Bien es verdad que esa constitución en régimen de propiedad horizontal sólo puede considerarse "intuida", ya que se hace con el total desconocimiento de la vigente Ley de 21 de julio de 1960. El poder que don Marcos presenta al Notario le autoriza "para enajenar la participación que les corresponde en la herencia". El Registrador considera que el poder no autoriza a don Marcos para aceptar ni partir herencias en nombre de sus poderdantes, lo cual supone un defecto "insubsanable". En el informe del Notario se dice que autorizado don Marcos para vender la parte que les correspondiese en la herencia, queda implícitamente comprendida la posibilidad de aceptar la herencia.

Lo curioso del caso es que se da la razón al Registrador utilizando la doctrina sostenida por el Notario. La Dirección General en la Resolución de 3 de noviembre de 1908 había aclarado que el poder para vender lleva implícito el de la aceptación de la herencia a base del juego del artículo 1.000, 1.º del C. c., que estima "aceptada la herencia cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos". Aquí se vuelve a repetir la misma doctrina y con base en el mismo artículo que regula uno de los supuestos de aceptación tácita. Pero una cosa es aceptar o entender aceptada una herencia y otra la de adjudicación mediante las previas operaciones a que da lugar la partición. El Código civil se está refiriendo a la venta del "*derecho hereditario*" y no a la venta de cuotas proindiviso referidas a bienes concretos de la herencia. Es decir, el caso que se contempla en el artículo 1.000, 1.º del C. c., es el mismo al que alude el artículo 1.067 del mismo cuerpo legal.

Aquí, aparte de aceptar la herencia, se adjudica, según dice el supuesto de hecho, unas tres cuartas partes ciertos herederos y otra cuarta parte el resto de los mismos. Es decir, hemos concretado a través de la partición y adjudicación, el derecho hereditario referido ahora a bienes concretos y no a la totalidad del caudal hereditario, aparte de que habría necesidad de

realizar la correspondiente liquidación de la sociedad conyugal, operación para la que no estaba autorizado don Marcos en la representación que ostenta. Por eso, y por que tampoco el poder comprendía la posible constitución de una de las fincas en propiedad horizontal, es por lo que la Dirección da la razón al Registrador y estima existe insuficiencia de poder, pero con carácter subsanable teniendo en cuenta la doctrina del artículo 1.259 del C. c. Quizá la Dirección es extremosa en esta última apreciación referida a la parcelación horizontal, pues siguiendo su doctrina del año 1908 si la venta lleva implícita la aceptación de la herencia, la venta debería llevar consigo también la de poder parcelar para luego poder vender. Pero toda generalización es peligrosa y así debemos recordar la Resolución de 23 de abril de 1969 en la que se estimó que el poder o autorización para hipotecar llevaba implícita la posibilidad de vender la finca hipotecada en pública subasta.

b) *Restantes defectos.*—Restan por examinar cuatro defectos a los que la Dirección General no presta ya mucha atención, porque el último es consecuencia del primero y los otros tres se resuelven no entrando en el segundo y calificando algunos de los defectos contenidos en el tercero como “faltas reglamentarias” y considerando el cuarto superado por la solución que el Registrador le había ya dado. Veamos.

El defecto segundo se refería a la “sospecha” que al funcionario calificador le producía ciertas variantes en la descripción del inmueble y que le hacían adivinar una supuesta “obra nueva” posiblemente hecha durante la vigencia del segundo matrimonio de don Primitivo. El asunto no se resuelve en el recurso, pues presentada por el Notario ante el Presidente de la Audiencia una escritura de 25 de septiembre de 1917, en las que constaba la variante descriptiva del inmueble, el Registrador eliminó su examen de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario. Ello nos priva de ver la reacción de la Dirección ante una variación descriptiva que puede hacer descubrir al funcionario la existencia de una obra nueva.

En el defecto tercero la Dirección General rechaza alguno de los que se engloban en el mismo bajo el criterio de calificarlos como “faltas reglamentarias” y admite otros como verdaderos defectos. Es de destacar cómo la Dirección General aflora a la temática actual el concepto —ya viejo— de defectos que no tienen la consideración de faltas (al que hacía referencia un tradicional programa de oposiciones) o de “faltas reglamentarias” entre las que la doctrina incluía la infracción notarial de la competencia en términos municipales de otro Notario de su Distrito, la omisión del nombre y apellidos del cónyuge y la infracción de prohibiciones reglamentarias impuestas al Notario por razones de imparcialidad. En la actualidad, teniendo en cuenta la reforma reglamentaria de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, el segundo de los supuestos debe hoy ser excluido de dicho concepto y hacerlo entrar en el de falta subsanable. Sin embargo, a esos supuestos hay que añadir ahora la falta de expresión del sistema métrico decimal y la falta de descripción de los pisos o locales en la forma exigida por la regla tercera del artículo 51 del R. H. y 5 de la Ley de Propiedad

Horizontal. Se rechazan como defectos y faltas las otras dos observaciones hechas por el Registrador, es decir: el que existía a su juicio contradicción entre la descripción del edificio y las dependencias y el de la asignación de una cuota global distribuible por mitad entre dos locales de negocios.

Respecto del cuarto defecto provocado por la reacción de la cláusula H) en la que el funcionario creía adivinar la existencia de una servidumbre o de derecho de superficie, resulta que al serle aplicable lo dispuesto en el artículo 434, 2.º del Reglamento Hipotecario —consentimiento del presentante para que no sea inscrito el pacto— todo queda resuelto. No obstante, hay que concretar que en el presente caso la verticalidad del “vuelo” no siempre es predicable para delimitar el dominio y así conviene recordar da Sentencia del T. S. de 26 de junio de 1952, en la que se dice que la línea divisoria de dos casas contiguas no ha de ser necesariamente *perpendicular al solar* y coincidir con la que le separa por el piso principal. La penetración de determinadas porciones de piso de una casa en la contigua, ya existente en vida de la propietaria de ambas, no implicó la existencia de signo aparente de servidumbre del artículo 541 del C. c. Los hechos, de otra parte, fueron objeto de un famoso supuesto de hecho en un dictamen de oposiciones a Notarías.

Negada la suficiencia del poder para la realización de los actos de adjudicación hereditaria y constitución de propiedad horizontal, es lógico que la Dirección General diga que el último defecto es consecuencia de los anteriores y que conforme al artículo 20 sea precisa su previa o simultánea inscripción a la de la venta. De lo cual se deduce lo que apuntábamos al comienzo: que con un solo defecto estaba perfectamente calificada la escritura que tantos resortes intuitivos ofreció al funcionario de turno.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SEGREGACIÓN Y VENTA DE LOCAL. ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE VENTA DE LA VIVIENDA-PORTERÍA DE UNA CASA EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL POR EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD AUTORIZADO EN JUNTA GENERAL EN LA QUE SE ACORDÓ PREVIAMENTE LA DESVINCULACIÓN Y VENTA DEL CITADO LOCAL. (Resolución de 5 de mayo de 1970, *Boletín Oficial* de 4 de junio de 1970).

Hechos.—La casa número 32 de la calle Oviedo, de Madrid, se vendió por pisos y, al entrar en vigor la Ley de Propiedad Horizontal, se adaptaron sus Estatutos a la misma con fecha 9 de octubre de 1965, en la que se procedió, en virtud de un acuerdo de Junta General de propietarios del día 16 de junio, a desvincular como elemento común del inmueble la vivienda que estaba destinada a portería y que era el bajo número 3, al cual se le atribuía un porcentaje del 6,6 por 100 en los elementos comunes, a la vez que se redistribuían las cuotas correspondientes a los otros pisos. Dicho documento fue inscrito en el Registro de la Propiedad. La Junta de Propietarios en sesión de 6 de febrero de 1966 acordó vender el piso que fue de la portería, autorizando al presidente para que en nombre de la comunidad, firme cuantos documentos públicos o privados sean necesarios hasta la total inscripción de

la venta en el Registro. Como a dicha Junta dejaron de asistir tres propietarios hubo que notificarles la decisión, firmado dos de ellos su conformidad en el libro de actas, haciéndolo por los herederos del tercero que había fallecido una de sus hijas, notificándose el acuerdo a otros posibles herederos mediante el envío por correo certificado del acta notarial del acuerdo. Con fecha que no consta en lo hechos y ante el Notario de Madrid, don Santiago Pelayo Hore, se otorga la escritura de venta de dicho piso compareciendo el presidente de la Junta de Propietarios y el comprador, don Moisés Bausela Martín, fijándose el precio en la cantidad de ciento veinte mil pesetas.

Presentada dicha escritura ante el Registrador número 6 de los de Madrid, fue rechazada en virtud de dos defectos: 1) No corresponder a la Junta de copropietarios la facultad de enajenación del referido piso que se atribuye al presidente en representación de aquellos asistentes al acuerdo y de la ratificación que se dice de los no asistentes, facultad no comprendida dentro de los distintos apartados del artículo 13 de la Ley de 21 de junio de 1960. 2) No constar la ratificación en escritura pública por los demás copropietarios de la enajenación realizada en su nombre por el presidente, calificándose este último defecto de subsanable.

El Notario autorizante de la escritura interpone recurso gubernativo y en sus alegaciones maneja hábilmente las ideas de comunidad y personalidad jurídica, para luego hacer una especie de canto al carácter pragmático de la Ley de Propiedad Horizontal que ha procurado (sin conseguirlo, añadimos nosotros) resolver los numerosos problemas que la propiedad de pisos plantea. Juega un poco con lo que quiso o debió decir el Registrador en su nota no sabiendo a ciencia cierta si se dice que la Junta no tiene facultad para enajenar los elementos comunes o que objetivamente la cosa vendida no era elemento común. Para él es claro que el artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal faculta a la Junta en su número 5 para "conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad...", atribuyendo el artículo 12 la representación en juicio y fuera de él al Presidente. Sostiene también que el acuerdo de la Junta al desvincular el piso del portero al servicio destinado no varió el carácter de elemento común de la vivienda y autorizó a su presidente a venderlo en nombre de la comunidad.

El Registrador por su parte en el informe emitido en defensa de su nota estima que existe un exceso de atribuciones del Presidente y que su representación se basa en contra de la legislación civil en una autorización de parte de los copropietarios y la posterior conformidad de los no comparecientes; igualmente se alega que el artículo 20 de la L. H. es un obstáculo a la inscripción, pues en el Registro no consta la inscripción especial de dicho piso ni la de la persona que otorga o en cuyo nombre son otorgados los actos referidos; no se admite la representación del Presidente de la Junta en aquellos asuntos que trasciendan a las esferas de la legislación civil e hipotecaria. Alega otra serie de razones en orden a la necesidad del consentimiento de los partícipes en la comunidad y considera que el segundo defecto se redactó con la finalidad de poder subsanar el primero, caso de solicitarse anotación.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador en base

de razones muy similares a las expuestas por el mismo. El Notario se alza de la decisión presidencial insistiendo en sus argumentaciones y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador en ocho considerandos que transcribimos.

Doctrina.—“Considerando que después del acuerdo unánime en Junta de propietarios de desvincular la vivienda-portería como elemento común y de uso funcional compartido a la que se señala, como piso independiente, un determinado porcentaje a la vez que se redistribuyen las cuotas de los restantes, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si basta nuevo acuerdo de la Junta de propietarios, logrado por unanimidad en la forma establecida en el artículo 16 de la Ley, para concretar su venta y autorizar al Presidente para que en nombre de la comunidad formalice escritura e inscripción, o si, por el contrario, se necesita que todos los copropietarios, en forma individual, presten consentimiento en escritura pública;

Considerando que la constitución de un edificio—destinado a viviendas o locales de negocios—en régimen de propiedad horizontal sustrae aquél a la comunidad ordinaria de bienes ordenada en el título III del Libro II del Código civil, y crea una figura jurídica original que trata de delimitar el artículo 3 de la Ley de 21 de julio de 1960, señalando un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y una copropiedad compartida con los demás propietarios, en todos los restantes elementos, pertenencias y servicios, sin duda alguna comunes y, en principio, utilizados por todos;

Considerando que ese derecho de propiedad singular—creación intelectual inspiradora de la Ley—se cifra y materializa en la cuota de participación con relación al total valor del inmueble y referido a centésimas del mismo, con la posibilidad de disponer de tal derecho *inter vivos* y *mortis causa* y de percibir en su día, si se extingue el régimen de propiedad horizontal, en los casos señalados en la Ley, una cuota de liquidación en consonancia con la participación fijada;

Considerando que tal cuota de participación no queda, en principio afectada por la desvinculación como elemento común compartido de un piso originariamente destinado a portería, el cual puede continuar siendo explotado como elemento común del inmueble que ya no es usado por todos funcionalmente, sino que su uso y aprovechamiento se cede en forma onerosa, como ocurre con frecuencia con ciertos locales de negocio, cuya renta se aplica a pagos de gastos comunes y que, incluso, como sucede en el caso cuestionado, puede venderse a un extraño, en cuyo supuesto es ya obligatorio el reajuste de coeficientes de todos los copropietarios, cuyo número aumenta en una unidad;

Considerando que si el piso destinado originariamente a portería y posteriormente desafectado de su carácter de elemento común de uso funcional compartido, se hubiera inscrito en el Registro como tal local privativo, a nombre de todos los copropietarios y en proporción a sus respectivas cuotas, la enajenación debería hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento, prestado en escritura pública, de todos los copropietarios, cuya voluntad no

podría ser sustituida por un acuerdo de la Junta, toda vez que no son equivalentes la suma de los consentimientos de los copropietarios, individualmente prestados, y el acuerdo de la Junta, aunque se adopte por unanimidad, ya que la competencia de ésta es siempre limitada y su forma de actuación especial;

Considerando que al no aparecer inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de todos los copropietarios, y como local privativo el piso destinado originariamente a portería, a pesar de su previa desafectación como elemento común, la verdadera naturaleza del acto calificado es la de enajenación de un elemento común que se desafecta previamente con tal finalidad, sin pasar en ningún momento intermedio, a la categoría de local privativo, razón por la cual ha de aplicarse en este caso las normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad en régimen de propiedad horizontal y, especialmente el artículo 12, en cuanto determina que el Presidente “representará en juicio y fuera de él, a la comunidad en los asuntos que la afecten”; así como el artículo 13, en cuanto establece que corresponde a aquélla “conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común”; y el artículo 16, en cuanto exige, para los acuerdos de la Junta, “la unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los “estatutos”, con lo que hay que concluir que corresponde a la competencia de la Junta, si bien sometida al régimen de unanimidad, el acuerdo, modificativo del título constitutivo, de desafectar el piso destinado a portería y enajenarlo en interés colectivo;

Considerando que en el presente supuesto es de observar que la unanimidad necesaria para la validez del acuerdo se halla reflejada en la correspondiente acta de la Junta, ya que se notificó su contenido a los propietarios que no asistieron, dos de los cuales manifestaron, con posterioridad, su conformidad en diligencias en la misma acta, y en cuanto al otro no asistente, dejó transcurrir, sin oposición, el plazo de un mes, que a partir de la notificación señala el artículo 16 de la Ley como necesario para que el acuerdo sea vinculante, por lo que hay que concluir que, cumplidos los requisitos legales establecidos, puede el Presidente, en nombre de la Junta de condueños, otorgar la correspondiente escritura de venta;

Considerando que se hace innecesario entrar en el estudio del segundo defecto, al no resultar necesaria la ratificación en escritura pública de los demás copropietarios si se considera válida y eficaz la enajenación hecha en su nombre por el Presidente de la Comunidad”.

Consideraciones críticas.—Cuando los argumentos que se emplean para justificar una decisión jurisprudencial no encajan plenamente en el ordenamiento vigente, se hace preciso pensar en razones de equidad o en técnicas de progresos jurídicos como ideales a conseguir. En el presente caso creo que esta Resolución no pasa de ser un “*ensayo de criterio progresivo*” de lo que puede ser en su día la regulación de la propiedad horizontal, otorgando a la Junta de Propietarios unas facultades de disposición o sobre un elemento común de la comunidad o sobre un piso de propiedad de todos y cada uno de los partícipes.

Tres artículos de la Ley de Propiedad Horizontal (el 12, 13 y 16) y el peligroso concepto de “*afectación y desafectación*” de raigambre puramente administrativa, sirven para inclinar la balanza del lado del Notario recurrente que en el planteamiento de su recurso viene a utilizar los mismos argumentos dichos como antes apuntamos. A ellos se añade otro argumento de tipo registral y es el de que si el piso en cuestión una vez desafectado del servicio de portería se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad como privativo de los partícipes, la cosa hubiese sucedido de otro modo y en vez de estar legitimada la Junta para enajenar hubiesen sido todos los partícipes los que hubieran tenido que prestar su consentimiento para ello.

Sobre la base de todo ello se hace preciso distinguir tres partes fundamentales de la argumentación:

A. *Desafectación de la vivienda del portero.*—En base de un acuerdo de la Junta de Propietarios del año 1965 se procede—dicen los hechos— a desvincular como elemento común del inmueble la vivienda que estaba destinada a portería, atribuyéndole un porcentaje del 6,6 por 100, redistribuyéndose las cuotas de los demás pisos. Parece ser que también se decía que dicha vivienda seguiría perteneciendo a la comunidad, si bien por no formar parte de los elementos comunes inseparables de la propiedad horizontal no se incluye en la relación de los mismos. Este documento tuvo la “afortunada” posibilidad de colarse de rondón en el Registro, sin que dicho piso formase finca independiente por no solicitarse, creando con ello una especie de inscripción a favor de titular indeterminado.

La Dirección General no configura el supuesto de esta forma y dice que la cuota de participación que corresponde a cada propietario con relación al total valor del inmueble no queda en principio afectada por la desvinculación como elemento común de uso compartido de un piso originariamente destinado a portería, el cual puede continuar siendo explotado como *elemento común* del inmueble, que ya no es usado por todos funcionalmente. Los hechos dicen una cosa: que el piso en cuestión dejó de formar parte de los elementos comunes y, sin embargo, la Dirección dice que siguió siendo explotado como elemento común. La Dirección General dice que no quedó afectada la cuota de participación y los hechos dicen que se redistribuyeron las cuotas al asignar al nuevo piso una cuota del 6,6 por 100. Hay, por tanto, una configuración distinta entre lo que se estructura para justificar un supuesto y lo que los hechos revelan.

Pero donde creo que está la parte más débil de la argumentación es cuando se dice que si el piso originariamente destinado a portería y posteriormente desafectado de su carácter de elemento común de uso funcional compartido, se hubiera inscrito en el Registro como local privativo a nombre de todos los copropietarios y en proporción a sus respectivas cuotas, la enajenación debería hacerse en forma ordinaria. Lo que ha determinado, en último extremo, el que se aplique uno u otro régimen es la inscripción en el Registro de la Propiedad. Se me ocurre considerar que esto no hubiera podido suceder nunca tal y como los hechos nos refieren lo sucedido, pues el Registrador procedió bien al no inscribir el piso a nombre de cada uno de los partícipes, ya que de haberlo hecho hubiera cometido una falsedad. Pudo y debió denegar

aquella inscripción mientras la titularidad del piso desafectado no se concretase, pero no lo hizo así, pero su falibilidad no puede servir ahora para un argumento tan trascendental como la enajenación de un piso por una Junta de Propietarios que al no tener personalidad jurídica no puede ostentar una titularidad registral. La fuerza del argumento se derrumba con la aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y su principio de tracto sucesivo.

De otra parte se me antoja un poco aventurado el argumento de la desafectación. Desafectar algo, en términos administrativos, es alterar la naturaleza de los bienes que de estar sometidos al uso general o al servicio público se transforman en patrimoniales. Ello no supone un cambio de titularidad, sino una alteración del uso o destino a que estaban entregados. Cambia su régimen jurídico, pero no su titularidad. Si esto es así, al desafectar la vivienda del portero a ese servicio y convertirse en un bien patrimonial de la comunidad, la titularidad del mismo no ha debido cambiar: seguirá perteneciendo en la parte proporcional a cada uno de los partícipes en la comunidad. La desafectación ha provocado, por así decirlo, el levantamiento de la prohibición que sobre este elemento común pesaba en virtud del artículo 396, 2, del C. c. y 1, 2, de la Ley de Propiedad Horizontal: las partes en copropiedad... sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable.

Aquí, según la Dirección General, se ha convertido el "uso funcional compartido" en un "uso y aprovechamiento que se cede en forma onerosa", con lo cual parece que no deja de ser común dicho piso, pero no pertenece ya a los copropietarios, sino a la comunidad en general, cuya Junta, por acuerdo unánime, decide y lleva a cabo su enajenación. No es lo mismo el ejemplo del arrendamiento que a título de argumento da la Dirección, que el supuesto de enajenación, pues el primero entra dentro de lo que la Exposición de la Ley llama "gestión y administración" y lo segundo creemos que excede a dichas facultades. Mientras los primeros actos pueden ser realizados o están legitimados para realizarlos los órganos de gestión y administración, los otros precisan la intervención específica de cada partícipe.

B. *Legislación aplicable.*—En base de la configuración operada en virtud de la desafectación de la vivienda del portero la consecuencia inmediata es la atracción hacia esa figura de la legislación de Propiedad Horizontal "en exclusiva", por ello el segundo considerando dice que la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal sustrae aquél a la comunidad ordinaria de bienes ordenada en el título III del Libro II del Código civil.

Esta afirmación debe ser entendida con restricciones, pues si bien el régimen de los edificios en propiedad horizontal se rige por la ley especial, también es cierto que hay que tener en cuenta que tiene una aplicación inexcusable el Código civil y su legislación complementaria, así como la legislación hipotecaria, sobre todo en los actos dispositivos. Realmente la Dirección recoge esta idea, dando relieve a la inscripción, pues en el caso de que la vivienda del portero al ser desafectada se hubiese inscrito en el Registro como local privativo, la enajenación hubiese tenido que realizarse

en forma ordinaria y mediante el consentimiento prestado en escritura pública de todos los titulares.

Lo que sucede es que para aplicar "en exclusiva" las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal y hacer sustituir el consentimiento de cada uno de los partícipes por el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, fuerza el argumento y considera que la vivienda destinada a portería en virtud de la desafectación no se transforma en privativa, sino que sigue siendo un elemento común que se desafecta previamente con este fin, sin pasar en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo. Como antes apuntamos, ni la existencia de personalidad jurídica en la comunidad de propietarios ni la esencia jurídica que lleva consigo la desafectación admiten esta construcción y, por ello, es preciso acudir como legislación necesaria aplicable a la común.

C. Legitimación para la enajenación. La argumentación que se utiliza para justificar la enajenación realizada por el Presidente de la Comunidad en base de un acuerdo tomado por unanimidad se concreta a los artículos 12, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. Todos ellos conjugados hacen concluir a la Dirección General con la afirmación de que es de competencia de la Junta, si bien sometida al régimen de unanimidad, el acuerdo, modificativo del título constitutivo, de desafectar el piso destinado a portería y enajenarlo en interés colectivo.

Una cosa, hemos dicho, que es desafectar y otra enajenar. Repasando la literalidad y el espíritu que informó la Ley de Propiedad Horizontal en los artículos que se citan, no cabe ver en ellos esas facultades de disposición que se pretende conceder. Veamos.

El artículo 12 determina que el Presidente de la Comunidad "representará en juicio y fuera de él, a la comunidad en los asuntos que la afecten". Manifestación del primer supuesto es el caso de la S. del T. S. de 14 junio 1968, en la que se apunta ya un claro avance en el orden de interpretación progresiva de la Ley de Propiedad Horizontal. Manifestaciones de la segunda, o sea, la representación fuera de juicio, son todos aquellos actos "que la afecten" y que vienen enumerados en el artículo 13, siendo todos ellos de gestión y administración, salvo el último, al que se le ha querido dar un sentido distinto. En el número 5 de dicho artículo se confiere a la Junta—representada, como sabemos, por su Presidente—"conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad". Cuando la norma jurídica hace una enumeración y termina con un criterio de amplitud genérica para tratar de comprender aquellos supuestos no previstos en el momento de redactarla, lo hace siempre bajo fórmulas parecidas a éstas "u otros cualesquiera reales" (artículo 2 de la Ley Hipotecaria), "y otros de naturaleza análoga" (artículo 1.800 C. c.), "y demás derechos reales sobre bienes inmuebles" (artículo 334, 10, C. c.), "u otros objetos preciosos cuya legítima pertenencia no conste" (artículo 352 C. c.), "y en general de todos los beneficios inherentes a la misma" (artículo 479 C. c.), etc. Las fronteras de la lista exhaustiva se prolongan bajo esas fórmulas que permiten convertirla en enunciativa o abierta, pero siempre bajo la idea de que se trata de actos semejantes, análogos o de la misma naturaleza. Pretender

contradecir esta norma interpretativa es abrir un cauce de muchas dimensiones en el que pueden caber cualquier facultad omnimoda que en momento determinado se quiera atribuir a la Junta.

Del examen de los actos enunciativos a que se refiere el artículo 13 nada parece indicar que se trate de supuestos que excedan a los de gestión y administración, que son a los que parece referirse el espíritu de la Exposición de Motivos de la Ley. Nada hubiese impedido al legislador incluir actos dispositivos en esa lista enunciativa; y al hablar de "asuntos de interés general" no puede entenderse que se refiere a otros que no sean "análogos", similares o de naturaleza paralela a los anteriormente enunciados.

El artículo 16 de la Ley al hablar del criterio de "unanidad" lo refiere a los actos que enumera el artículo 13 y en ellos hemos intentado apuntar que no están comprendidos los de enajenación. Por ello, ese sistema de notificaciones y de transcurso de plazo sirve, en el fondo, para esos actos de gestión y administración, pero es peligrosísimo aplicarlo a los de disposición. No debemos olvidar que cuando los herederos mayores de edad no se entienden sobre el modo de hacer la partición deben acudir a la autoridad judicial, pues no se admite en nuestro derecho ni el criterio de mayorías ni el sistema de hacer la partición, notificar fehacientemente la misma al heredero disidente o no asistente y una vez transcurrido el plazo aplicarle la teoría del silencio en su versión civilista: consiente el que pudiendo y debiendo contestar guarda silencio.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Saneamiento por vicios ocultos en la cosa objeto de la compraventa: valor del plazo de seis meses concedido en el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1971).

El 27 de noviembre de 1964 don Antonio González Cerrato compra una máquina para la fabricación de grapas a la entidad «Industrialización, S. A.» por el precio de 329.595 pesetas. La entrega se efectúa en mayo de 1965. Se intenta poner la máquina en funcionamiento, sin conseguirlo, apreciándose la falta de algunas piezas. Se pide un técnico a la entidad vendedora y ésta proporciona un especialista de la casa fabricante alemana en enero de 1966. No consigue poner en marcha la máquina, llevándose algunas piezas para su repaso en Alemania. También señala la necesidad de utilizar alambre alemán para que la máquina funcione. Satisfechos estos requisitos, la máquina sigue sin funcionar en junio de 1966. Don Antonio opta entonces por la sustitución de la máquina por otra de distinto modelo, pero se ve obligado a aceptar el retorno de la misma una vez revisada por la fábrica constructora en Alemania. Recibida en agosto de 1967, se aprecia la falta de piezas. Pero, recibidas éstas en noviembre, tampoco se consigue entonces poner en marcha la máquina. En vista de lo cual don Antonio reclama notarialmente a la entidad vendedora. Posteriormente presenta demanda pidiendo la resolución del contrato. El Juez de primera instancia la rechaza, pero la Audiencia concede la resolución de la compraventa. El Tribunal Supremo casa esta sentencia y confirma la dictada en primera instancia:

«Considerando que el artículo 1.461 del Código civil dispone que «el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa vendida», debe, por tanto: A) Entregar la cosa que se ha enajenado; todas las reglas sobre la «integridad», la «identidad» y la «indivisibilidad», establecidas por la Ley, son aplicables a dicha entrega y las acciones oportunas se regirán, dado su carácter personal, por el artículo 1964 del Código civil. B) Una vez realizada la entrega, surge la obligación del «saneamiento», en virtud de la cual responderá el vendedor: Primero. De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida; en este régimen se observarán los principios generales sobre prescripción, salvo en el caso de tratarse en una finca gravada, en que regirán los plazos que se establecen en el artículo 1.483 del Código civil, hipótesis que en verdad es más propia del saneamiento por gravámenes ocultos de la cosa vendida que un caso de evicción. Segundo. Del saneamiento, por los defectos o gravámenes ocultos que tuviese la cosa vendida, cuyo primer artículo, o sea, el 1.484 empieza por decir que «el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella». C) En esta materia, hay disposiciones en orden

al tiempo, que son el artículo 1.490, que ordena que «las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes, se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida» y el 1.496 que fija un término de cuarenta días para la acción redhibitoria, por vicios o defectos ocultos de los animales. D) En materia de vicios redhibitorios, de los que no fueren animales, o sea, dentro del artículo 1.490, surgen dos cuestiones: Primera. A qué disposiciones se refiere, pues el cómputo del artículo establece que su esfera de acción queda circunscrita «a los cinco artículos precedentes» y dentro de esa parte de la Sección hay seis, o sea, que quedaría fuera el artículo original número 1.484; esta limitación es meramente nominal, pues entre los cinco artículos precedentes, que el 1.490 cita, está el 1.486, que expresa el ámbito del derecho tuitivo a que el comprador podrá optar, o sea, entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional, a juicio de peritos, lo que se observará «en los casos de los dos artículos anteriores», o sea, que el plazo de seis meses que establece el artículo 1.490, se extiende por el artículo 1.486, al artículo 1.484, o sea, a todos los que le preceden en la subsección segunda de la Sección tercera, referente al saneamiento por defectos o gravámenes ocultos, de la cosa vendida. Segunda. De mayor importancia es la cuestión referida a si los plazos establecidos en materia de saneamiento lo son propiamente de «caducidad» y no de mera «prescripción», por la diferencia establecida entre las posibles circunstancias interruptoras del plazo; los términos en que se expresa el artículo 1.490 «se extinguirán a los seis meses», lógicamente lleva a la teoría de la caducidad, pues es la única manera de que se extingan esas acciones a los seis meses; ya la sentencia de 5 de julio de 1957 y refiriéndose a los vicios redhibitorios de los animales, dijo que concediendo el artículo 1.496, en relación con el 1.489, ambos del Código civil, una acción de saneamiento, que, deberá interponer a contar desde que la fueron entregados al comprador, dentro del término de cuarenta días, este plazo por estar vinculado a un derecho potestativo ha de ser calificado de «caducidad» ya que su transcurso impide el ejercicio por el titular de la acción que le asiste, sin necesidad de que se alegue, pero teniendo en cuenta la falta de precisión que entre los términos «caducidad» y «prescripción» existía al tiempo de promulgarse el Código civil, no cabe hacer precisión exacta en la materia y si prácticamente es lo mismo, en un caso concreto, calificarlo de «prescripción» o de «caducidad», debe ser indiferente a la cuestión propuesta emplear uno u otro término, de los dos que se ofrecen como posibles. E) En resumen: una vez entregada la cosa vendida, surge la obligación de sanear por los vicios ocultos, pero el comprador, teniendo en cuenta que la responsabilidad del vendedor está especialmente condicionada en el tiempo, debe tener presentes los plazos legales establecidos y actuar dentro de ellos, para hacer efectiva su acción.

Considerando que, entrando ya en el examen de los motivos que integran el recurso interpuesto y comenzando por los dos primeros, es de señalar: A) Que, en ellos, se alega error de hecho y error de derecho con violación del artículo 1.218 del Código civil, en la aceptación del vicio oculto atribuido a la máquina, ya que es indudable que la misma fue entregada y no pudiéndose fijar la fecha exacta de tal entrega, si consta en autos que tras varias cartas de reclamación, cruzadas con tal motivo, hay una que indudablemente llegó al vendedor, o sea, la carta que por correo certificado, con acuse de recibo, le fue remitida por el Notario de

Don Benito, con fecha 30 de noviembre de 1967, en cuya carta se dice «si transcurridos diez días no recibo sus noticias, pondré este asunto a instancia de mi Abogado» y otra acta autorizada por el mismo Notario, para hacer constar que, con auxilio de peritos, se comprueban las irregularidades de la máquina, con fecha 21 de diciembre de 1967.—B) Ninguna relación directa ni indirecta, entre las partes, hay hasta la presentación de la papeleta de conciliación, cuyo acto se celebra el 12 de julio de 1968, una vez transcurridos los seis meses desde la última diligencia de comunicación, entre las partes interesadas en el contrato.—C) Pese a lo prevenido en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la demanda origen del juicio no se presentó hasta el 20 de septiembre de 1968, fuera del plazo de los dos meses que aquel artículo fija, o sea, que aunque la demanda siguiera a un acto de conciliación celebrado en tiempo oportuno, tampoco se presentó dentro del término legal.—D) La sentencia recurrida dice que «en todo caso, aún reduciendo la cuestión a los limitados efectos que produce la existencia de vicios ocultos, las consecuencias jurídicas y económicas serían las mismas, puesto que la ininterrumpida reclamación del comprador, desde el tiempo mismo en que recibió la máquina, impide la prescripción de la acción rescisoria por dicha causa y la indemnización abarcaría los mismos conceptos que, por las peculiaridades de este pleito se conceden en esta sentencia», sin tener en cuenta todo lo anteriormente dicho en apoyo de la prescripción que, en este caso concreto, es igual que la caducidad de la acción, por no existir efectos interruptivos del plazo fijado, hábiles para mantener la acción.—E) Que, por todo lo expuesto, procede la estimación de estos dos motivos que se examinan».

La *ratio decidendi* de la sentencia radica, pues, en la extinción de la acción redhibitoria (única que podía ejercer el comprador por tratarse de vicios ocultos en la cosa comprada, y no la resolutoria del artículo 1.124 del Código civil, que había sido aplicada en la sentencia de la Audiencia), al haber transcurrido más de seis meses entre la reclamación del 21 de diciembre de 1967 y el acto de conciliación (celebrado el 12 de julio de 1968). A lo que se une un transcurso de tiempo superior a los dos meses entre este último y la presentación de la demanda (20 de septiembre de 1968), que priva a aquél del efecto de interrumpir la prescripción, de acuerdo con el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hay que señalar que, aunque el segundo considerando (donde se contiene el argumento decisivo expuesto) opera como si el artículo 1.490 del Código civil estableciese un plazo de prescripción (así, el acta notarial de 21 de diciembre interrumpe, según parece, el plazo que ha comenzado a correr desde la recepción definitiva de la máquina en agosto de 1967), ello se debe a que, incluso aceptando esta interpretación más favorable para el comprador, se llega a la misma solución: la extinción de la acción por transcurso del tiempo establecido para su ejercicio. En el fondo, y como previamente se dice en el primer considerando, el Tribunal Supremo considera que el plazo de seis meses es de caducidad. Ahora bien, como el mismo considerando precisa al final, la discusión en torno a este problema carece de interés en el caso debatido, al darse no sólo los requisitos de la caducidad, sino también los de la prescripción.

El resultado al que llega esta sentencia del Tribunal Supremo no es satisfactorio. En efecto, la consideración de la prescripción o de la caducidad de las acciones responde a la seguridad del tráfico y, concretamente en este caso, a la

necesidad de proteger la confianza del vendedor, que ha entregado la cosa, sobre una terminación definitiva de la operación pactada. Puesto que el comprador ha aceptado la entrega y guarda silencio, lógico es que, transcurrido cierto tiempo, el vendedor pueda estar protegido frente a cualquier reclamación. Ahora bien, basta seguir el hilo de los acontecimientos desde el perfeccionamiento de la compraventa el 27 de noviembre de 1964 hasta la presentación de la demanda el 20 de septiembre de 1968 para poder afirmar que, de acuerdo con la buena fe, el vendedor no pudo considerar satisfecho en ningún momento al comprador. Y que, consecuentemente, no podía confiar en una conclusión definitiva del negocio realizado.

Pero estas consideraciones generales chocan con la interpretación que nuestra jurisprudencia viene dando tradicionalmente a las acciones de saneamiento reguladas en los artículos 1.484 y siguientes del Código civil. En efecto, aún adoptando en este caso la versión más beneficiosa para el comprador de dicha interpretación—el artículo 1.490 contiene un plazo de prescripción—, no existe más remedio que atender a la petición del vendedor, rechazando la demanda del comprador. La solución de la Audiencia no es correcta, puesto que el artículo 1.124 del Código civil no es de aplicación, al existir una regulación específica para el caso.

Sin embargo, tampoco es correcto desconectar las acciones de saneamiento con las derivadas del artículo 1.124. Una comparación de las mismas permite captar la auténtica naturaleza de aquellas, requisito indispensable para llevar a cabo una aplicación correcta de las mismas, en la que se proteja adecuadamente los intereses del comprador.

El supuesto de vicios ocultos es un caso de imposibilidad parcial de la prestación, similar al previsto en el párrafo 2.º del artículo 1.460 del Código civil, cuando se da en una compraventa de cosa específica. En cambio, cuando se produce en una compraventa de cosa genérica, el caso es de incumplimiento, similar al previsto en el artículo 1.124 del Código civil. La peculiaridad de las acciones edilicias responde al hecho de que tanto la imposibilidad parcial, en la compraventa de cosa específica, como el incumplimiento, en la compraventa de cosa genérica, no resultan evidentes al comprador en el momento de la entrega y recepción de la cosa, por lo que hay que establecer una nueva regulación que evite la indefensión del comprador. En efecto, aunque los artículos 1.460, párrafo 2.º y 1.124 concedan un largo período de tiempo (quince años) para el ejercicio de las acciones que establecen, dicho ejercicio se encuentra condicionado por la conducta del comprador, quien, si ha recibido una cosa indebida, debe rechazarla, de acuerdo con el artículo 1.166 del Código civil, manifestando su desacuerdo en un breve período de tiempo. De lo contrario, la posesión de la cosa recibida y su falta de protesta generan una apariencia de aceptación y, consecuentemente, la confianza del vendedor, que puede dar por concluida su obligación. Naturalmente, aunque el período normalmente válido para rechazar la cosa no está fijado en la Ley y fluctuará según las circunstancias del caso, se trata de un período muy breve; siempre insuficiente para descubrir los defectos o vicios ocultos. Por ello, las acciones edilicias, al prolongar ese plazo de protesta hasta seis meses a partir de la entrega, tratan de impedir la indefensión del comprador que, como hemos apuntado, no se podría acoger ni al artículo 1.460, párrafo 2.º, ni al artículo 1.124.

Esta concepción supone una interpretación del artículo 1.490 del Código civil en la que los seis meses concedidos para ejercer las acciones edilicias no se conciben como una restricción frente a los casos de vicios manifiestos (sometidos a los artículos 1.124 y 1.460, párrafo 2.º del Código civil), sino, por el contrario, como una ampliación. En mi opinión, pues, el artículo 1.490 limita a un plazo de seis meses el ejercicio sustantivo de la acción por parte del comprador; ejercicio que puede consistir en la protesta del comprador claramente expresada al vendedor sobre las condiciones de la cosa recibida. A partir de ese momento comenzará a transcurrir el plazo normal de prescripción del artículo 1.964 del Código civil (quince años). Esta es sin duda una interpretación amplia de la reclamación del comprador a que alude el artículo 1.490. Pero me parece necesaria para proteger los intereses del comprador, sin que, por otra parte, se perjudiquen los del vendedor, ya que, una vez ejercida la reclamación, se ha destruido la confianza que pudiese tener en la extinción de su obligación. A partir de ese momento no podría, de acuerdo con la buena fe, recurrir al transcurso de los seis meses para defenderse de la responsabilidad derivada de los vicios ocultos de la cosa.

Así, pues, la diferencia entre los artículos 1.124 y 1.484 del Código civil estriba en que, mientras que el primero se ocupa de un *aliud pro alio* manifiesto, el segundo se ocupa de un *aliud pro alio oculto*. De ahí las diferencias de tratamiento del segundo frente al primero, para adecuar la defensa del comprador a las circunstancias. Tesis que implica rechazar la postura adoptada por la sentencia en su primer considerando, según la cual, «una vez realizada la entrega, surge la obligación de saneamiento». Esta postura considera que las acciones edilicias responden a un incumplimiento específico del vendedor, no el que se refiere a la obligación de entregar la cosa, sino el que se refiere a la obligación de saneamiento, como si ésta fuese independiente de la primera. En mi opinión esta distinción es artificiosa. En la compraventa, el vendedor no tiene más que una obligación principal y ésta es la entrega de la cosa en las condiciones estipuladas. El incumplimiento de esta obligación genera una responsabilidad que, según los casos, se configurará de una u otra forma. El saneamiento por vicios ocultos no es una segunda obligación del vendedor, ni corresponde a otra obligación diversa de la entrega de la cosa. No es más que la forma de responsabilidad que corresponde a un tipo de incumplimiento de la entrega de la cosa debida (1).

La aplicación de la construcción defendida llevaría en este caso a considerar que hasta el momento de la reclamación (por acta notarial) del 21 de diciembre de 1967 entraba en juego el plazo de seis meses del artículo 1.490, pero una vez salvada esa barrera, destruida la escasa confianza que, dados los acontecimientos anteriores, pudiese subsistir en el vendedor sobre la conformidad del comprador, el plazo de ejercicio de la acción ya no sería el de seis meses, sino el normal de quince años, establecido en el artículo 1.964 del Código civil. Con lo que no se produciría la indefensión del comprador a la que conduce la tradicional interpretación de las acciones edilicias, recogida por el Tribunal Supremo.

Obsérvese que en el caso contemplado la indefensión nace de algo tan poco relevante, dadas las actuaciones anteriores de comprador y vendedor, como es el transcurso de unos días (del 21 de junio al 12 de julio primero, y del 12 de

(1) Vid. mi trabajo sobre *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*. ADC. F. IV de 1969, págs. 777-837.

septiembre al 20 de septiembre después, a los efectos del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La misma defensa de la entidad vendedora, alegando primero la excepción de falta de legitimación pasiva, por no tener el carácter de vendedora con que se la demandaba (basándose, sin duda, en que la máquina era alemana y en la intervención de la fábrica en los intentos realizados para arreglarla), y luego, una vez desestimada, alegando la extinción de la acción, permite establecer un amplio interrogante sobre su buena fe y, consecuentemente, sobre su auténtica confianza en una conclusión de la operación satisfactoria para el comprador.

Rodrigo BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO

II. SENTENCIAS

A cargo de José BONET CORREA, Juan CADARSO PALAU, Juan de Dios DOVAL DE MATEO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Angel LUCINI CA-SALES, José MACIAS y José PERE RALUY.

I. DERECHO CIVIL

1. Introducción.

1. VALIDEZ DE LOS ACTOS EJECUTADOS CONTRA LO DISPUESTO EN LA LEGIS-LACIÓN DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: SANCIONES ADMINISTRATIVAS: *La contratación, ya sea en alquiler, ya sea en venta, que hagan los promotores de viviendas de protección oficial, en atención de las facilidades y ayudas oficiales que reciben para la construcción, según el Decreto-Ley de 23-7-63 y sus modificaciones posteriores, no puede rebasar los precios que se fijen en la calificación definitiva de lo edificado; pero ello no significa que, cuando no se respeten aquellas cantidades fijadas como precio de alquiler o de venta, el acto sea nulo de pleno derecho conforme al artículo 4.º del Código civil, sino que, siendo perfectamente válido civilmente el acto realizado, conforme al principio de libertad de contratación sentado en el artículo 1.255 del Có-digo civil, la violación del precepto administrativo cometida precisamente por el acto civil válido, pondrá en marcha el mecanismo corrector que, para el caso, la propia Ley de 23-7-63 prevé en su artículo 155 contra los infractores, pérdida de la condición de promotor, pérdida de las condiciones ventajosas del préstamo, descalificación de la vivienda, etc.; medidas que tienen como punto de partida el contrato civil, que sin su eficacia carecería de razón de ser y que han de ser aplicadas en el expediente administrativo regulado en el artículo 157 y siguientes de la propia Ley y no por los Tribunales civiles. (Sentencia de 20 de marzo de 1972; ha lugar.)*

2. ABUSO DE DERECHO: NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN: *Como rei-teradamente tiene declarado el Tribunal Supremo, el abuso de derecho es una institución de equidad para salvaguardar intereses que todavía no alcanzan protección jurídica; no puede invocarse cuando se hace consistir, no en la utilización de un precepto legal como medio para lesionar un interés aje-no, sino en la infracción de una norma obligatoria concreta y preexistente de la que nacen acciones o excepciones específicas, como ocurre en el caso en que lo que se denuncia como abuso de derecho es la eficacia, a efectos de la denegación de prórroga arrendaticia, de la enajenación de un piso sin guardar el orden de prelación establecido en la LAU.*

PRESUNCIONES: NATURALEZA Y LÍMITES DE SU APLICACIÓN: *Aun teniendo en cuenta las vacilaciones de la doctrina jurisprudencial sobre si cabe imponer o no a los Tribunales de instancia la utilización obligatoria de las presuncio-*

nes—*vid S. S. de 15 octubre 1959 y 16 mayo 1969*—, es lo cierto que la presunción es una prueba indirecta, utilizable sólo cuando no hay otro medio de conocer el elemento interno de las relaciones humanas, que interpreta determinados actos que lo revelan según las reglas de la lógica o del criterio humano y, por tanto, pierde valor ese medio, cuando las premisas de hecho se apoyan en pruebas directas. (Sentencia de 1 de febrero de 1972; no ha lugar.)

2. Derecho de la persona.

1. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CESIÓN: ARRIENDO POR UN TITULADO ADMINISTRADOR: GESTOR OFICIOSO: *No puede considerarse administrador del inmueble a quien no acredita su condición de tal, ni cabe considerársele facultado para obrar como gestor oficioso, pues, a falta de heredero conocido del propietario, tanto si procedía la prevención de abintestato, en cuyo caso era función del Juez el nombramiento del administrador—arts. 966 y 1.007 LEC— como si procediera el de testamentaria—art. 1.097—, la intervención del supuesto administrador carecía de base legal.*

ADMINISTRACIÓN DE BIENES DE UN DIFUNTO: *El hecho de que una persona formara parte del consejo de familia constituido en vida a la difunta, consejo extinguido hace ya diez años, no le confiere la condición de administrador de un inmueble de la herencia. (Sentencia 15 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

3. Derechos reales.

1. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Si bien nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene una completa regulación de los defectos que pueden implicar irregularidad en la constitución de la relación procesal, ni tampoco una construcción sistemática del llamado "litis consorcio" necesario, es racional y obligada consecuencia de éste, que cuando por razón de la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, no puede pronunciarse una decisión, sino con referencia a varias partes, hayan de demandar y ser demandadas éstas en el mismo proceso. La alegación de existencia de litis consorcio necesario puede ser apreciada de oficio por el Tribunal.*

CONDOMINIO: ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN: NATURALEZA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIOS CON AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR OBRAS: *Si bien por regla general el contrato de arrendamiento es un acto de administración, puede en algunos casos, por la naturaleza de las cosas a que se contraiga, rebasar los límites de la mera administración, como ocurre en la presente litis, en que se autorizaron y realizaron unas obras que alteraron la configuración y estructura del local debatido, y en este sentido es necesario reconocer que no se hallaban facultados los conductores demandados que sólo representaban la mayoría de los dos tercios de la totalidad, sin la anuencia de los restantes partícipes, cuyos derechos dominicales expresamente reconocidos por la Ley quedarían restringidos o anulados. (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

2. RIGOR FORMAL DE LA CASACIÓN: *Dado el rigor formal de la casación, bastaría para desestimar el recurso interpuesto el hecho de que la súplica se limita a pedir su admisión, con lo que, habiéndose admitido por el Tribunal de Instancia, quedó con ello agotado su contenido.*

COMUNIDAD DE BIENES: COPROPIEDAD. LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No puede decirse que el demandante carece de personalidad por falta de representación del otro copropietario, pues es inveterada y constante la doctrina jurisprudencial que reconoce a cada uno de los copropietarios la facultad para comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercerlos, ya para defenderlos, doctrina que tiene su fundamento en la propia naturaleza de la comunidad en la que a virtud de engendrar el disfrute proindiviso de los bienes que la constituyen, cada partícipe, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 del Código Civil, puede disponer de la cosa conforme a su destino siempre que no perjudique al interés de la comunidad, y, por tanto actuar en su defensa, y si la sentencia es favorable aprovecha a todos los comuneros, y si es adversa no les perjudica. (Sentencia de 18 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

3. PROPIEDAD HORIZONTAL: ACTIVIDADES PELIGROSAS, INCÓMODAS E INSALUBRES EN LOCAL ARRENDADO: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN: *El artículo 7.º de la Ley de P. H. establece la prohibición de que tanto el propietario de cualquier piso como el ocupante que no tenga este carácter desarrollen en aquél o en el resto del inmueble actividades no permitidas por los Estatutos o que sean dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas e insalubres y en caso de infracción de estas prohibiciones el artículo 19 habilita dos modos distintos de proceder para imponer su eficacia, según que el infractor sea el propietario o el ocupante por otro título; respecto de este último, como quien está vinculado es con el propietario, es a éste a quien corresponde la acción directa para reclamar del Juez el lanzamiento o en su caso la resolución del contrato y para ello la Junta de Copropietarios deberá requerirle fehacientemente para que lo haga en un término prudencial que le señale y en el supuesto de que el requerimiento sea desatendido, la Ley faculta a la Junta para subrogarse en el lugar del propietario y por tanto con los mismos derechos y obligaciones.*

COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO. COMPATIBILIDAD DE LA L. A. U. Y LA L. P. H.: *Para el ejercicio de tales acciones, sin distinción, señala la L. P. H. la competencia jurisdiccional y el procedimiento adecuado, sin embargo, de lo cual el último inciso de su artículo 19 refiriéndose a las mismas acciones deja a salvo lo dispuesto en la L. A. U. que es la que normalmente regula las relaciones derivadas del contrato de arrendamiento y por ello el significado y alcance de dicha salvedad, ha de determinarse teniendo en cuenta la calidad del sujeto pasivo y la finalidad y naturaleza de la acción, que, si se dirige contra un arrendatario afectando a la resolución del contrato de arrendamiento, aunque sea por causas establecidas en los Estatutos de la Comunidad, estén o no comprendidas en la L. A. U., se regirán por ésta en cuanto a competencia y procedimiento se refiere, mientras las dirigidas contra el propietario*

o los ocupantes por título distinto del arrendamiento se regirán por las indicadas normas de la L. P. H.; a lo que cabe añadir que el hecho de que el texto vigente de la L. A. U., posterior al de la L. P. H., no haya recogido expresamente la remisión que ésta hace al ámbito de aquélla, no supone derogación alguna de sus preceptos porque ni hay disposición expresa en este sentido, ni la finalidad de ambas leyes fue la misma ni hay incompatibilidad alguna entre ellas, sino por el contrario la L. P. H. cuando de una resolución de contrato de arrendamiento se trata, se incorpora a la línea de garantías establecidas en la de Arrendamientos Urbanos. (Sentencia de 13 de junio de 1972; no ha lugar.)

4. COMUNIDAD ORDINARIA DE BIENES: PROPIEDAD HORIZONTAL DE HECHO (SIN JUNTA DE PROPIETARIOS): CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES: *Tanto si se estima la existencia de comunidad ordinaria del artículo 395 C. c. que faculta al propietario para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común, si se aprecia la existencia de hecho de la propiedad horizontal, se impone obligar al demandado a participar en las reparaciones de los elementos comunes.* (Sentencia de 22 de junio de 1972; no ha lugar.)

NOTA: El pleito se promueve por el comprador y ocupante de un local comercial —compra reflejada en documento privado y sin haberse constituido formalmente el régimen de propiedad horizontal— contra los vendedores, propietarios del resto del edificio y contra una tercera persona que, ambiguamente, aparece como comprador de ese resto de edificio y apoderado de los vendedores.

Estos habían promovido expediente de ruina del edificio sin haber logrado otra cosa que la imposición por parte del Ayuntamiento de la obligación de realizar unas reparaciones urgentes para la consolidación del edificio.

5. PROPIEDAD INTELECTUAL: RÉGIMEN APLICABLE: INTERVENCIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DEL LIBRO: *La propiedad intelectual se rige por el derecho común, salvo lo dispuesto en la ley especial, y por ello todas las normas ajenas a tales disposiciones son inoperantes a efectos del recurso; en particular, la función del Instituto Nacional del Libro no afecta a los derechos civiles, refiriéndose, según sus normas rectoras, a la dirección y gobierno del libro español, su ordenación sistematizada a través de publicaciones bibliográficas, y su protección desde el punto de vista comercial.*

CONTRATO DE CESIÓN EN EXCLUSIVA DEL DERECHO DE EDICIÓN: SU ALCANCE SE EXTIENDE A LA EDICIÓN LLAMADA DE BOLSILLO: *Sin negar la propiedad del autor sobre la obra, la cesión en exclusiva del derecho de edición a la actora pone a ésta en posesión de tal derecho, y sin perjuicio de los reservados al autor, ajenos a esta exclusiva que pueden corresponderle, no pudo contratar la edición especial, que llama de bolsillo, que está comprendida en el contrato anterior.*

SANCIÓN POR DESPOJO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: *Procede la recogida de los ejemplares de la obra en que se cometió el despojo, en el sentido de*

no legalidad de la edición, y su entrega al que resultó perjudicado por el mismo, acordando dicha entrega en armonía con lo resuelto en SS. de 6 octubre 1915 y 24 junio 1965 (Sentencia de 15 de febrero de 1972; ha lugar.)

HECHOS: Determinado autor cedió a "Ediciones Destino, S. L.", la edición en exclusiva de su novela "Los clarines del miedo", que también fue publicada en edición de bolsillo por "Plaza y Janés, S. A.". La demanda de "Ediciones Destino, S. L.", fue sustancialmente estimada en ambas instancias, si bien el recurso de casación acoge la petición relativa a la recogida de los ejemplares publicados por "Plaza y Janés, S. A.", que desestimó la Audiencia. El autor de la novela reconvino sobre su derecho a contratar la traducción de la misma donde no haya convenido su publicación "Ediciones Destino, S. L.", y sobre otros extremos respecto de los cuales no se discutió en el recurso.

COMENTARIO: Sabido es que la normativa vigente de la propiedad intelectual, constituida fundamentalmente por la vieja Ley de 10 de enero de 1879 y normas complementarias, resulta insuficiente para la vida actual, sin que la doctrina española haya realizado un esfuerzo serio y sistemático por llenar las lagunas existentes. La interferencia de normas administrativas no ayuda a clarificar los problemas; así se alega en el presente pleito un dictamen del I.N.L.E. en el sentido de que la edición de bolsillo no estaba incluida en el contrato que el autor de la novela había firmado con "Ediciones Destino, S. L.", y que se pretende vinculante para ambas partes. Es oportuna la declaración de la sentencia relativa a la primacía de las normas civiles, que en algún autor no queda suficientemente clara (cfr. LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español* III, Barcelona 1959, p. 237). Como dice ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*³ (Milano, 1960), p. 816, mediante el contrato de edición, lo que eran facultades del derecho de autor, pasan a constituir el contenido de un nuevo y autónomo derecho del editor de utilización, y salvo pacto en contrario, con exclusividad. Ciertamente, en el Derecho italiano el artículo 119 de la Ley especial sienta el carácter exclusivo de la cesión, salvo pacto en contrario, y aunque tal norma no existe en la ley española, parece racional que se entienda así el contrato de edición. La sentencia se cuida de hacer la salvedad de los derechos que siempre se reserva el autor, por ejemplo, el de publicar las obras completas, y cuya cesión necesitaría una cláusula expresa. En la doctrina italiana más reciente, el tema se incluye en el epígrafe de la obligación de garantía: cfr. DE SANCTIS, *Contratto di edizione* (Milano, 1965), p. 182 ss. (G. G. C.)

4. Obligaciones y contratos.

1. UNIDAD O DUALIDAD DE ARRIENDOS: NOVACIÓN: INDIVISIBILIDAD DEL ARRIENDO: Si inicialmente se arrendó una planta baja para oficina de agente comercial, señalándose una renta determinada y posteriormente se extendió el objeto arrendaticio a las dos plantas superiores que se destinaron a vivienda familiar, señalándose una merced arrendaticia global, es llano que por voluntad de los contratantes se estableció un precio único para todo lo arren-

dado y que no es posible sostener la existencia de dos contratos al faltar en cada uno de ellos la determinación de un elemento tan esencial como es el precio, sin que quepa tampoco romper la unidad del contrato, debiendo considerarse extinguidas por novación las obligaciones del primitivo arriendo y sustituidas por las del segundo.

AMBITO DEL RECURSO DE CASACIÓN Y DEL DE INJUSTICIA NOTORIA: CONGRUENCIA: *El Tribunal Supremo no puede pronunciarse sobre vicios "in judicando" o "in procedendo" que no hayan sido denunciados en el recurso, salvo el caso de que la infracción legal afecte a una norma de orden público. (Sentencia de 15 de febrero de 1972; no ha lugar).*

2. LA OBLIGACIÓN DE CONSTRUIR COMO CAUSA DEL CONTRATO: RETRASO EL CUMPLIMIENTO EQUIVALENTE A INCUMPLIMIENTO TOTAL: *La venta de la finca objeto de la litis se realiza con la finalidad de ser edificada en la totalidad de su superficie útil para tal efecto; y por tanto, por expresa voluntad de las partes, esta finalidad se convierte en causa del contrato, es decir, en contraprestación de la venta, cuyo precio se aumenta con la posible plusvalía, determinada en la cláusula segunda del contrato, si no se cumple esta obligación finalista en el término de la misma señalado; y esto sentado, es claro que conforme a la doctrina científica más aceptable debe entenderse por cumplimiento la plena y absoluta realización de lo convenido por las partes al contraer la obligación, y por ello el cumplimiento dependerá en su configuración material, de la naturaleza de la obligación en adecuación a lo pretendido por las partes al convenirla en cuanto a tiempo, lugar y modo; y así el incumplimiento no sólo se produce cuando se ha faltado a la prestación principal, sino cuando se han incumplido aquellos deberes íntimamente unidos a la naturaleza del vínculo; y en el caso presente, aunque el simple retraso da lugar normalmente sólo a un incumplimiento impropio, si la fecha era determinante para la motivación del contrato se transforma en un incumplimiento absoluto.*

PLAZO PARA CONSTRUIR: DEBER DE POSIBILITAR EL CUMPLIMIENTO: ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES: *Establecida la premisa de que los compradores demandados tenían la obligación de edificar en el plazo de seis años y el deber de hacer cuanto fuere necesario para posibilitar la construcción (lo cual no puede identificarse con la sustitución de una obligación por otra, sino de los medios inexcusables para su eficacia), al haber dejado transcurrir cinco años inactivos desde que se aprobó su proyecto de edificación, ya que a partir de tal aprobación quedó despejada la vía de su tardíamente solicitada licencia, cuyo retraso culpable alteraba el equilibrio que el vendedor buscó con el negocio de enajenación, premisa no combatida y que en definitiva viene a equivaler al mandato del artículo 1.113 de C. c. de que son exigibles las obligaciones desde que pueda realizarse la prestación que implican y que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.256 este cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, hay que desestimar los motivos alegados.*

PUBLICIDAD OFICIAL (EN EL "B. O. E.") DE LOS PLANES DE ORDENACIÓN URBANA: ALCANCE DEL TÉRMINO LEYES EN EL ARTÍCULO 1.º DEL C. C.: *Es inadmisibles la alegación de que no es presumible el conocimiento de la aprobación del Plan de Ordenación Urbana de la zona por el hecho de su inserción en el "Boletín Oficial del Estado", porque el artículo primero del Código civil establece con vigencia imperativa este medio de intimación a cuantos afecten las disposiciones oficiales, no limitado a las leyes, sino, como ha reiterado la jurisprudencia, referido también a Reglamentos, Decretos y Ordenes, Instrucciones, etc (Sentencia de 29 de abril de 1972; no ha lugar.)*

NOTA: El demandante, propietario de unos grandes terrenos, vendió parte de ellos a los demandados, a muy bajo precio, porque al imponerles la obligación de construir en un determinado plazo, confiaba en la revalorización de los terrenos restantes. Asimismo se preveía en el contrato que el incumplimiento de la obligación de construir dentro del plazo previsto produciría el efecto de justipreciar los terrenos vendidos de tal suerte que los compradores demandados, luego recurrentes, habrían de satisfacer unas considerables diferencias por vía de sarcimiento. El demandante invocó que tanto la obligación de construir, como, en su caso, la de abonar estas diferencias constituían no un pacto accesorio o una pena, sino que estaban entrañablemente unidas a la causa del contrato y, por tanto, al precio de la venta, que era notoriamente bajo porque el vendedor pensaba compensarlo—equilibrio de las prestaciones—o bien con los beneficios de la revalorización de los demás terrenos o bien con el abono de diferencias —plusvalía— a su favor, en caso de incumplimiento.

3. OPCIÓN DE COMPRA: FUENTES Y CARACTERÍSTICAS: *El contrato de opción de compra no se encuentra específicamente regulado en el Código civil aunque su carácter, naturaleza y efectos han sido estudiados por la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo —S.S. de 23 mayo 1945, 8 julio 1946 y 5 abril 1949—, diferenciándose esta figura jurídica de la promesa de compraventa precisamente por su condición de unilateralidad, salvo el supuesto de que el beneficiario de la opción haya de entregar una prima al que la otorga, refiriéndose también a la opción de compra el artículo 14 del reglamento vigente de la Ley Hipotecaria, que establece el plazo máximo para el ejercicio de la opción.*

RECURSO DE CASACIÓN: EL CRITERIO DEL TRIBUNAL "A QUO" DEBE PREVALECCER SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA PARTE: *El racional y ponderado criterio sostenido por la Sala sentenciadora no puede prevalecer sobre la simple opinión de la parte recurrente, pues no pecando aquélla de ilógica debe ser mantenida en casación. (Sentencia de 22 de abril de 1972; no ha lugar.)*

4. CONTRATO DE OBRA: INTERPRETACIÓN: CONDICIÓN RESOLUTORIA Y NO SUSPENSIVA: *No habiendo sido desvirtuada con éxito por el impugnante, debe prevalecer la interpretación racional y lógica de la Sala sentenciadora, según la cual el carácter resolutorio de la condición pactada está en armonía con los actos posteriores de los propios contratantes, al haber iniciado la entidad contratista el acopio de materiales y las obras de cimentación y consentido su cliente que tales preparativos para el montaje de la nave se efectuasen de forma ostensible con la ocupación del terreno y demás trabajos realizados.*

CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *Como suele ocurrir con alguna frecuencia, queriendo denunciarse en casación la errónea interpretación de un negocio jurídico, lo que se acusa es la equivocada exégesis del precepto legal que guarda cierta relación con el punto en litigio; pero con la misma frecuencia tiene declarado esta Sala que si la calificación de lo convenido es el resultado de la interpretación de las concordantes declaraciones de voluntad, lo que ante todo debe atacarse en esa misma interpretación, alegando la infracción, en el concepto oportuno, de las normas legales consagradas a la hermenéutica de los contratos, contenidas principalmente en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil.*

CUESTIÓN NUEVA: *Incorre en causa de inadmisión, ahora de desestimación, el motivo en que se denuncia la violación de un precepto que se refiere a una cuestión no debatida en el período expositivo del pleito, y sólo aludida en el escrito de conclusión de la parte demandada. (Sentencia de 14 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

El hoy recurrente había encargado a una sociedad contratista la construcción de una nave prefabricada, destinada a avicultura, en terrenos de la propiedad de aquél, debiendo ser suministrado los materiales por el contratista. Respecto del pago del precio presupuestado, se convino que el ochenta por ciento del mismo habría de abonarse mediante la financiación por determinada entidad financiera, quedando supeditada la operación a que esta entidad aprobase el crédito correspondiente. Cuando la constructora había realizado el transporte de los materiales y comenzado determinados trabajos preparatorios del montaje de la nave, la entidad financiera denegó la aprobación del crédito solicitado por el comitente. La constructora interpuso demanda contra el comitente, solicitando se declarase resuelto el contrato de ejecución de obra y que el comitente estaba obligado a la devolución del material suministrado, con la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes para el supuesto de que dicho material se hubiera perdido o deteriorado, así como el abono del importe de los trabajos y transportes realizados. El comitente se opuso a la demanda, argumentando que la financiación de la operación se había pactado como condición suspensiva y no como condición resolutoria. Tesis que no prosperó en ninguna de las instancias ni pudo prevalecer en casación.

5. ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *No puede prosperar el motivo que denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba porque, aparte de que algunos de los documentos invocados en concepto de auténticos para acreditar la pretendida equivocación aparecen desprovistos de tal carácter, los restantes no cumplen la imperativa exigencia en orden a que los documentos han de mostrar de manera evidente, o sea, patente, manifiesta e inequívoca, el error del juzgador "a quo".*

SOCIEDAD CIVIL DE HECHO Y COMUNIDAD DE BIENES: IRRELEVANCIA DE LA CALIFICACIÓN: *Ha de perecer el motivo que denuncia la infracción por violación*

del artículo 1.665 en relación con el 1.700, 2.º, ambos del Código civil; en cuanto al 1.665 porque sería irrelevante calificar de sociedad al grupo voluntariamente formado, por las partes, habida cuenta de que, en todo caso, trataríase de una sociedad civil irregular o de hecho, comprendida en el párrafo primero del artículo 1.669, la que, según su párrafo segundo, habría de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, aunque las primeras de estas disposiciones serían las contractuales, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 396, párrafo segundo, del repetido ordenamiento, y, en cuanto a la acusada vulneración del artículo 1.700, número segundo, es igualmente rechazable al no haberse acreditado que, en el supuesto hipotético de existencia de la sociedad alegada, se hubiere perdido o extinguido la cosa que hubiera podido servirle de objeto. (Sentencia de 19 de abril de 1972; no ha lugar.)

NOTA: Varias personas, de acuerdo con el que después habría de ser demandado y recurrente—llamémosle X—compraron una finca, que pusieron a nombre exclusivo de X, con intención de que éste parcelase y vendiese las parcelas, repartiéndose entre todos los beneficios de la operación.

Cuando creían que ésta se hallaba últimada, se descubre que X conserva en su poder una parcela, si bien X alega que es de su propiedad exclusiva porque nunca fomó parte de la finca comprada en común.

6. FIADOR SOLIDARIO: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: El artículo 1.834 C. c. se refiere a una facultad o derecho que tiene el acreedor para poder citar a juicio al fiador cuando demanda al deudor principal, pero no a una obligación de hacerlo cuando nada se pide contra aquél, pues el precepto legal, obedece a razones de economía procesal, tratándose en suma de una potestad de la cual puede o no hacerse uso, pero lo que la Ley no impone es que se deba citar en todo caso, conjuntamente, a deudor y fiador, al interponerse una reclamación contra el primero. (Sentencia de 15 de marzo de 1972; no ha lugar.)

7. RESPONSABILIDAD EX ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL: CAUSA DE LOS DAÑOS: AMPLITUD DEL CONCEPTO DE RUINA: VICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN: Falta la base necesaria para que en contra de la Sociedad constructora pueda ser aplicado el artículo 1.591 del Código civil, toda vez que no se estimó probado que los efectos dañosos, filtraciones y goteras, aún admitiendo la amplitud del concepto de ruina, fuesen debidos a vicios de la construcción.

CASACIÓN: DENUNCIA DE INCONGRUENCIA: NECESARIA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 359 LEC: Es reiteradísima la jurisprudencia que tiene establecido que han de desestimarse los recursos de casación que, fundándose en la incongruencia que el recurrente atribuye a la resolución recurrida, no cita como infringido el artículo 359 de la Ley procesal, que a estos efectos debe ser tenido como norma de derecho material.

ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: El reconocimiento judicial y consiguiente acta en que se refleja no tienen la consideración de documento auténtico a efectos de casación; ni tiene ese carácter las escrituras públicas apor-

tadas, que por sí mismas no patentizan la existencia del error, el cual debe resultar de los propios documentos sin valerse de razonamientos y deducciones. (Sentencia de 15 de febrero de 1972; no ha lugar.)

8. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA POR MUERTE DE UN OBRERO EN ACCIDENTE: CULPA IN VIGILANDO: *Hay culpa in vigilando por parte de la empresa demandada, ya que en las revisiones periódicas que alegó hacer, no subsanó los defectos que dieron lugar con su actuar negligente al evento dañoso.*

PRESUNCIÓN DE CULPA: NO SE DESTRUYE POR MERO CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS: *Es doctrina reiterada contenida en S. de 11 marzo 1971 y en las que en ella se relacionan, que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que se refieren los artículos 1.902 y 1.903 C. c., se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trate, sin limitarse al cumplimiento de disposiciones reglamentarias más o menos eficaces la S. de 13 diciembre 1971 con referencia a doctrina jurisprudencial anterior añade que aún el supuesto de no haber sido infringidas disposiciones reglamentarias no exonera de responsabilidad, pues si las garantías adoptadas para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido resultado positivo, ello revela que algo faltaba en ellas para prevenir y que no se hallaba completa la diligencia. (Sentencia de 10 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

9. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES: REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1.905 C. c.: *Del artículo 1.905 se infiere: 1.º Que el sujeto de la responsabilidad civil es el poseedor de un animal, o el que se sirva de él; aunque la ley no se refiere al dueño, habrá que entender que es responsable salvo que exista algún estado de posesión o servicio del animal, en cuyo caso cesará aquella responsabilidad para pasar a quien, de hecho, es el encargado de la custodia del animal. 2.º La ley no exige en el dueño, poseedor o usuario del animal, ninguna culpa o falta de diligencia, puesto que dice "aunque se le escape o extravíe", por lo que es un caso de responsabilidad totalmente objetiva. 3.º La ley sólo se refiere a los "perjuicios que causare el animal", sin precisar la índole de los mismos, ni exigir que éstos sean una consecuencia del estado de peligrosidad del semoviente productor del daño. 4.º El reclamante del daño debe probarlo, así como el nexo causal, y que el animal lo posee el demandado; a éste le incumbirá la prueba de las correspondientes excepciones, esto es, de la fuerza mayor o de la culpa del que lo hubiera sufrido.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA PERSONA UNIDA A LA VÍCTIMA POR ESPECIALES VÍNCULOS DE AFECTO: *Está legitimado para reclamar indemnización de daños y perjuicios por la muerte ocasionada por una res, la persona que careciendo de toda relación de parentesco con la víctima, hacía años que la había acogido en su casa, la atendía y la cuidaba, y se preocupó de su entierro y funeral*

en defecto de toda clase de parientes, si bien se reduce la cuantía de la indemnización. (Sentencia de 26 de enero de 1972; ha lugar.)

Los hechos que originan el presente pleito, si no insólitos, no dejan de ser poco frecuentes. Se trata de la colisión de una res vacuna con una motocicleta, ocurrida en carretera durante la noche, de resultados de la cual se lesiona el conductor, fallece su acompañante y se causan daños a la moto. El dueño del animal abonó la indemnización correspondiente al conductor, pero no lo hizo en razón a la muerte de su acompañante, quizá porque no existían parientes de ninguna clase que los reclamasen. La singularidad del caso radica, precisamente, en que el T. S. concede indemnización al que podemos denominar "adoptante de hecho", siguiendo con ello la línea aperturista de otras jurisdicciones. La sentencia analiza minuciosamente los requisitos del artículo 1.905 para decidir su concurrencia en el caso, pero quizá quepa plantear la pregunta de si el supuesto de hecho en que pensaba el legislador de 1889 no ha variado sustancialmente por la invasión del tráfico automovilístico, hasta el punto de precisarse una norma específica que regule el supuesto de "atropello" de un vehículo por un animal.

G. G. C.

6. Derecho de sucesiones.

SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA" EN DERECHO DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: VIUDA SUCESORA: *La viuda del arrendatario es heredera forzosa del mismo (art. 807 C. c.), sin que la disposición de un "legado" en su favor la exima de su condición de "heredera", por lo que, gozando de tal cualidad, puede subrogarse en el derecho de arriendo de local de negocio.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito, en el recurso de injusticia notoria, cuestiones no suscitadas en la instancia. (Sentencia 22 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

II. ARRENDAMIENTOS

1. ARRIENDO DE FINCA RÚSTICA Y DE CASA DE LABOR: CALIFICACIÓN Y RÉGIMEN DEL ARRIENDO: *Si en el arriendo de unas tierras que forman un conjunto con una casa de labor lo preponderante son las fincas rústicas y la casa de labor el elemento complementario, el arrendamiento no se halla sometido a la LAU y es de carácter rústico, aunque sometido a las normas de la legislación común del Código civil, por las especiales características del arriendo. (Sentencia de 26 de abril de 1971; no ha lugar.)*

2. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: PROCEDIMIENTO INADECUADO: *En cuanto al primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 136 de la LAU, por infracción del artículo 151 de la misma, por*

incompetencia de jurisdicción, no se citó el concepto de infracción, lo que lo hace inadmisibile y en este trámite desestimable. No obstante, aunque hubiese citado el concepto de infracción, tampoco sería viable el motivo, por no tratarse de incompetencia de jurisdicción, pues lo que se alega es el procedimiento inadecuado, que el trámite que se debió seguir fue el de la Ley Rituaria Civil y según reiterada doctrina de esta Sala, la inadecuación del procedimiento no es incompetencia de jurisdicción, sino vicio esencial de forma que puede producir indefensión, por lo que tal infracción ha de alegarse al amparo de la causa segunda del artículo 136 (SS. 17 marzo 1948, 19 noviembre 1949, 3 julio 1954, 3 mayo 1955 y 19 febrero 1962), por lo que se hace obligada la desestimación del motivo.

ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA: CLÁUSULA DE ACTUALIZACIÓN Y PRECEPTOS GUBERNATIVOS DE SUSPENSIÓN DE PORCENTAJE DE ELÉVACIÓN DE RENTA: *En cuanto al segundo motivo, comparado en la causa tercera del artículo 136, por violación del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, tratándose de una cláusula de estabilización libremente pactada, al amparo de la libertad establecida por la LAU en la última parte del artículo 100, número primero, al consignar "si las partes no hubiesen convenido de modo expreso otro sistema de actualización", su ejecución está fuera de los preceptos del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, que no le afectaba, ya que en su artículo sexto suspende la facultad conferida al Gobierno para determinar nuevos porcentajes de renta, es decir, los incrementos para cuya obligatoriedad era necesaria una disposición gubernativa, pero sin alcanzar su aplicación a los convenios de las partes que, según disposiciones del Código civil tienen fuerza de ley entre ellos, salvo que de modo preceptivo estén afectadas por disposiciones que las hagan ineficaces, pues la referencia del artículo 100, primer párrafo, de la LAU, se contrae a la suspensión de la facultad de regular por Decreto la actualización de las rentas en los casos en que para su efectividad sea necesaria tal disposición legal, pero no aplicables a los pactos válidamente establecidos para consignar una cláusula de estabilización para llevar a cabo la actualización de la renta, razones que obligan a la desestimación del segundo motivo del recurso. [Sentencia de 15 de febrero de 1972.]*

NOTA: Tiene importancia esta Sentencia por ser la primera en que se declara la validez de una cláusula de estabilización para un contrato de inquilinato o de vivienda, en base a la interpretación del párrafo primero, *in fine*, del artículo 100 de la LAU vigente, donde si bien no vienen mencionadas nominalmente, sí lo son implícitamente al decir "otro sistema de actualización" convenido de modo expreso por las partes. Con anterioridad, y bajo los diversos ordenamientos especiales de arrendamientos urbanos (Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, LAU de 31 de diciembre de 1946, de 13 de abril de 1956 y de 24 de diciembre de 1964), los dieciséis casos que llegaron al alcance del Tribunal Supremo con una cláusula de estabilización lo fueron tan sólo respecto a contratos de arrendamientos urbanos de locales de negocio. Cfr. nuestro estudio: *La legislación de arrendamientos urbanos y las cláusulas de estabilización de la renta*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 220-2 (1966), pp. 213 ss. (J. BONET CORREA).

3. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR OBRAS: ALCANCE DE CLÁUSULA DE AUTORIZACIÓN: *Pactado en el arriendo que el "propietario autoriza a que previo su conocimiento pueda realizar la sociedad arrendataria las obras precisas" en el local no puede considerarse inadecuada la interpretación que el Tribunal de instancia dio de dicha cláusula en el sentido de entender que autorizaba a la sociedad arrendataria a realizar, no sólo las obras iniciales de adaptación del local al negocio, sino a cuantas obras fueran precisas para un razonable y progresivo desenvolvimiento de la industria de fabricación propia de la sociedad arrendataria.*

RESOLUCIÓN POR DAÑOS: DERRIBO DE PARTE DE EDIFICACIÓN: *No procede la resolución por daños dolosos si la demolición realizada por el arrendatario lo fue en evitación de un desmoronamiento por fuerza mayor y en evitación de mayores males. (Sentencia de 22 de abril de 1972; no ha lugar.)*

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA PARA REEDIFICAR: DERECHO DE RETORNO: DESALOJO DEL LOCAL POR EL ARRENDATARIO EN EL PLAZO DEBIDO: *El hecho de que el arrendatario dejara en el local algunos enseres abandonados al entregar las llaves al arrendador no tiene el alcance jurídico de dejar sin efecto el desalojo del local representado por tal entrega.*

RECONVENCIÓN: COSTAS: *Al ser la reconvencción una actuación procesal que sitúa al demandado en la posición de actor respecto a determinadas postulaciones, es evidente que en cuanto a tales peticiones de declaración por parte del órgano jurisdiccional está sometida a la normativa de la LAU sobre imposición de costas en cuanto a las causadas como consecuencia de los pedimentos reconventionales.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Ni la confesión judicial ni el reconocimiento hecho por el Juez pueden servir de base para un error en la apreciación de la prueba al amparo de la causa 4.^a —error de hecho—. (Sentencia de 9 de mayo de 1972; ha lugar.)*

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR CIERRE DE LOCAL: JUSTA CAUSA: NECESIDAD DE ALEGARLA Y PROBARLA: *La "justa causa" del cierre que cabe oponer a la resolución arrendaticia por cierre tiene todos los caracteres de una excepción que corresponde alegar y probar al que pretenda ser beneficiario de la misma y aunque no es indispensable que en la contestación a la demanda se especifique cuáles son las excepciones que se oponen, pues basta que se deduzcan de los hechos sobre los que se apoya, no basta la mera oposición a la demanda por parte del demandado para que el Tribunal de instancia aprecie de oficio la justa causa sin que concurran aquellas circunstancias.*

INJUSTICIA NOTORIA: NECESIDAD DE PRECISAR LA CAUSA Y CONCEPTO: *Es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación el no citar con precisión la causa o causas en que se fundamenta el recurso y el concepto en que se estima cometida la infracción. Hablar de "aplicación errónea" concepto no previsto en la terminología jurídica supone falta de claridad y precisión. (Sentencia de 9 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

6. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR FALLECIMIENTO DEL ARRENDATARIO: CARGA DE LA PRUEBA: *Si la causa de pedir es la de no existir, al fallecimiento del arrendatario, heredero o socio continuadores del arrendamiento, hechos notoriamente constitutivos del derecho del arrendador a la extinción del arrendamiento, es evidente que la prueba de ellos como datos procesales favorables al actor incumbe al mismo, cualquiera que sea su naturaleza positiva o negativa.*

CUESTIONES DE PRUEBA: ALCANCE DE LA TITULARIDAD FISCAL: *La titularidad fiscal puede estar a nombre de persona distinta de la que de hecho desarrolla la actividad sometida a tributación, por lo que el hecho de que el arrendatario no apareciera en las listas de contribuyentes por industrial no supone que no ejerza la actividad correspondiente.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: CAUCE DE LA IMPUGNACIÓN: *El error de hecho no puede ser eficazmente alegado con base en la causa 3.^a de injusticia notoria que es la del error de derecho. (Sentencia de 13 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

7. PRUEBA DE PRESUNCIONES: TRASPASO: FACULTAD DEL JUZGADOR DE INSTANCIA: *Si el órgano "a quo" no estima probado el uso o disfrute del local por una tercera persona, falta el requisito necesario para que el Juzgador—de instancia—, haciendo uso de la prueba de presunciones a que se refiere el artículo 1.215 C. c., que por otra parte es facultad exclusiva de éste, dedujere de su libre apreciación la existencia del traspaso. (Sentencia de 10 febrero de 1972; no ha lugar.)*

8. AUTORIZACIÓN DE TRASPASO CONDICIONAL: INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA: *Pactado en un contrato de arriendo que "el arrendatario podrá ceder el uso de sus derechos a una tercera persona siempre que ésta sea de solvencia y agrado del arrendador, durante el tiempo de vigencia del contrato" es acertada la interpretación de la Sala de instancia que entendió que dicha cláusula contiene una obligación condicional, en cuanto somete el derecho al traspaso del arrendatario a la previa autorización del arrendador en orden a la solvencia y complecencia del futuro cesionario, obligación condicional cuya validez afirmó la Sala. (Sentencia de 14 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

9. INCREMENTOS DE RENTA ARRENDATICIA: ACCIONES RESPECTO A LOS MISMOS: *La acción derivada del artículo 101 de la LAU —reclamación de diferencias— es totalmente distinta de la de desahucio por falta de pago de las rentas voluntariamente aceptadas por el arrendatario, por lo que, para el caso de desconformidad respecto a los aumentos de renta, es requisito indispensable la determinación previa del precio cierto y el legítimo de la renta, declaración ésta totalmente impropia del procedimiento de falta de pago.*

ACCIONES SOBRE RENTA: CADUCIDAD: *Si bien el derecho a incrementar las rentas no caduca y puede ser ejercitado en cualquier momento por el arrendador, en cambio, se halla comprendida en el ámbito de la caducidad el ejer-*

cicio de las "acciones" dimanantes de aquellos derechos una vez reclamados y utilizados éstos. (Sentencia de 15 diciembre de 1971; ha lugar.)

10. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: NO APLICACIÓN DEL DECRETO-LEY DE 27 NOVIEMBRE 1967: VALIDEZ Y EFICACIA DE UNA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN DE LA RENTA "ÍNDICE DEL COSTE DE VIDA EN MADRID": *El artículo 6 del Decreto-Ley de 27 de septiembre de 1967 no afectó a las cláusulas de estabilización puesto que dicha norma se refería exclusivamente a la facultad reconocida al Gobierno para determinar nuevos incrementos de renta en los supuestos en que es necesaria una disposición gubernativa para que tales aumentos se produzcan. Así lo ha entendido también esta Sala en su Sentencia del 15 de febrero de 1972, donde se dice que tratándose de una cláusula de estabilización libremente pactada, al amparo de la libertad establecida por la Ley, en el último apartado del número primero del artículo 100 de la LAU, al consignar "si las partes no hubiesen convenido, de modo expreso, otro sistema de actualización", su ejecución está fuera de los preceptos del Decreto-Ley mencionado. (Sentencia de 20 de noviembre de 1972; ha lugar.)*

El fallo declara válida la cláusula de estabilización de la renta contenida en el contrato, vinculante para las partes, de 25 de diciembre de 1961 y legítimo el aumento notificado del 27,7 por 100 de la renta de tres mil doscientas cincuenta y ocho pesetas con cincuenta céntimos, que venía satisfaciendo, por haber variado en el mismo porcentaje el coste de la vida en Madrid capital.

Por esta segunda Sentencia del Tribunal Supremo se vuelve a confirmar la posibilidad que tienen las partes contratantes para establecer cualquier tipo de cláusulas de estabilización de la renta en sus contratos de inquilinato o de locales de negocio al amparo del artículo 100 de la LAU vigente.

En el caso de autos, al tratarse de una cláusula de estabilización de la modalidad de "escala móvil", en base al "índice del coste de vida en Madrid", las partes tan sólo se limitan a discutir su eficacia en base a una problemática aplicación del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, que había congelado las rentas y salarios. Efectivamente, esta norma temporal y restrictiva provocó diversas opiniones interpretativas y ahora el Tribunal Supremo aclara, como ya lo había hecho en su Sentencia del 15 de febrero de 1972, que es inaplicable cuando se trata de cláusulas de estabilización de la renta para contratos de locales de negocio.

Es curioso observar cómo el índice del coste de vida en Madrid durante los últimos cinco años (1966-1970) se eleva a cerca de un treinta por ciento, lo que muestra la tendencia de nuestra economía hacia una inflación velada con un índice anual del 6 por 100 de depreciación de nuestra peseta en su poder adquisitivo. Es decir, que un capital en renta con una tasa de interés por debajo de esta cifra del 6 por 100 ha carecido de rentabilidad real por quedar compensada con la depreciación sufrida.

No es extraño, pues, que los acreedores tiendan a contratar con cláusulas de estabilización en sus negocios de tracto sucesivo, con objeto de poder mantener actualizado el poder adquisitivo de sus rentas en dinero.

11. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RENTA FIJADA EN QUINTALES MÉTRICOS DE TRIGO: ELEVACIÓN DE RENTA: VALIDEZ DE LA CLÁUSULA: *“Considerando que aparte de los defectos procesales apuntados, es de estimar que la doctrina que establece la Sentencia de la Sala, confirmando la dictada por el Juzgado, es plenamente correcta, por cuanto la Ley no pone obstáculos a la admisión de esas cláusulas de fijación de renta, como ha reconocido la jurisprudencia”*. (Sentencia de 15 de febrero de 1972.)

Aunque la decisión sea justa, son manifiestas la falta de rigor y la ausencia de justificación legal, en esta Sentencia. Si los tribunales exigen un rigor formal para el apoyo de las peticiones de justicia de las partes, debe de haber una razón paralela, o, al menos, la cortesía de una decisión fundamentada en la sentencia de respuesta que, por lo demás, alcanza a los intereses patrimoniales de las partes y, tantas veces, a su prestigio personal.

Al tratarse aquí de un arrendamiento de local de negocio, celebrado el 1 de febrero de 1962, es decir, bajo la vigencia de la LAU de 13 de abril de 1956, en el que las partes habían pactado una cláusula de escala móvil “valor trigo” para su renta, cabía la posibilidad de la renuncia al beneficio de la renta legal (art. 6, núm. 3) y establecerla libremente, como así lo hicieron. Además, por expresa declaración del artículo 97 de la misma LAU, era posible que dicha renta para los locales de negocio, después de la entrada en vigor, pudiese ser la que libremente estipulasen el arrendador y el arrendatario, aun cuando los locales hubieran estado ocupados con anterioridad.

Por tanto, no se trataba de una “cláusula de fijación de renta”, como la califica el Tribunal Supremo, ya que su función no era fijar, sino estabilizar o adecuar la renta ante la inflación. Al ser una “cláusula de estabilización” de la modalidad de “escala móvil” o “valor índice”, lo que las partes habían querido era que la renta, su cuantía en moneda legal, se corrigiese hasta alcanzar el poder adquisitivo equivalente de uno de los productos más representativos y necesarios al hombre.

Tampoco—como se cree—la jurisprudencia ha reconocido siempre estas cláusulas como válidas (SS. 13 noviembre 1952, 25 enero 1955 y 3 marzo 1962): hubo que esperar a otras sentencias para que se reconociera su validez (SS. 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966 y 8 febrero 1967). J. B. C.

12. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: DEFECTOS PROCESALES: REVISIÓN DE RENTA: CLÁUSULA DE ESCALA MÓVIL O ÍNDICE “COSTE DE LA VIDA EN MADRID”: *“Considerando que la certificación expedida por el Instituto Nacional de Estadística obrante al folio cincuenta y seis de los autos y el contrato de arrendamiento del folio segundo, por entender el recurrente que el primero se contrae al aumento del “nivel de vida” en Madrid, en tanto que el contrato se refiere al aumento del “coste de la vida en general”, motivo que tampoco puede prosperar, no sólo porque tales documentos fueron ya examinados y valorados..., sino también porque en el contrato se especifica claramente que la renta que perciba el arrendador será siempre equivalente a las catorce mil pesetas pactadas en su valor adquisitivo al mo-*

mento de contratar, conforme a los índices que señale dicho Instituto". (Sentencia de 21 de abril de 1972.)

Por tratarse de un contrato de arrendamiento de local de negocio contraído el 1 de julio de 1965, se rige por la LAU vigente (24 diciembre 1964), la cual, en su artículo 100, admite, implícitamente las "cláusulas de estabilización" S. 15 febrero 1972), entre las que se cuenta la modalidad de "cláusulas de escala móvil" o "índice", como es la pactada en el presente caso, al basarse en el coste de la vida, si se rebasaba más de un 10 por 100. Reconocida la cláusula por ambas partes en el pleito, el litigio se contraía a la interpretación para precisar entre el aumento del "nivel de vida en Madrid" o del "coste de la vida en general". El Tribunal Supremo decide de una manera equitativa refiriéndose a la equivalencia de la renta inicial, de su "valor adquisitivo al momento de contratar", pero sin concretar cuál de los índices del Instituto Nacional de Estadística se trataba, ya que elabora varios y las partes habían elegido uno muy concreto y con un valor determinado. J. B. C.

13. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: VALOR DE LA CALIFICACIÓN DADA AL MISMO EN DEMANDA EN ANTERIOR PLEITO: *Los términos más o menos impropios empleados por una de las partes en la demanda de un desahucio por falta de pago tramitado con anterioridad, carecieron de trascendencia, puesto que el proceso no versaba sobre la calificación del arriendo, ni tal calificación era presupuesto necesario para la estimación o repulsa de la demanda.*

ARRIENDO DE INDUSTRIA: *Es racional la calificación de arriendo de industria dada por el órgano "a quo" al arrendamiento de un edificio como anexo de un hotel, para cubrir las necesidades del hospedaje, pactándose que se alquila el local completo de muebles en cantidad bastante para cubrir las necesidades propias del negocio de hospedería, según inventario firmado por ambas partes.*

FACULTADES INTERPRETATIVAS DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA: *El obligado respeto a la facultad interpretativa del Tribunal de instancia sólo permite que sea combatida eficazmente cuando en su indagación haya incurrido en error evidente, equivocación manifiesta, contradicción palmaria o abuso notorio de facultades, en cuya virtud la interpretación resulte deficiente, torcida, desorbitada, absurda o inadmisibles; la casación no permite sustituir el punto de vista del Tribunal "a quo" por el criterio de la Sala del T. S., sino establecer un medio para enmendar lo que, por transgresión patente de las normas interpretativas a seguir, se evidencie como insostenible. (Sentencia 31 de enero de 1972; no ha lugar.)*

14. VINCULACIÓN DEL SUBARRIENDO AL ARRIENDO: *La jurisprudencia ha declarado, con reiteración, que el subarriendo no puede tener más extensión que la del arrendamiento de que deriva, por ser principio fundamental que los derechos derivativos no pueden ir más allá que los originarios y, por lo tanto, el subarriendo, por su propia naturaleza, depende en su existencia de*

la del arrendamiento sobre la cosa subarrendada y en consecuencia no puede existir al extinguirse éste, cualquiera que sea la causa de la extinción, porque, si por virtud del contrato de arrendamiento, se transmite al arrendatario la posesión de la cosa arrendada por tiempo determinado y precio cierto y si éste puede, a su vez, transmitir tal posesión a los mismos fines siempre que cuente con la autorización expresa y escrita del arrendador, es indudable que si, por cualquiera de los cauces que dan lugar a la resolución del contrato de arriendo, el arrendatario perdiera tal posesión, ello ha de repercutir en la del subarrendatario, en el sentido de perderse la posesión de éste, con extinción del contrato de subarriendo; no obsta a ello que sea la voluntad del arrendatario la que ponga fin al arriendo, ya que, aún en tal caso el subarrendamiento se extingue, sin que al subarrendatario le quede acción alguna para prolongar su existencia, siéndole lícito, tan sólo, promover acción contra el subarrendador, si éste hubiera causado algún daño o perjuicio a aquél por su exclusiva voluntad y a virtud de algún pacto lícito, concertado entre ellos, pero sin poder ejercitar ninguna acción contra el propietario o arrendador.

LEGITIMACIÓN PARA DESAHUCIAR AL SUBARRENDATARIO TRAS LA EXTINCIÓN DEL ARRIENDO: *La acción de desahucio contra el subarrendatario corresponderá al subarrendador, pero si éste no la ejercita, por cualquier causa, corresponderá al arrendador o propietario de la cosa arrendada. (Sentencia 22 de febrero de 1972; ha lugar.)*

NOTA: La parquedad de nuestra legislación—tanto común como especial—sobre el subarriendo da lugar a que la naturaleza y características del subarriendo sean en extremo inciertas sin que aparezca muy claro que el subarriendo sea una relación derivativa del arriendo y en absoluto vinculada al mismo; quizá sea más exacto afirmar, como se ha hecho a veces, que el subarriendo es un arriendo otorgado por quien no tiene una titularidad jurídico-real sobre la cosa arrendada, como es el arrendatario. De ser absolutamente cierto lo que se dice en la sentencia a que se refiere esta nota, en cuanto al carácter derivativo del subarriendo, sería cierta la consecuencia que se afirma en la propia sentencia: que extinguido el arriendo se extingue el subarriendo. Sin embargo, no se produce en todos los casos como el propio Tribunal Supremo ha debido reconocer. Véanse SS. entre otras de 12 noviembre 1959, 15 octubre 1960, 15 junio 1968, ya que cuando el arriendo se extingue por confusión de los derechos de arrendador y arrendatario en la persona de este último, subsiste la relación obligacional propia del subarriendo y en su propios términos, entre los dos elementos personales de la relación jurídica. Nótese también, que no es admisible, con el carácter de generalidad que se formula, la afirmación de la sentencia, según la cual, la transmisibilidad por el arrendatario de sus posesión sobre la cosa arrendada exige, siempre, la autorización expresa y escrita del arrendador, pues hay supuestos, como el del artículo 18 de la LAU, en que tal autorización no es precisa.

15. TRASPASO CONSENTIDO POR EL ARRENDADOR: INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE TANTEO, RETRACTO Y PARTICIPACIÓN EN EL PRECIO DE TRASPASO: *Cuando el traspaso se lleva a cabo con el consentimiento del arrendador no es necesario el cumplimiento de lo dispuesto en la sección II del capítulo IV de la LAU, quedando vinculado el arrendador a la transmisión, y sin poder ejercitar los derechos de tanteo, retracto y percepción de cantidades, entre ellas la de*

participación en el precio de traspaso, pues, en tal supuesto, el alcance de dicha transmisión vendrá determinada por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, las que no quedan obligadas al cumplimiento de más pretensiones que las expresamente pactadas. (Sentencia de 11 de marzo de 1972; no ha lugar; en realidad la doctrina transcrita es la del órgano de instancia que parece aceptar implícitamente el T. S.)

16. PRÓRROGA FORZOSA ARRENDATICIA: ALCANCE: *El principio de prórroga obligatoria del contrato no es un principio absoluto, sino que está limitado por las causas de resolución con las que hay que conjugarlo.* (Sentencia de 27 de mayo de 1972; no ha lugar.)

17. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETORNO: REQUISITO DE OCUPACIÓN: *Si el arrendatario no realizó acto alguno que exteriorizase su propósito de ocupar el piso ofrecido, transcurrido el plazo legal de treinta días sin haberlo hecho, hay que estimar caducado su derecho para volver a la finca, ya que la ocupación es requisito y presupuesto indispensable para el ejercicio, de cuantas acciones se crea el mismo asistido; pero si, querido por el arrendador para que ocupara el local ofrecido, se hizo cargo de las llaves y poseionado del local designado pudo comprobar que estaba inhabitable por inacabado, lo que dio lugar a que se tuviera que entregar un juego de llaves para que se ultimasen las obras, hay que estimar realizada la ocupación y viable el ejercicio de las acciones nacidas del derecho de retorno.* (Sentencia de 30 de junio de 1972; no ha lugar.)

18. DERECHO DE RETORNO: CONDICIONES QUE DEBE REUNIR EL LOCAL RESERVADO: *El titular del derecho de retorno no está obligado a recibir, según el artículo 1.166 C. c., cosa diferente de la que se le adeuda y si se le entrega un local de condiciones distintas e inferiores a las fijadas por la Ley, entra en juego la sanción que señala el artículo 88 LAU y la posibilidad de reclamar, en la finca reedificada, la vivienda o local de negocio que elija, con la renta que satisfacía en la derruida.* (Sentencia de 6 de junio de 1972; no ha lugar.)

19. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR CESIÓN, TRASPASO O SUBARRIENDO: *Frente al hecho de que la cesión, subarriendo o traspaso inconscientes—causas de resolución del contrato—suelen desarrollarse en la clandestinidad, la jurisprudencia ha venido sentando el principio de la inversión de la carga de la prueba, en cuya virtud, la introducción de terceros ajenos a la relación arrendaticia ha de ser satisfactoriamente justificada por el arrendatario para destruir la presunción de ilegalidad que lógicamente se deriva de aquella ocupación de la vivienda o el local de negocio.* (Sentencia de 30 de mayo de 1972; no ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA PARA ESTABLECER OFICINAS O SERVICIOS DEL ESTADO, CORPORACIONES LOCALES, ETC.: LIMITACIÓN CUANDO LA DENEGACIÓN AFECTE A HOGARES FAMILIARES: *El privilegio que el artículo*

76 LAU otorga al Estado y corporaciones de Derecho público, se subordina, en nuestro ordenamiento, cuando se trate de viviendas que sirvan para hogar familiar, a lo establecido en la disposición adicional primera de la LAU, es decir, a que su utilización se autorice expresamente por el Gobierno por considerar aumentada la disponibilidad de tales fincas; por ello, las indicadas Corporaciones no pueden gozar del citado privilegio en tanto no se dicte una Orden aprobada en Consejo de Ministros que así lo disponga, puesto que, de estimarse lo contrario, se vulneraría la regla hermenéutica que impone una interpretación restrictiva de las normas de excepción, como la del artículo 76 LAU.

CASACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Los acuerdos judiciales de lo contencioso administrativo carecen de influencia y eficacia respecto a la casación. Una sola sentencia no es suficiente para constituir doctrina legal. (Sentencia de 19 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

21. **RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: OBRAS EXIGIDAS POR LA AUTORIDAD GUBERNATIVA PARA LA APERTURA DEL LOCAL: AUTORIZACIÓN TÁCITA DE LAS OBRAS PRECISAS PARA DAR AL LOCAL EL DESTINO PACTADO:** *El artículo 110 de la LAU se refiere a reparaciones necesarias ordenadas por la autoridad competente, no siendo aplicable al caso en que la autoridad ordena unas determinadas obras para autorizar la apertura de un local; en todo contrato se presupone la autorización del propietario para realizar tales obras a fin de que lo convenido en el contrato pueda producir su natural efecto.*

PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: *Es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de averiguar exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano y aun reconociendo que la fijación del hecho indirecto es facultad del Tribunal "a quo", ello tiene la limitación de que no resulte adaptada a las inflexibles normas de la lógica. (Sentencia de 7 de junio de 1972; ha lugar.)*

22. **RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE DESTINO: DEDICACIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO A TRASTIENDA Y ALMACÉN:** *El cambio de destino a que se refiere el artículo 114, núm. 6, de la LAU, es el de local de negocio en vivienda o de ésta en local de negocio, sin que proceda aplicar tal causa resolutoria cuando el local de negocio arrendado es utilizado como trastienda o almacén de otro local de negocio contiguo al mismo y comunicado interiormente con él. (Sentencia de 25 de febrero de 1972; ha lugar.)*

NOTA: Desde luego es indudable que la conversión de local de negocio estricto sensu —es decir, abierto al público— en almacén, no entra en la causa resolutoria 6.ª del artículo 114 de la LAU; nótese, sin embargo, que por la general, tal conversión se estimará constitutiva de una causa de denegación de prórroga por cierre. (J. P. R.)

23. **RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CRITERIOS GENERALES:** *La doctrina jurisprudencial viene sentando, con reiteración, que la variación de la configuración es algo contingente y circunstancial que no*

puede precisarse de una manera abstracta y con valor de principio general, debiendo de tenerse en cuenta, en cada caso, las circunstancias que en él concurran para determinar si, dada la naturaleza de la cosa arrendada y sus particulares circunstancias, la alteración de su configuración ha llegado a producirse o no con las obras realizadas.

DERRIBO DE TABIQUE RUINOSO: *No se ha producido cambio de configuración si hallándose un tabique de obra recubierto de azulejos en mala situación, el arrendatario derribó el muro peligroso y puso en su lugar otro de madera, sin que hayan sufrido modificación las dimensiones del despacho. Cuando el arrendatario actúa de modo adecuado en remedio de un evento perjudicial al interés de todos, su actuación queda legitimada y al margen de la causa resolutoria.*

INJUSTICIA NOTARIA: FORMALISMO: CAUCE INADECUADO: *No es factible por la vía de la causa 4.ª plantear cuestiones sobre doctrina legal.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: DEFECTO DE FUNDAMENTACIÓN: *Es inviable el recurso en que no se señala el precepto que corresponde a la doctrina legal que se dice infringida ni el concepto de la infracción, y en el que se cita un precepto legal sin manifestar si fue o no infringido y, en su caso, el concepto de la infracción. (Sentencia de 24 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

24. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO O TRASPASO: PRUEBA: PRESUNCIONES: *La jurisprudencia de la Sala I ha declarado expresamente que el subarriendo y el traspaso de local de negocio, a efectos de las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114 LAU, pueden acreditarse por medio de presunciones y que estas figuras jurídicas se deducen de la presencia, en el local arrendado, de personas distintas del titular del contrato o de la aportación de los derechos derivados de éste a una sociedad de la que el arrendatario forme parte.*

CONFESIÓN JUDICIAL: CRITERIOS DE APLICACIÓN Y VALORACIÓN: *Las normas sobre valor de la confesión deben aplicarse teniendo en cuenta el principio de indivisibilidad de la misma que impide ampararse en algunas de sus manifestaciones desconociendo las restantes; la eficacia de la confesión no es superior a la de los restantes medios admitidos en la legislación.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Es causa de inadmisión la omisión del concepto en que se estima infringida una norma. (Sentencia de 14 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

25. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: DOCTRINA RESTRICTIVA SOBRE LAS AUTORIZACIONES DEL ARRENDADOR: *La razón legal que inspira la causa de resolución por obras in consentidas consiste en la obligación que tiene el arrendatario de mantener y devolver la cosa arrendada en el estado en que la recibió, limitándose a usarla sin alterar su forma ni sustancia, sin que por ello pueda concebirse que la autorización concedida por el arren-*

dador para la ejecución de la obra sea absoluta y perpetua, de forma que en todo momento puedan operarse las modificaciones que tenga por conveniente el arrendatario, lo que sería atribuirle una facultad ilimitada que repugna con la naturaleza del arrendamiento, mermando de modo exorbitante los derechos dominicales, sin la concurrencia de razón alguna. (Sentencia de 21 de abril de 1972; no ha lugar.)

NOTA: Es verdaderamente notable la tendencia restrictiva que muestra, cada vez con más dureza, el Tribunal Supremo, en cuanto a los derechos del arrendatario y su exacerbación de la tutela dominical y ello en el doble aspecto de restringir el campo de aplicación de las normas de derecho necesario establecidas en la LAU en favor de los arrendatarios y en el de limitar el juego de la autonomía de la voluntad en los pactos que puedan favorecer al arrendatario. Sin perjuicio de reconocer que las autorizaciones de obras deben interpretarse caso por caso, teniendo en cuenta todos los criterios hermenéuticos—particularmente el finalista—aplicables, no puede admitirse con carácter general que haya que rechazar la posibilidad de que las partes concierten un arriendo otorgando al arrendatario facultades permanentes para la modificación de la cosa arrendada; un pacto de tal naturaleza debe reputarse indudablemente válido, ya que el principio de la autonomía de la voluntad sólo deja de operar cuando normas de derecho imperativo—inexistentes en este caso—cohiben su aplicación. Pueden ser múltiples las razones que justifiquen semejante pacto y sean cuales sean los motivos del mismo, que no es preciso que sean explicados por las partes, la autorización habrá de tener efectividad ya que, en contra de ella, sólo cabría invocar débiles razones basadas en una supuesta oposición a la “naturaleza” del arriendo, es decir, en un conceptualismo jurídico que por vago, impreciso y opuesto a las modernas corrientes de interpretación finalista de las normas va siendo ya desterrado de nuestra práctica jurídica aunque todavía se halle fuertemente arraigado en algunos estratos de nuestras estructuras jurisdiccionales. (J. P. R.)

III. DERECHO MERCANTIL

1. **MODELO DE UTILIDAD: DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *“Respecto a lo que consta en las actuaciones encaminadas a la inscripción del Modelo de Utilidad, en el Registro de la Propiedad Industrial, es reiterada la declaración jurisprudencial de que no son documentos auténticos, pues no tienen tal consideración los que han sido estudiados por la Sala, haciendo de ellos una interpretación, que puede, como tal, denunciarse, pero no cabe estimarlo como un error de hecho”. (Sentencia de 6 de junio de 1972; no ha lugar.)*

2. **MODELO DE UTILIDAD: LA NOVEDAD ES UNA CUESTIÓN DE HECHO A EFECTOS DE LA CASACIÓN:** *La declaración de novedad es una cuestión fáctica, cuya apreciación corresponde al Juzgador de Instancia, y cuya impugnación ha de hacerse al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 27 de junio de 1972; no ha lugar.)*

IV. DERECHO PROCESAL

1. **CONFESIÓN EN JUICIO EN CONTRA DE LITISCONSORTE: EFICACIA:** *Si bien es cierta la tesis de la ineficacia de la confesión judicial prestada por una de las partes en contra de litisconsorte, no hay ningún obstáculo para que lo confesado sea ponderado y valorado por el juzgador en combinación con los demás elementos probatorios. (Sentencia de 6 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

2. VALORACIÓN DEL DERECHO ARRENDATICIO A EFECTOS DE COMPETENCIA: *Si bien la parte demandante señaló como valor del pajar objeto del arriendo el de 305.000 pesetas, y con arreglo a tal valoración solicitó la tramitación del juicio como de menor cuantía, sin duda para tener acceso al recurso de casación, no lo es menos que se señaló como renta estipulada la cantidad de 3.500 pesetas anuales y habida cuenta de que el litigio versa sobre la calificación jurídica del contrato de arriendo, esta última cantidad es la determinante de la cuantía litigiosa y reguladora de la clase de juicio en que se debía ventilar, por lo cual, el Juez de instancia venía obligado a hacer uso de lo dispuesto en el artículo 491 de la Ley de Trámites. (Sentencia de 4 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

3. JUICIOS PLENARIOS Y JUICIOS SUMARIOS: *Nuestro ordenamiento jurídico establece diferentes tipos de procesos, atendiendo a diversos criterios cuantitativos y cualitativos y a la clase de pretensiones que, respectivamente se actúen, distinguiendo unos juicios ordinarios o plenarios en los que se concede a la instancia y a la prueba la máxima amplitud, y otros sumarios o especiales en los que se limitan los medios de ataque y defensa para que se pueda obtener rápidamente la resolución, la cual no alcanza, generalmente, fuerza de cosa juzgada.*

ELECCIÓN DE TIPO DE JUICIO: *Lo que determina la clase de proceso a seguir es, en la mayoría de los casos, la naturaleza de la pretensión que se ejercita en la demanda, por lo que, muchas veces, sea cual sea el estado del proceso, se hace necesario examinar dicha pretensión para colegir si el procedimiento seguido fue adecuado, ya, que, en caso contrario, habrá que declarar de oficio tal inadecuación.*

DIVERSAS CLASES DE PROCESOS ARRENDATICIOS URBANOS: COMUNES Y ESPECIALES: *Los supuestos regulados por la LAU presuponen para la aplicación de sus normas la existencia de un contrato en el que concurran los requisitos indispensables para su eficacia, sin que sea de su competencia la determinación de tales requisitos, pues sólo regula los efectos y consecuencias de contratos en período de consumación de contenido preciso, y la discusión sobre la existencia o no del contrato y de lo que ha sido objeto del mismo, debe ventilarse conforme a las leyes procesales comunes; las disposiciones que determinen el procedimiento a seguir son de derecho necesario, y por ello aunque las partes estuvieran conformes en que la cuestión litigiosa se tramitara por cauce indebido, tal conformidad sería irrelevante.*

CASUÍSTICA SOBRE PROCESOS APLICABLES: TRANSACCIÓN: RESOLUCIÓN: *Si lo que se pide es el cumplimiento de una transacción su sustanciación ha de someterse a las reglas comunes. Si no se ventila sólo la resolución del contrato de arriendo, sino que, sobre todo, se discute la validez y eficacia jurídica de diversas cláusulas y, más aún, la transacción entre las partes, no es idóneo un juicio sumario para resolver la cuestión. (Sentencia de 14 de junio de 1972.)*

4. FALTA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO DE LA OBLIGATORIEDAD DEL DEBER DE VERACIDAD EN LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES: *Procede decretar*

la resolución arrendaticia si quedó probada, con evidencia, la ilícita actuación del arrendatario, desenvuelta de manera subrepticia, aunque fuese negada por éste, en su natural defensa y amparado en la falta en nuestro derecho positivo de la obligatoriedad del deber de veracidad en las alegaciones de las partes como concepto de carácter ético a que se refirió el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 junio 1960.

INJUSTICIA NOTORIA: DICTAMEN PERICIAL: *El informe pericial es insuficiente, por sí sólo, para acreditar el error de hecho si no demuestra "sin más" lo contrario de lo admitido por el Tribunal "a quo".*

ABUSO DE DERECHO: *No procede aplicar la doctrina del abuso de derecho si resulta que el propietario se limitó a ejercitar un derecho reconocido por la Ley, lejos de todo intento abusivo y dentro de las reglas de la buena fe.*

COSTAS: CRITERIO DEL VENCIMIENTO: DEMANDA ALTERNATIVA: *Si la sentencia estima uno de los dos pedimentos planteados en forma alternativa en la demanda, debe considerarse que la demanda es estimada en su totalidad a efecto de la imposición de costas. (Sentencia de 7 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

NOTA: Si ya causó sorpresa leer, en la S. de 18 junio 1960, que en nuestro Derecho positivo impera la libertad de defensa y que no existe en él el deber de veracidad impuesto a las partes en concepto de principio ético-jurídico, la sorpresa se acrecienta al ver que doce años después el propio Tribunal Supremo ratifica tal doctrina; sobre todo al contemplar el lastimoso espectáculo de nuestro proceso civil, en el que la impunidad absoluta de que goza la mendacidad de las partes, unida a la escasa efectividad de la represión del delito de falso testimonio impide, en innumerables supuestos que la verdad formal del proceso tenga la menor coincidencia con la verdad real y material y al plantearse, constantemente, al juzgador un angustioso problema de incertidumbre en la fase de fijación de los hechos. No creo que haga falta ninguna norma expresa en las leyes procesales para afirmar el deber de veracidad de las partes que debe considerarse inherente a todo sistema basado en un mínimo sentimiento ético. Y por otra parte en el Código Penal hay preceptos como el artículo 303 en relación con el 302, núm. 4.º, que, sin duda alguna podrían servir de base a una sanción penal eficaz de las constantes—y en muchos casos fácilmente demostrables—falsedades que se cometen en las alegaciones de hechos y en la confesión judicial.

5. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *No existe en el caso de sociedad civil sin pacto expreso acerca del modo de administrar la sociedad, supuesto coincidente con el establecido en el número 1.º del artículo 1965 del Código civil, que origina la consecuencia de que todos los socios se consideren apoderados y lo que cualquiera de ellos haga por sí sólo obliga a la Sociedad. (Sentencia de 23 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

6. PRUEBA DE PERITOS: ARBITRIO DEL TRIBUNAL: *En el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento civil se dice precisamente que el Tribunal no está*

obligado a sujetarse al dictamen de los peritos; arbitrio que, si siempre se da, se hace imprescindible al existir en el pleito varios dictámenes contradictorios. (Sentencia de 26 de mayo de 1972; no ha lugar.)

7. ACCIONES POR HECHO ILÍCITO: COMPETENCIA: *Siendo la acción personal ejercitada la dimanante de un título ejecutivo expedido en virtud de lo prevenido en los artículos 10 y 15 del Texto Refundido de la Ley nº 24-XII-1962, aprobado por Decreto de 21-III-1968, derivándose los daños y perjuicios reclamados de un hecho ilícito, debe inspirarse la competencia en el principio "forum delicti commissi", principio que no necesita ser sancionado expresamente por ningún precepto legal, y que, de no ser aplicado, tendría la importantísima consecuencia práctica de concentrar en Madrid, donde tienen su domicilio la mayoría de las sociedades aseguradoras, la casi totalidad de las reclamaciones de esta clase, en perjuicio, por regla general, de la víctima del hecho ilícito, y contrariando la conveniencia procesal de facilitar el juicio y el logro de una mejor discriminación de la verdad legal, con la aportación de las pruebas existentes en el propio Juzgado que instruyó las correspondientes diligencias preparatorias y expidió el título ejecutivo. (Sentencia de 25 de abril de 1972; no ha lugar.)*

8. PROCESO ARRENDATICIO URBANO: COMPETENCIA OBJETIVA: LOCAL EN QUE SE EJERCITE PROFESIÓN COLEGIADA: *El artículo 123 de la LAU, al hablar de quienes ejerzan "profesión colegiada por la que satisfagan contribución", hace referencia al momento presente, esto es, al momento en que el litigio es planteado, de tal modo que si el inquilino que venía ejerciendo profesión colegiada, no la ejerce al tiempo de formularse la demanda será el Juez Comarcal o Municipal el competente para conocer de la acción que se ejercita siéndolo igualmente en los casos de subrogación, cuando el subrogado no ejerza profesión colegiada, aunque viniese ejerciéndola aquél en cuyo lugar se subrogó, o la ejerza un hijo de la subrogada que no es titular del arrendamiento ni parte en el litigio, con domicilio independiente de su madre. (Sentencia de 15 de abril de 1972; ha lugar.)*

9. INADMISIÓN Y DESESTIMACIÓN DEL RECURSO: *Incide en la causa de inadmisión 4.^a del artículo 1.729 en relación con el párrafo 1.^o del 1.720 de la L. E. C., el motivo del recurso que no cita la norma que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido; causa de inadmisión que queda convertida en desestimación, una vez llegados a la fase decisoria del recurso, según la constante doctrina jurisprudencial.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *El artículo 1.692 de la L. E. C. exige textualmente que el pretendido error de hecho resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, cualidades que no concurren en los documentos invocados en el motivo alegado, puesto que el primero de ellos, los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, se aduce por el recurrente, no para contraponerlo a un hecho declarado probado*

por los juzgadores de instancia, sino como base de una interpretación jurídica distinta de aquella a la que llegaron dichos juzgadores, problema hermenéutico que cae fuera del ámbito de la norma mencionada, y los restantes, o sea, los dos informes, uno de la Asociación Española contra el Cáncer y otro de la Dirección General de Sanidad, están desprovistos de aquella autenticidad intrínseca, material o de fondo que es imprescindible para que pueda prosperar un motivo puesto al amparo del citado precepto procesal. (Sentencia de 16 de junio de 1972; no ha lugar.)

NOTA: El problema de fondo del pleito y por tanto del recurso no se presta a sentar doctrina de alcance general toda vez que, en definitiva, se reduce a la interpretación y valoración jurídica de un acuerdo adoptado en Junta de propietarios con la oposición expresa y más tarde con impugnación de uno de ellos, basada en el hecho de que los Estatutos por los que se rige la Comunidad disponen que los pisos no podrán dedicarse nunca a las actividades que prohíbe expresamente, entre ellas a consultorio o clínica para hospitalizar enfermos.

10. DILIGENCIAS JUDICIALES: CARENANCIA DEL CARÁCTER DE DOCUMENTO AUTÉNTICO A LOS EFECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: *La diligencia judicial de reconocimiento practicada en un pleito anterior, aparte de que tampoco evidencia lo contrario de lo que ahora se impugna, ni es documento ni el acto que supone reúne las características esenciales de la autenticidad en la forma constantemente proclamada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los fines del recurso de casación.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: SIMPLE ALEGACIÓN DE PRECEPTOS INFRINGIDOS E IMPRECISIÓN DE SUS CONCORDANTES: *Implica un defecto formal incurso en la causa 4.^a del artículo 1.729 L. E. C., que conduce a la desestimación, la simple alegación de haber sido infringidos por violación los artículos 549, 565, 566, 691 y 693 y concordantes de dicha L. E. C., ninguno de los cuales contiene norma alguna valorativa de la prueba cuya vulneración pueda justificar el vicio aducido, siendo además contraria a la exigencia del artículo 1.720 de la misma ley procesal, la falta de precisión en cuanto a los preceptos que puedan concordar con los que específicamente se citan.*

INDIVISIBILIDAD DE LOS BIENES COMUNES: CUESTIÓN NUEVA EN EL RECURSO: INADMISIBILIDAD: *Al quedar incólume en casación el planteamiento de hecho de la sentencia que se recurre, relativo al carácter de esencialmente indivisibles de los bienes de la comunidad existente entre los litigantes, es obligado el perecimiento del motivo 3.^o y último, donde con amparo procesal en el ordinal 1.^o del artículo 1.692 de la ley de enjuiciamiento, se dice infringido por violación, el 401 párrafo 2.^o, en relación con el 396, ambos del Código Civil, pues el único de los preceptos sustantivos que, en consonancia con aquel, podía haber sido tenido en cuenta era el 404 del propio Código que, en efecto, fue debidamente aplicado por el Juzgador de instancia —sin que contra cuya aplicación se haya formulado alegato alguno— con independencia de que la denuncia que se hace en este trámite lo es por vez primera, puesto que no fue*

articulada a lo largo de las actuaciones precedentes, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva que, como tal, incide en la causa de inadmisión —que ahora es desestimatoria— del número 5 del artículo 1.729 de la ley procesal. (Sentencia de 12 de febrero de 1972; no ha lugar.)

11. CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La jurisprudencia de la Sala I niega el carácter de documentos auténticos a las actuaciones de un proceso.*

CUESTIONES NUEVAS: *Carecen de eficacia en el recurso de casación interpuesto por el actor las cuestiones nuevas no planteadas en la demanda. (Sentencia de 10 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

12. CASACIÓN: DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN: *No es admisible el recurso en que, en el segundo motivo, se incide en el defecto procesal de duplicar en el mismo el concepto de la infracción alegada en el primero —ya desestimado— añadiendo al concepto de “violación” el de “interpretación errónea”. (Sentencia de 9 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

13. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: *Es en el fallo en donde hay que buscar la congruencia, es decir, la adecuación entre lo pedido y lo resuelto, ya que la congruencia afecta a la fase decisoria y no a la parte silogística de la sentencia.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: NECESIDAD DE CONCRETAR LA CLASE DE ERROR DENUNCIADO: *Es incorrecto denunciar el error en la apreciación de la prueba sin especificar si se trata de un error de hecho o de derecho, como viene exigiendo reiteradamente la jurisprudencia. (Sentencia de 28 de enero de 1972; no ha lugar.)*

14. RECURSO DE CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE PRUEBA: *La actividad de las partes se redujo, ante la denegación de una solicitud de prueba por la Audiencia, a reproducir la petición en el acto de la vista, para que la Sala lo acordara como diligencia para mejor proveer; sin tener en cuenta que esas diligencias pertenecen a la esfera del libre arbitrio; todo lo cual haría por sí solo inviable el único motivo del recurso, si no lo fuera, además, por no citar el párrafo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que pretende ampararse. (Sentencia de 22 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

15. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El motivo 1.º del recurso incurre en la causa 9.ª de inadmisión del artículo 1.729 L. E. C., ahora de desestimación, ya que refiriéndose los artículos 1.227 y 1.230 ambos del C. c. a la apreciación de las pruebas, se basa el recurso en el número 1.º del artículo 1.692 L. E. C.*

FECHA DE DOCUMENTOS PRIVADO: *La certeza de la fecha de un documento privado puede resultar, respecto a terceros, no solamente de los hechos que enumera el artículo 1.227 C. c., sino de la equiescencia o conformidad de los terceros o de la relación armónica o de conjunto con otras pruebas practicadas.*

FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: *La falta de legitimación pasiva nunca podría ser solventada por la vía del número 7 del artículo 1.692 L. E. C.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Se alega error de hecho en la apreciación de la prueba, pero no se cita ninguna norma relativa a la valoración de las probanzas que haya podido ser conculcada por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, requisitos imprescindibles para que pudiera ser estimado un motivo en que se denuncia un error de aquella especie. (Sentencia de 13 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

16. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE PRUEBA: ÁMBITO DE LA LITIS: *La prosperabilidad del recurso de casación por quebrantamiento de forma, basado en el número 5 del artículo 1.693 L. E. C., requiere que el medio probatorio denegado sea admisible según las leyes; la admisión de las pruebas está regulada en los artículos 565 y 566 L. E. C., por la supletoriedad de ella establecida en el número 12 del artículo 70 L. S. A., conforme a los cuales la prueba se ha de circunscribir al ámbito de la litis, fijado en los escritos de las partes, y es evidente que el mero examen del escrito de proposición de la prueba pericial revela excede de los límites de la controversia, ya que la finalidad de dicha prueba fue la de obtener información relativa a la gestión social, cuentas y balances de ejercicios anteriores al de 1969, que fueron aprobados y no impugnados a su tiempo. (Sentencia de 26 de enero de 1972; no ha lugar.)*

Se insta en la demanda la nulidad de acuerdos de la Junta General de Accionistas tomados los días 10 y 30 de junio de 1969, así como la nulidad de la aprobación de cuentas y balances del mismo año. En la prueba denegada se solicitaba que un Censor Jurado de Cuentas examinase los libros de la Sociedad desde 1965 a 1969.

17. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen el concepto de auténticos a efectos de casación los documentos que no demuestran por sí mismos y sin necesidad de ser interpretados o relacionados la evidente equivocación denunciada y que fueron examinados por los juzgadores de instancia, que llegan a su conclusión por el examen conjunto de todas las pruebas practicadas. (Sentencia de 4 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

18. CASACIÓN: RESOLUCIÓN RECURRIDA: *Habiendo sido dictada la resolución contra la que se recurre en incidente sobre impugnación de costas por indebidas y nulidad de actuaciones promovido en vía de apremio de un juicio ejecutivo, contra el que, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.694 L.E.C., no se da el Recurso de Casación por infracción de Ley o de Doctrina Legal, ni le es aplicable el regulado por el artículo 1.695 de dicha Ley, obvio que tampoco pueden ser aplicables estos recursos a los incidentes deri-*

vados de dichos juicios ejecutivos, aunque los incidentes hayan surgido en vía de apremio, vía que no es sino complemento de los ejecutivos, comp tiene declarado esta Sala. (Sentencia de 18 de diciembre de 1971; no ha lugar.)

19. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: REQUISITOS PARA APRECIARLO: Según reiterada jurisprudencia para que pueda prevalecer un recurso por error de hecho, precisase que éste resulte manifiesto de la prueba documental o pericial obrante en autos que se invoque para fundamentarlo, es decir, que de la simple lectura de los informes o del documento pericial aparezca, sin necesidad de interpretaciones, patente y claro, lo contrario de las afirmaciones contenidas en la sentencia.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: REQUISITOS: Este error se produce cuando se ha infringido en la sentencia un precepto legal referente a la eficacia que a determinada clase de prueba reconoce la ley. (Sentencia de 28 de junio de 1972; no ha lugar.)

20. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: La prueba testifical no es idónea para justificar el error en la apreciación de la prueba con base en la causa 4.ª de injusticia notoria. (Sentencia de 23 de marzo de 1972; no ha lugar.)

21. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: Para que pueda prosperar un recurso formulado al amparo de la causa 4.ª de injusticia notoria sería preciso que la prueba documental y pericial invocadas acreditarán un error "manifiesto" de la sala sentenciadora, es decir, un error patente o evidente de tal naturaleza que la mera lectura de los documentos aludidos y el simple examen del dictamen pericial alegado demostrasen la existencia de una equivocación flagrante. (Sentencia de 18 de febrero de 1972; no ha lugar.)

22. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE HECHO DEL ÓRGANO DE INSTANCIA: No cabe oponer con éxito a la apreciación conjunta y a la par detallada del órgano "a quo" la aislada estimación y valoración probatoria de la parte recurrente.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS FISCALES: Los documentos fiscales no hacen plena prueba ni tienen trascendencia eficiente por sí solos, a efectos civiles, aunque coadyuven a la apreciación de un estado de hecho.

AMBITO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA EN CUANTO A LA MATERIA FÁCTICA: Tiene declarado, con reiteración, la Sala I, que la misión revisoria del Tribunal Supremo en materia jurídica o fáctica no se extiende a valorar por tercera vez el material probatorio ofrecido por las partes, cometido exclusivo y excluyente del Tribunal de instancia. (Sentencia de 18 de abril de 1972; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas