

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 — 1958

IMPOR TANTE

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 XVIII
FASCICULO I

ENERO - MARZO
MCMLXV



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**
A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. Consecuencias de la lógica conceptual.—2. Peligros en el paso del concepto puro a la aplicación práctica.—I. EL INTENTO DE DISTINCIÓN EN EL DERECHO ITALIANO.—3. La tesis de Ciccù y su repercusión en la doctrina italiana.—4. Líneas centrales del sistema legitimario italiano a partir de la codificación.—5. ¿De qué modo es heredero el legitimario?: a) Existe sólo yuxtaposición o puede haber superposición de los llamamientos testamentarios y legales? b) ¿El legitimario testamentariamente preferido es o no automáticamente heredero al fallecer el causante?—6. Contradicciones planteadas a la doctrina.—7. Tesis que han tratado de solucionarlas. a) La que niega al legitimario su condición de heredero si no es instituido testamentariamente o sólo lo es abintestato (Azzariti). b) La que distingue la legítima (mera cifra contable) de la *quota hereditatis* que debe corresponder al legitimario en virtud de su ejercicio de la acción de reducción (Pino). c) La que estima el derecho del legitimario como condicional potestativo, consistente en el derecho a investirse de la cualidad de heredero consignando o integrando la cuota con la acción de reducción (Cariotta, Ferrara).—8. Intento de solución a través de la distinción entre *quota di riserva* y *quota di legittima*.—9. Crítica de la tesis en términos generales: 1.^º En cuanto al método. 2.^º En cuanto a su justificación en el texto del *Codice civile*. 3.^º Desde el punto de vista de la jurisprudencia. 4.^º De su presupuesto de que la cuota disponible testamentariamente es sólo cuota de *lo relictum* sin sumársele lo *donatum*.—10. ¿Existe diversidad de bases entre las previstas en los artículos 536 y ss., de una parte, y 556, de otra, del *Codice civile*? Crítica: A) No es cierto que la reserva germánica “estaba constituida por una cuota del patrimonio familiar sin tener en cuenta los bienes donados en vida”. B) La cuestión en el Derecho positivo italiano.—11. Naturaleza de la acción de reducción con relación a *lo relictum* y a *lo donatum*.—12. La clasificación de las formas de sucesión vistas desde el ángulo de la susodicha distinción.—13. Aplicación práctica de la teoría de Ciccù a través de los ejemplos que él mismo pone.—14. Crítica de la aplicación práctica de Ciccù: a) En cuanto a los defectos que achaca a la doctrina comúnmente aceptada. b) Por lo que se refiere a los resultados a que llega.—Conclusión.—II. ¿CABE TAL DISTINCIÓN EN EL RÉGIMEN LEGITIMARIO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL?—15. Repercusiones de la tesis de Ciccù en España.—16. Diferencias cualitativas entre el sistema legitimario del *Código civil español* y del *Codice civile italiano*.—

17. ¿Existe delación legal forzosa a favor del legitimario: *a)* en caso de preterición, *b)* en caso de atribución insuficiente? Examen de los remedios para ambos supuestos a través de nuestro Derecho histórico.—18. ¿Existe un *tertium genus* de delación junto a la testamentaria y a la intestada? Naturaleza reseñatoria de la *querela*.—19. La legítima justinianea a través del Derecho común. *a)* En cuanto debía dejarse a título de heredero. *b)* En cuanto a su carácter de *pars hereditatis* o de *pars bonorum*.—20. Enlace de los preceptos del Código civil que articulan la protección del legitimario con respecto a las disposiciones romanas y castellanas que se aplicaron hasta el momento de su entrada en vigor: *a)* del artículo 814; *b)* del artículo 851 en relación con el 813, § 1.^o; *c)* del artículo 815; *d)* de los artículos 817, 656 y 819, § 2.^o; *e)* del artículo 813, § 2.^o.—21. La construcción *ex novo* de Guillermo G. Valdecasas. La protección, según la misma, de: *a)* La cuota reservada. *b)* La cuota legítima. Sus puntos de apoyo positivos en los artículos: I-806; II-4.^o, y III-813.—22. El obstáculo para su tesis del artículo 815. ¿Recoge éste la *actio ad supplementum*?—23. Sentido del artículo 818. Su relación con la calificación de la legítima como *pars hereditatis* o *pars bonorum*.—24. ¿Responsabilidad personal *ultra vires* o bien afeción *inter vires* del legitimario?—25. Concepción de la cuota de legítima según la tesis de G. G. Valdecasas. Crítica acerca de su *fijación*.—26. Imputación de lo donado al legitimario que haya repudiado la herencia del donante. Modos cómo puede satisfacerse la legítima y su repercusión en la posibilidad de aceptar la legítima y repudiar la herencia, o viceversa.—27. Consecuencias prácticas de la tesis propuesta por G. G. Valdecasas según los ejemplos que él mismo propone.—III. ¿CABE, EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, DISTINGUIR UNA LEGÍTIMA DE LO “RELICTUM” PARA LAS DISPOSICIONES MORTIS CAUSA, E INDEPENDIENTEMENTE LA RESULTANTE DE LA SUMA DE “RELICTUM” Y “DONATUM” SÓLO APLICABLE A LA REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS?—28. Medidas legitimarias a efectos: *a)* de la *querela inofficiosa testamenti*; *b)* de la *querela inofficiosa donationis vel dotis*.—29. El problema de la unidad o diversidad del quinto en el derecho real de Castilla. Su solución por la ley 28 de Toro.—30. Computación de tercio y quinto de mejora según la ley 25 de Toro. *a)* Tesis que la consideró como norma imperativa que prohibía tanto extraerlas como calcularlas de las dotes y donaciones. *b)* Tesis que distinguía el tercio y quinto como módulo de disposiciones *mortis causa* y el tercio y quinto como módulo de disposiciones *inter vivos*. *c)* Tesis que estimó que en la ley 25 de Toro el verbo “sacar” no debía entenderse por *deducir* y *calcular*, sino por *detractar* y *extraer*. *d)* Doctrina que situó dicha ley en su aspecto de ordenación contable en el terreno de la presunta voluntad del causante y no en el de la limitación de su potestad.—31. Panorama de la cuestión en el período precursor al Código civil. *a)* Posición de Febrero. *b)* Opinión de Sancho Llamas y Molina. *c)* Creterios de Martí de Eixalá, Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán y González Serrano. *d)* Posición rígida de Alvarez Posadilla, Sala y Del Viso. *e)* Criterio decisivo de García Goyena.—32. Significado de la palabra *colacionables* en el artículo 818 del C. c.—33. Modo de calcular la legítima, la mejera y la porción libre. *a)* Opinión de Manresa.—34. *b)* Tesis de Sánchez Román.—35. *c)* Común opinión de los autores.—36. Nuestro criterio: Masa de cálculo posible y masa de cálculo a la que el causante se refiere; su posible distinción.

1. Descartes afirmó que su metafísica no era más que geometría. Spinoza tituló una de sus obras: "Ethica more geometrico demonstrata". En el siglo pasado, el exégeta francés Liart aseveró que el jurista es un puro geómetra.

Sin embargo, cuando el jurista verdaderamente opera como un geómetra es cuando, superada la exégesis literal, se eleva al conceptualismo dogmático... Como un geómetra... pero, ¡que sólo admite figuras regulares, es decir, simétricas!

No obstante, no parece que la vida pueda reducirse a proporciones geométricamente simétricas. Cobra vida, ante este intento, la aguda ira de Ihering: "desde que Pitágoras, para celebrar el descubrimiento de su famoso teorema, sacrificó a los dioses cien bueyes, niugen y temblan, según la conocida sentencia popular, todos los bueyes a cada nuevo descubrimiento; y ¿qué ser viviente no temblaría cuando supiese que iba a ser sacrificado?" (1).

¿No se sacrifica también la justicia en la vida misma, si se la quiere delimitar en líneas geométricas, cuando éstas no se acomodan a la realidad?

Toda abstracción pierde sustancia real. Si juzgamos la realidad sin contemplarla más que a través de abstracciones, podremos ser perfectamente lógicos en nuestros silogismos; pero a nuestro juicio se le habrá escapado fácilmente toda la sustancia real, perdida al elaborar las abstracciones en las que precisamente apoyamos nuestro razonamiento.

Claro que la mente de los conceptualistas suele estar alimentada con la proposición de Hegel "*Todo lo racional es real*". Y, entonces, pueden decir, en serio, lo que Ihering escribió, en broma, en su fantasía "En el cielo de los conceptos jurídicos": "Cuando haya constituciones o normas con las que no me pueda declarar conforme, apelaré sencillamente a mi razón; y si mi adversario invoca su *existencia*, divergente de la nuestra, la rechazaré, diciendo que verdaderamente no existen. La verdadera existencia es aquella que coincide con la razón" (2).

Queda al descubierto la visión parcial del método que se inverte en una sola línea lógica, descartando cuanto se halla fuera de su razonamiento. Desestima así no sólo toda otra vía lógica apoyada en conceptos distintos, sino también la realidad no conformada a sus abstracciones.

Ha dicho Biondi (3) que *el absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto*. Pero lo injusto nos resulta también lógicamente absurdo si ajustamos nuestra lógica a la realidad plena y la utilizamos con cánones de justicia. Desde este punto de vista, comprensivo de la totalidad, resulta absurdo todo razonamiento jurídico que se olvida

(1) RUDOLF VON IHERING: *Jurisprudencia en broma y en serio*, vers. española de Ramón Riaza (Madrid, 1933), Carta Sexta, p. 107.

(2) IHERING: *En el cielo de los conceptos*, loc. cit., pp. 310 y ss.

(3) BIONDO BIONDI: *La ciencia del Derecho como arte de lo justo*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. IX, p. 359. .

de su finalidad (*lo justo*), de su objeto (*la vida social vista en su totalidad*) y de todo lo demás que no sea coherencia intelectual de unos silogismos apoyados en previas abstracciones puramente conceptuales.

Cierto que con una visión completa de la realidad y con su valoración con criterios de justicia, es difícil que podamos razonar axiomáticamente y que, muchas veces, tendremos que resolver tópicamente —como Viehweg nos ha recordado (4)— los conflictos que se nos plantean. Por eso, la justicia es representada con una balanza en la mano, soportando, y no resolviendo ecuaciones en una pizarra.

2. No obstante, el conceptualismo no deja de ofrecer utilidad con tal de que su uso se limite a fines puramente *semánticos*. Especialmente: sin pretender imponer el concepto que nosotros designamos con la palabra utilizada, sino tratando de saber en qué sentido la han empleado el legislador, el juez, el jurista o el simple ciudadano que la expresaron, por escrito o verbalmente, y a los que tratamos de interpretar.

Y, también, podrá servir para aclararnos ideas elementales, a fin de que nos hagan de mojones y soportes para ordenar los datos que captamos en la realidad..., con tal de que no nos excedamos pretendiendo hacer de esa aclaración y colocación una fuente de razonamientos jurídicos abstraída de la realidad que debemos juzgar.

La segunda aplicación la verificamos de modo correcto, v. gr., cuando distinguimos la legítima germánica o “*pars reservata*” y la “legítima romana o “*portio debita*”; sin pretender utilizar tal distinción para deducir inauquinalmente de ella aplicaciones a hechos no incluidos en la abstracción que respectivamente representa cada uno de sus términos.

Nuestro maestro Roca Sastre (5) ha explicado luminosamente ambos conceptos en su forma más pura.

El peligro radica en saltar limpiamente del concepto puro a la aplicación práctica.

Así ocurre, v. gr., cuando el concepto romano de heredero, como subrogado en los derechos y obligaciones del causante, y del concepto de legítima, como *portio debita*, pretendemos deducir que “donde hay herencia no hay legítima” (6), que “el heredero forzoso no es heredero” (7) o “que el título hereditario inutiliza por absorción la condición de legitimario” (8). Con lo cual podremos llegar a unas conclu-

(4) THEODOR VIEHWEG: *Topica e giurisprudenza* (traducción italiana de *Topik und Jurisprudenz*, al cuidado de Giuliano Crifo. Milán, 1962). Despues de escrito este trabajo se ha publicado su traducción castellana, debida a Luis Diez-Picazo (Madrid, 1964).

(5) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *R.D.P.*, XXVIII, marzo 1944, pp. 187 y ss.

(6) JULIÁN DÁVILA GARCÍA: *Herederos y legitimarios*, en *R. C. D. Inmob.*, XVI, octubre 1943, pp. 668 a 670.

(7) FRANCISCO VIRGILI SORRIBES: *Heredero forzoso y heredero voluntario; su condición jurídica*, en *R. C. D. Inmob.*, XVIII, julio-agosto 1945, p. 493.

(8) ROCA SASTRE, loc., cit., pp. 204 y 205.

siones que podrán resultar muy lógicas, deducidas de aquellas dos premisas esterilizadas de todo contacto con la realidad, pero que no sólo podrán no concordar con nuestro Derecho positivo, sino ni siquiera con el Derecho romano que a través del *Corpus* nos ha sido transmitido (9). Fácilmente chocarán con la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-NXVIII, 32), que para el supuesto de que el testador hubiese puesto condiciones, plazos u otra disposición que produjese demora, modo u otro gravamen en la legítima, aplicó la doctrina de la *actio ad supplementum*, excluyendo la *querela inofficiossi testamenti*, y estimó como no puestos el gravamen, la condición o la dilación respecto de la legítima (10).

Y, asimismo ocurre, partiendo del término opuesto, es decir, basados en el concepto de la legítima *par reservata*, si pretendemos que, cuando un legitimario acepta en pago de su legítima bienes por cuantía mayor pero sujetos a gravámenes que el testador no le pudo imponer en su legítima, se tendrá que aceptar como resultado que, dicho legitimario, habrá aceptado un legado imputable a la parte de libre disposición y habrá repudiado su legítima, por lo cual ésta acrecerá a los demás herederos forzosos de igual o de ulterior grado, y, por lo cual, permanecerá ineficaz el gravamen dispuesto (11). Resultado que también es fruto de una lógica aséptica de todo dato real y de toda valoración hecha con criterio "justo". Fundado en unas premisas excesivamente abstractas y esquemáticas —tales: la legítima es atribuida directamente por la ley a los herederos forzosos, sin intervención del testador, que no puede imponer a la misma gravamen, sustitución, condición ni término de ninguna especie; y que, de disponerlos, se estimarán por no puestos—, nos llevará a un resultado que no fue admitido ni siquiera en el *Droit coutumier*, receptáculo y transmisor de la más pura forma de reserva germánica que ha llegado al derecho moderno a través del Código de Napoleón (12).

También entre los juristas italianos se ha recurrido a estas clasificaciones esquemáticas y, de idéntico modo, algunos han pretendido deducir de ellas, axiomáticamente, consecuencias que estimaban automáticamente aplicables a la realidad práctica.

Aclaremos que esta acusación no la formulamos nosotros. Quien

(9) Así lo observamos en *Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1.056 y del artículo 863 del Código civil*, en *R. G. de D.*, III, 15 de enero de 1947, pp. 5 y 6.

(10) Esta cuestión la hemos estudiado más detenidamente en *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*; en *Estudios Jurídicos Varios del Centenario de la Ley del Notariado*, see tercera, vol. I, pp. 458 a 461 y p. 513, nota 303.

(11) FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE: *La herencia legal y el testamento* (Barcelona, 1956), p. 399 y nota 200.

(12) Véase el examen que hemos hecho del criterio de los autores que examinaron esa cuestión en *Droit coutumier*, en nuestro citado trabajo *Cautelas...*, pp. 451 a 455 y 497 a 500.

la ha expresado es un jurista italiano, Augusto Pino (13), el cual ha destacado que en la doctrina italiana dominante se daba por sentado: "que la contraposición entre *reserva* germánica y *legitima* romana tuviera un funcionamiento de orden lógico"; que, según dicha doctrina, sólo podía optarse en esa materia entre dos procedimientos técnicos: o derecho de crédito contra los herederos, o sucesión necesaria; *tertium non datur*". Y que, como consecuencia, "resultaba previo al estudio de la sucesión del legitimario resolver la cuestión de si el *Codice* hubiera recogido la *legitima* romana o la *reserva* germánica".

Pero el radicalismo con que fue planteado este dilema, no puede mantenerse —según observa el propio Pino (14)— porque el ordenamiento italiano pudo no haber optado necesaria y únicamente entre la *réservé coutumière* o la *legitima romana*. Le fue "lógicamente" posible satisfacer los intereses del legitimario sin tener que recurrir a alguno de los dos esquemas tradicionales".

Además, a juicio del mismo autor, el plurisecular proceso de contaminación entre *legitima* y *reserva* se confirma en el *Code de Napoléon*, que modificó profundamente la antigua *réservé coutumière* (15). Y, por otra parte, cree que "es demasiado profunda la diferencia entre el derecho sucesorio francés y el italiano para poder considerar idénticas ambas instituciones" (la *réservé*, del *Code français* y la *successione* del legitimario del *Codice italiano*) (16).

Por ello, concluye su introducción (17) con la afirmación de que, "al afrontar el problema relativo a la naturaleza y a los efectos de la tutela del legitimario, se debe consiguientemente prescindir de la premisa tradicional". Es decir, que de la sola catalogación de la *legitima* italiana en la *reserva* germánica no cabe deducir axiomáticamente ninguna conclusión.

Diversamente, en lugar del dilema planteado entre las dos posiciones extremas en su forma más pura, nos hallamos ante otra tesis que reconociendo la fusión de elementos de ambos sistemas, pretende hallarlos en ciertas normas destilados de ellas en toda su pureza. Es decir, que estima coexisten sin fundirse en forma tal que nos permite deducir de ellas conclusiones axiomáticas, basadas sólo en uno o en otro de los dos conceptos. De ese modo, en lugar de plantearse el dilema en términos absolutos, se concreta repetidamente a diversos supuestos legales, para deducir, igualmente de modo maqtinal, la solución lógicamente adecuada al concepto aceptado como premisa en cada caso.

Nos ha parecido conveniente hacer esas observaciones antes de entrar en el objeto de estas notas críticas. Porque de lo que precisamente queremos ocuparnos es de analizar si la distinción de *cuota*

(13) AUGUSTO PINO: *La tutela del legitimario*, Padova, 1954. Introduc. n. 2.
n. 5.

(14) Loc. cit., n. 5, pp. 15 y ss.

(15) N.º 3, pp. 9 y ss.

(16) N.º 4, pp. 12 y ss.

(17) N.º 6, p. 19.

de reserva y cuota de legítima —en los términos en que ha sido planteada y aplicada por los autores de que después nos ocuparemos— responde a una realidad y a un criterio justo, o bien sólo es una abstracción lógica conceptual, hecha con la sola finalidad de defender un determinado preconcepto dogmático contra las dificultades, también conceptuales, a que su aplicación práctica puede dar lugar.

I. EL INTENTO DE DISTINCIÓN EN DERECHO ITALIANO

3. El año 1941 (18), el ilustre profesor de Bolonia, Antonio Ciccù, en su tratado “Successione legittima e dei legittimari” (19), discriminó en el *Codice civile italiano*: una “*quota riservata*” y una “*quota di legittima*”, aseguradas ambas al legitimario. La primera, referida al *relictum*, diferida directamente por la ley a título de herencia, *pars hereditatis* indisponible por el testador. Y la segunda, referida a la suma de *relictum* líquido —es decir, deducidas las deudas del causante— y de lo *donatum*: que, mediante la acción de reducción, faculta al legitimario a increuentar, con una *pars bonorum*, su derecho legitimario en lo que el mismo excediere de su *pars reservata*. Derecho que debe satisfacerse, en primer lugar, con la parte no “*reservata*” de lo *relictum*, mediante la reducción de los llamamientos testamentarios o abintestato hechos a la “*pars non reservata*”; y, en segundo término, si aquella reducción no bastara, con la de lo *donatum*, impugnando las donaciones en cuanto resultaren inoficiosas.

Insistió el insigne maestro en ulteriores trabajos en la misma tesis. Así, en sus artículos “*Quota di riserva e quota di legittima*” (20), en su reseña de jurisprudencia “*Successione necessaria*” (21), en su monografía “*La divisione creditaria*” (22) y, finalmente, en el tomo XI.II-2,

(18) LUIGI MENGONI: *La divisione ereditaria* (Milano, 1950), n. 88, p. 214, nota 9, dice que: “Un precedente si può forse scorgere in Bonelli, in *Foro It.*, I, col. 1263-1264”. Hemos leído el referido trabajo de G. DE BONELLI: *Successione-Divisione dell'ascendente. Legittima. Modi di computarla*, en el cual comenta la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de Roma de 1 julio 1898, y especialmente hemos releído las dos columnas citadas. Pero, confesamos que no hemos sabido hallar el precedente invocado. Muy al contrario, argumenta en favor de la unidad de la legítima, a la que exige los requisitos concurrentes de ser cuota de valor y adquirirse a título universal, que es lo único que quiso decir, a su juicio, el *Codice* de 1865, al decir en su artículo 808 que “*la legittima è quota d'eredità*” (c. 1. 1264).

(19) ANTONIO CICCÙ: *Successione legittima e dei legittimari*, 2.^a ed., Milano, 1943, Parte segunda, Capo I, n. 1, pp. 147, y ns. 7 y ss.; pp. 161 y ss.; Capo III, n. 1, pp. 179 y ss.; Capo V, n. 2, p. 221, y Capo VI, n. 3, pp. 234 y ss.; Capo VIII, 263 y ss.

(20) Ciccù: “*Quota di riserva e quota di legittima*”, en *Rivista del Notariato*, 1947, anno I, pp. 21 y ss.

(21) Ciccù: “*Successione necessaria*”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civil*, anota 1, 1947, pp. 131 y ss.

(22) Ciccù: *La divisione creditaria*, Milano, 1948, Capo II, Sez. IV, n. 7, pp. 77 y ss.

obra personal suya, incluido en el "Trattato di Diritto Civile e Commerciale" dirigido por el mismo y por Francesco Messineo (23).

Ya en 1945 hizo eco a esta distinción Lodovico Barassi (24), que la sintetizó diciendo que "la *quota di riserva* es enfocada desde el punto de vista del testador, es decir, de qué bienes puede disponer por testamento, que, naturalmente, sólo pueden comprender los existentes en su patrimonio; mientras la *quota di legittima* considera, desde el punto de vista del legitimario, todos los bienes que deben computarse para calcular la legítima y comprende incluso aquellos de los que el testador dispuso por donación". Pero no parece, en cambio, que Barassi siguiese a Cíci en las consecuencias que éste deduce, puesto que más adelante (25) —como luego examinaremos— para calcular la parte libremente disponible testamentariamente también computa las donaciones imputables a la legítima.

En cambio, en 1951, Scalabrino (26) siguió fielmente la teoría de su maestro Cíci, a la que consideró "de una lógica irrefutable aun hallándose en contraste con la teoría dominante que identifica la cuota de legítima con la cuota de reserva".

Pero ha sido Mengoni (27) quien más ardorosamente ha apoyado esta distinción, como comprobaremos en el decurso de este trabajo. A su juicio, tal distinción significó uno de los momentos "más felices y convincentes" de la enseñanza de Cíci en el campo de las sucesiones *mortis causa*. Muchas zonas oscuras de la áspera institución de la sucesión necesaria quedan iluminadas; en particular abre el camino a una clasificación definitiva de la posición jurídica del legitimario desheredado".

En contra de la distinción, en cambio, se había manifestado inmediatamente Santoro Passarelli en la nota 36 de un trabajo que publicó en el año 1942, en las páginas 193 y ss. de la "Rivista di Diritto Civile" (28). Cree Santoro que la ley atribuye al legitimario no una *cuota de herencia*, como dice Cíci, sino una *cuota del patrimonio del de cuius*, como precisan los artículos 537 y ss. del *Codice*.

(23) CÍCI: *Successione per causa di morte, Parte Generale, Divisione ereditaria*, cap. IX, p. 117, nota 2, pp. 343 y ss.

(24) LODOVICO BARASSI: *La successione per causa di morte* —cfr. 3.^a ed., Milano, 1947—, n. 90; p. 254, n. 96, pp. 269, y n. 97, p. 274.

(25) BARASSI: op. cit., n. 96, pp. 271 y s. Del propio BARASSI, dice MENGONI (*La posizione giuridica del legitimario preterito*, en *Studi in onore di Antonio Cíci* —Milano, 1951—, vol. I, p. 500, nota 5) que "l'ultimo autore non mostrava apprezzare la portata della distinzione del Cíci fra le due quote, alla quale, poco prima, aveva pur dato la propria adesione".

(26) UBALDO SCALABRINO: *I.e. quote di eredità nella successione legittima e testamentaria* (Milano, 1951), n. 23, pp. 25 y ss., que aplica en los números siguientes, en especial en el n. 27, pp. 32 y ss.

(27) LATTIGI MENGONI: *La posizione...*, loc. cit., pp. 409 y ss., y *La divisione ereditaria* (Milano, 1948), n. 88, pp. 213 y ss.

(28) FRANCESCO SANTORO PASARELLI: *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, trabajo reproducido en su *Saggi di Diritto Civile*, vol. II, cf. nota 36, pp. 593 y ss.

Tampoco pudo estar de acuerdo Giuseppe Azzariti (29), pues rechazó que la cuota legalmente debida al legitimario en lo *relictum*: fuese “*quota ereditaria*”: “senzaltro a lui devoluta”, “*ipso iure*” sin necesidad “de agire in reduzione”, y porque, a su juicio, el artículo 457 del *Codice* no deja lugar a dudas de que sólo puede tener lugar la sucesión legítima (o sea la *ab intestato*) cuando falte en todo o en parte la testamentaria, por lo que el legitimario preterido no puede sino exigir la reparación del perjuicio sufrido, ejercitando la acción de reducción.

Ni lo ha estado Messineo (30), quien ha objetado que: “Oggi, i due nome (legittima e riserva) si adoperano indifferentemente a designari un unico istituto”: y que “Della fondatezza testuale della distinzione [entre *quota di riserva* y *quota di legittima*] la quale, comunque non fu presente al legislatore del 1942— la massima parte degli Autori dubita”.

Pino (31) ha sido tal vez el autor —según luego veremos— que más detenidamente se ha ocupado de refutar la distinción. A su juicio, es mérito indiscutible de esta autorizada doctrina el haber destacado la profunda diferencia que existe entre la *quota hereditatis* y el *quantum* que la ley reserva al legitimario, pero que no pueden escapar a la crítica las consideraciones desarrolladas en torno a la relación que discurre entre la llamada *quota di riserva* y la llamada *quota di legittima*.

Otros autores (32) mantienen la posición tradicional sin aludir siquiera a la pretendida distinción que nos ocupa.

Cariota Ferrera (33) se remite a la parte especial de su obra —parte aún sin aparecer— en lo referente a la relación entre la cuota del legitimario, de una parte, y la cuota de herencia y no sólo la cuota de bienes, de otra.

4. Antes de examinar las razones en las cuales se ha fundamentado la pretendida distinción entre “*quota di riserva*” y “*quota di legittima*”, creemos conveniente para centrarnos proceder brevemente

(29) GIUSEPPE AZZARITI: *In tema de diritti riservati ai legittimari*, publicado en la “Rivista de Diritto Privato” del año 1944 y recogido en sus *Scritti Giuridici* (Padova, 1963), pp. 268 y ss. (cfr. su crítica a Ciri en las pp. 276 y 277).

(30) FRANCESCO MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, III-II, § 190, 1 a) y 3 h) (cfr. 8.^a ed. Milán, 1952, pp. 201 y 206).

(31) PINO: op. cit., especialmente n. 13, pp. 48 y ss.

(32) FRANCESCO SAVERIO AZZARITI, GIOVANNI MARTÍNEZ, GIUSEPPE AZZARITI: *Successioni per causa di morte e donazioni*, ns. 108, 109, 131 a 134 y 151 (cfr. 2.^a ed. Padua, 1948, pp. 166 y ss., 207 y ss. y 243); ALBERTO TRABUCHI: *Istituzioni di Diritto Civile*, n. 383 y 385 (cfr. 7.^a ed. Padova, 1953, pp. 783 y ss. y 788 y ss.); CARLO GATTANASTASIO: *Delle Successioni - Disposizioni Generali - Successioni legittima*, *Commentario del Codice civile I. II. Tomo primo (Titoli I-II)*, arts. 536 y 556 (Torino, 1959), pp. 255 y ss. y 325 y ss.; DOMENICO BARBERI: *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, 2.^a ed. Torino, 1949, vol. II, nn. 109 y ss. y pp. 890 y ss.

(33) CARIOTTA FERRERA: *La successioni per causa di morte*, I. Parte Generale. Tomo II (Nápoli, 1958), n. 41, nota 59, p. 40.

al análisis de las líneas centrales del sistema legitimario italiano, a partir de la codificación.

a) En cuanto a la naturaleza de la legítima se destacan:

De una parte, el artículo 536 del vigente *Codice*, que, bajo la rúbrica *Legittimari*, comienza su § 1.^o con estas palabras: "Le persone, a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione...". El viejo *Codice* de 1865, en su artículo 808 —precedente del actual 536—, decía, sin distingos, que "la porzione legittima e quota di eredità".

Por otra parte, el artículo 556, bajo la rúbrica *Determinazione della porzione disponibile*, dice: "Per determinare l'ammontare della quota di cui il defunto potevi disporre si forma una masa di tutti i beni che appartenevano al defunto al tempo della morte, detraendone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui sia tutto dispuesto a título de donación, secondo il loro valore determinato in base alle regole dettate negli artículos 747 a 750, e sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto potera disporre". El antiguo artículo 822 del *Codice* de 1865 añadía, al final, que el cálculo debía hacerse "avuto riguardo alla qualità degli eredi aventi diritto a riserva".

b) En cuanto al modo de hacer efectivo el derecho de los legítimos, se subrayan:

De una parte: Que la sección II del *cajo X "Dci legittimari"*, se titula "Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari", y que no señala otro medio que la *reducción*, en su caso, tanto de las porciones de la herencia deferida abintestato a los no legitimarios (artículo 553) y de las disposiciones testamentarias (art. 554), como de las donaciones (art. 555). Que la reducción de las disposiciones testamentarias, salvo disposición del testador señalando un orden de preferencia, se debe verificar proporcionalmente "sensa distinguere tra credi e legatari" (art. 558). Y que el § 2.^o del artículo 564 determina que: "In ogni caso il legittimario, che domanda la riduzione di donazioni o di disposizione testamentarie, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni e i legati a lui fatti, salvo que ne sia stato espressamente dispensato".

De otra parte, que el artículo 735, bajo la rúbrica "Preterizione di credi e lesione di legittima", dispone que: "La divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti e nulla (§ 1.^o). Il coerede che è stato leso nella quota di riserva può esercitare l'azione di reduzione contro gli altri coeredi (§ 2.^o)".

Es de notar que ni el *Codice* de 1865 ni el de 1942 contienen disposición alguna que amile sea el testamento o bien finicamente la institución de heredero en supuesto de preterición testamentaria intencional (34), ni que antile la institución en todo o en la parte que perjudique al legitimario en caso de desheredación injusta (notemos que

(34) La preterición errónea es regulada como causa de revocación del testamento por sobrevenencia o ignorancia de la existencia de hijos o descendientes, en el art. 687 del *Codice* de 1942.

en derecho italiano no hay desheredación justa, sino sólo causas de indignidad). Así, los autores: *a)* o bien —como la mayoría— reducen los medios para proteger el derecho de los legitimarios a la acción de reducción; o bien, *b)* como —según luego veremos— sólo algunos, admiten además la posibilidad del ejercicio directo de la *petitio hereditatis* en el caso de privación por el testador de la “*quota di riserva*”.

La declaración del viejo artículo 808 de que “*la porzione legittima e quota di eredità*”, no desmentida en el nuevo artículo 536 al añadir a la expresión “*quota di eredità*” el inciso “*o altri diritti nella successione*”—pues, en el n. 38 de la relazione del Guardasigilli, se aclara que la adición se refería a la legítima en usufructo del cónyuge viudo—, ha dado lugar a que la común opinión de la doctrina italiana haya entronizado su legítima con la *réservé contumière*, incorporada al Código de Napoleón, que es siempre *fars hereditatis*.

Ferrara (35), en este sentido, escribió: “El Código italiano ha seguido la horma del Código francés, salvo algunas innovaciones, en cuanto ha admitido que los herederos pueden ser *testamentarios y legítimos*; y ha variado la terminología, llamando legítima a la reserva y legitimarios a los reservatarios, pero no obstante esta diversidad de lenguaje, la sustancia del Derecho francés ha permanecido idéntica, porque la legítima es *cuota de herencia* y el heredero legitimario es *sucesor a título universal*. El Código italiano no ha hecho, por tanto, más que *cambiar la fachada* al Derecho francés, reproduciendo integralmente la reserva del Derecho consuetudinario extendida a la totalidad del patrimonio”.

Contrarios a esta orientación son los Azzariti y Martínez (36) y Pino (37). Los primeros estimaron que el Código de 1865 regulaba la institución según los criterios y las normas de la legítima del Derecho romano, aun cuando, porque el artículo 808 declaraba *cuota de herencia* a la porción legítima, se sostenía unánimemente que el legitimario era heredero “*per lege*”, como en Derecho germánico. Y Pino destaca que la reproducción literal de artículos del *Code* no autoriza para sostener, para los correlativos del *Codice*, la interpretación que, a aquéllos, da la doctrina francesa; pues, dado el principio de la totalidad de la hermenéutica, con su introducción en el ordenamiento italiano, las disposiciones han adquirido un contenido normativo profundamente diverso del que tenían en el Derecho francés.

Veremos seguidamente cómo otros autores, aun partiendo de aquella asimilación, sin embargo, por razones semejantes a la última expresada, observan notables diferencias entre la legítima del *Codice* y la del *Code*.

(35) FRANCESCO FERRARA: *La figura del legittimario*, publicada en 1923 en “Giurisprudenza Italiana” y reproducido en su *Scritti Giuridici*, III, pp. 26 y ss. (Milano, 1954), cfr. la cita en el n. 5, pp. 35 y ss.

(36) F. S. AZZARITI, G. MARTÍNEZ y G. AZZARITI: op. cit., nn. 105 y 106, pp. 161 y ss., y 109, pp. 168 y ss.

(37) PINO: op. cit., Introduz., nn. 5 y 6, pp. 15 y ss.

Bonelli (38), a fines del siglo pasado, con referencia al *Código* de 1865, había contestado negativamente a la pregunta de si en Derecho italiano debía reconocerse a los legitimarios, como en Derecho francés, un condominio de los bienes de la herencia. A su juicio:

"La legítima no es más que un límite a la *voluntad* del testador sobre la herencia. Como en Derecho romano, así para nosotros, este límite tiene una doble referencia: 1.^a, a la sucesión *material*, esto es, al *patrimonio* en sentido económico, en cuanto cada heredero legítimo tiene derecho a que le corresponda cierta cuota del valor total del patrimonio; 2.^a, a la sucesión *formal*, esto es, a la *cualidad de heredero*, la cual, de un modo u otro, debe ser reconocida al legitimario. La diferencia del Derecho romano al nuestro actual, no sustraído enteramente a la influencia germánica, radica en el diverso modo de concebir el lado formal, es decir, la cualidad hereditaria. Por Derecho romano el título de *heredero* bastaba para constituir el heredero. Por Derecho germánico, más o menos dominante en el derecho intermedio, el heredero era *condómino* nato de los bienes patrimoniales. Para nosotros, el heredero es aquél a favor del cual el testador ha dispuesto de los bienes *per universitatem* o *per quota*, o aquél en quien recae la herencia no disputada por el difunto y le es completada, si ha lugar, con la *reducción* de sus disposiciones, hasta alcanzar un valor equivalente a la cuota legalmente debida al mismo sobre el total patrimonio. En el primer caso hay un reconocimiento explícito, en el segundo, implícito y coactivo (y, en ese sentido, limitativo de su voluntad) de la cualidad hereditaria que debe acompañar a la transmisión de los bienes."

5. El modo de ser *heredero* el legitimario ha sido muy discutido por la doctrina italiana. Hay dos puntos de fricción recíprocamente relacionados: a) ¿Existe *yuxtaposición* de los llamamientos testamentario y legal a cuotas distintas, o bien esos llamamientos pueden *superponerse y prevalecer* el uno sobre el otro? b) En caso de preterición testamentaria de un legitimario, ¿éste es *ipso iure* heredero por delación legal de su cuota reservada; o bien sólo lo es efectivamente por el ejercicio —iniciado o consumado— de su acción de reducción?

a) Respecto la primera cuestión, es decir, *si sólo existe yuxtaposición o si puede haber superposición de los llamamientos testamentario y legal*, nos vamos a limitar, por el momento, a poner frente a frente las posiciones de Ferrara y de Santoro Pasarelli.

a) Ferrara (39), consecuentemente con su tesis de la aplicación integral en lo sustancial de la reserva germánica, considera que los legitimarios son por vocación legal herederos de una cuota reservada, aunque hayan sido preferidos por el testador, y que si, además, son

(38) G. BONELLI: loc. cit., col. 1263 y 1264.

(39) FERRARA: loc. cit., n. 7 y n. 10, en *Scritti III*, pp. 44 y ss. y 51 y s.

instituidos en la parte de libre disposición, “añaden y acumulan a su posición de legitimarios aquella de *herederos ex testamento*”.

β) Santoro Pasarelli (40), en cambio, distingue: 1.º En caso de colisión la vocación testamentaria es comprimida mediante la reducción por la vocación a la legítima. 2.º De no haber coincidencia plena entre ambas vocaciones, la testamentaria es absorbida por la legítima. 3.º De exceder la vocación testamentaria de la legítima, ésta es la que debe entenderse absorbida por aquélla, “porque la vocación a la legítima es una vocación contra la voluntad concreta del instituyente y, en este caso, por hipótesis, falta tal contraposición”. Conclusión, esta última, de la que deduce importantes consecuencias por lo que se refiere al derecho de acrecer del legitimario instituido respecto las porciones de libre disposición vacantes.

b) Con relación al segundo problema, esto es, si el legitimario testamentariamente preterido es o no automáticamente heredero al fallecer el causante, también, por el instante, nos limitaremos a esquematizar unas cuantas opiniones tipo:

a) Ascoli (41) escribió que el legitimario “no es heredero, si no fue instituido por el testador o llamado por la ley por haber muerto el causante en todo o en parte intestado. Nuestro Derecho no conoce ya la figura del *heres suus*, la preterición del cual implica la nulidad del testamento”... “El legitimario del derecho moderno sólo impropiamente puede ser llamado heredero necesario: tiene derecho a ser instituido heredero; pero si no lo es, el testamento no es por eso nulo, ni él deviene heredero *ipso iure*”... “Mientras exista un testamento que excluya totalmente al legitimario, éste no es heredero: *lo devendrá*, con efecto desde el día de la apertura de la sucesión, solamente cuando con la acción de reducción haya destruido, por lo menos en parte, el testamento.” “Y, por lo tanto, si renuncia a ejercitar la reducción, contentándose con aquél menos o aquél nada que el testamento le ha atribuido, no por eso renuncia a una herencia a él deferida...”

β) Ferrara (42), representa la posición más radicalmente contrapuesta a la anterior. A su juicio: “Es en todo caso erróneo decir que la adquisición de la herencia tenga lugar con la acción de reducción, cuando es evidente, por el contrario, que la acción de reducción protege el derecho *preexistente* del legitimario que es un derecho *sucesorio*, derecho a gozar y obtener la plena propiedad de los bienes hereditarios.”

Opinión consecuente con la que él mismo tuvo (43) de la naturaleza jurídica de la legítima del *Codice*:

“El derecho a la legítima es un *derecho sucesorio ex lege*. La legítima es *pars hereditatis*, no *pars bonorum*. La ley divide el patri-

(40) SANTORO PASARELLI: op. cit., n. 7, *Saggi...* III, pp. 592 y ss.

(41) ALFREDO ASCOLI: *Legato a facilitazione di legittima*, en “Rivista di Diritto Civile”, anno XIV, 1922, pp. 604 y ss.

(42) FERRARA: loc. cit., n. 7, *Scritti III*, p. 47.

(43) FERRARA: loc. cit., n. 6, pp. 38 y ss.

monio de una persona, cuando ésta tiene herederos legítimos, en dos masas distintas: la parte *legítima* y la parte *disponible*. Aquella constituye una cuota autónoma del patrimonio, sustraída a toda disposición del *de cuius*, intangible e inalterable, que es reservada exclusivamente a los herederos legítimos. En esta parte del as el *de cuius* no tiene derecho a disponer, y si dispusiese, la disposición testamentaria quedaría sin efecto. Y cuando el *de cuius* ha lesionado esta cuota con liberalidades entre vivos, tales liberalidades son reducidas hasta su concurrencia con la legítima, es decir, los legítimos con la acción real de reducción pueden hacer reintegrar en la masa los bienes donados, accionando incluso contra terceros poseedores, lo que demuestra que la porción legítima es sustraída a todo poder de disposición a título gratuito del causante, sea por acto *inter vivos* o *mortis causa*, y es deferida ex iure a cierta categoría de herederos legítimos.”

Si Santoro Pasarelli (44) adopta una posición intermedia. De una parte, cree “que no se puede decir en términos absolutos que el legítimo no sea heredero, cuando el testador no le haya instituido, aunque hubiese dispuesto a favor de otro de todos sus bienes en el testamento”; que “también es verdad que no se puede en modo alguno hablar de un derecho del legítimo a ser instituido heredero, bastando que el testador no le prive de la cuota que la ley le atribuye”; y que no se establece “una preeminencia de la sucesión testamentaria sobre la legítima”.

Pero, de otra parte, afirma que “la desheredación del legítimo no sólo no es inexistente (como debiera serlo para considerar *ipso iure* heredero al legítimo desheredado), sino que es válida y eficaz para privar al legítimo de la cuota legítima y, por tanto, de la cualidad de heredero, si no reclama contra la desheredación. No es exacto que la acción de reducción corresponda al legítimo en cuanto heredero. Puede ocurrir que, incluso antes de ejercitarse la acción de reducción sea heredero; pero puede ocurrir —y así es cuando de hecho ha sido desheredado— que consiga tal cualidad, con la cuota, mediante la acción de reducción de la disposición a título universal a favor de otro.”

Y, posteriormente, el mismo Santoro Pasarelli, en otro trabajo (45), ratifica: “Persistimos en la opinión de que la reducción es el medio necesario para conseguir la cuota de legítima y, por tanto, la cualidad de heredero por parte del legítimo, cuando la institución testamentaria de otra u otras personas sea ex asse.” Su explicación del fenómeno es ésta: la vocación testamentaria puede ser excluida por la vocación de la legítima, “por efecto de la reducción de las disposiciones testamentarias, que es el medio con el cual la ley resuelve el conflicto entre dos vocaciones”. Y que, por otra parte, “si el testador ha

(44) SANTORO PASSARELLI: *Leyato privativo di legittima*, en “Rivista de Diritto Civile”, 1925, p. 249, recogida en sus *Saggi...*, vol. II, pp. 65^o y ss., véase especialmente n. 13, pp. 696 y ss. de *Saggi...*, II.

(45) SANTORO PASSARELLI: *Vocazione...* *Saggi...*, vol. cit., n. 7, pp. 593 y ss., y en especial nota 36.

dispuesto a título universal de todo lo *relictum* a favor de otro; no puede sostenerse que corresponda al legitimario *ipso iure* una cuota del mismo... si se acepta que la acción de reducción no es de nulidad ni de anulabilidad".

Cj Leonardo Coviello (46) estimó antijurídico pensar que el legitimario tan sólo adquiere la cualidad de heredero cuando interpone reclamación ejercitando la acción de reducción, pues "no se concibe la reclamación contra la lesión de un derecho que no preexiste a su violación"; pero reconoció como cierto que "no tratándose de nulidad absoluta de un negocio, sino de anulabilidad o resolubilidad, el acto produce efectos hasta que es impugnado". Si bien, a su juicio, de esto no se deriva "que el derecho del actor victorioso surja sólo con la demanda, si la anulabilidad o resolución debe por ley retrotraerse *ad initium negotii*"; y que, en cuanto a la cuota disponible, "el extraño instituido en la misma en testamento, es en verdad heredero, pero bajo la condición resolutoria (legal) de la reducción; por lo cual la incompatibilidad, en tal caso, es sólo aparente o transitoria".

Al argumento de que, en caso de estimarse como heredero aún antes de ejercitar la acción de reducción al legitimario preterido, sería necesario admitir la posibilidad de un *heres sine re*, replica que no es ese el supuesto, pues "existen bienes que pueden reivindicarse con el ejercicio de la acción de reducción", y que "únicamente puede decirse que el legitimario no adquiere la propiedad de los bienes hasta que haya ejercitado la acción de reducción, porque una cosa es la adquisición de la cualidad hereditaria y otra la adquisición de los bienes del *de cuius* dispuestos a favor de terceros".

"Porque la disposición lesiva de la legítima no es nula, sino sólo impugnable, deriva que, antes de la reducción, la propiedad de los bienes pertenece al instituido heredero o al donatario, y no puede hablarse de condominio a favor del legitimario. Únicamente a consecuencia de la reducción, que opera como una total o parcial resolución del título de adquisición del instituido heredero más allá de la parte disponible o del donatario, puede surgir un derecho de condominio entre el legitimario y el tercero; pero de esto no puede argumentarse que el legitimario no sea heredero *ab initio*."

Sin que obste tampoco a esta calificación, a juicio suyo, el hecho de que el legitimario haya recibido donaciones a cuenta de la legítima o a título de anticipada sucesión que igualen el valor de su reserva, por tanto, como "se trata de imputación del valor que legalmente le corresponda, debe contentarse con lo que ha recibido si su derecho queda satisfecho".

6. Para ver las inconsecuencias que presenta cada una de las referidas teorías, además de las críticas que recíprocamente se hacen los defensores de unas y otras, creemos conveniente añadir la que Men-

(46) LEONARDO COVIELLO: *Successione legittima e necessaria* (Milano, 1938), cap. XXVIII, §§ 3 y ss., en especial §§ 6, 7 y 8, pp. 303 y ss.

goni (47) dedica especialmente a las afirmaciones de Coviello. Su interés radica en que las inconsecuencias lógicas que vio en ella y en todas las demás, fue lo que mayormente le impulsó a aceptar la distinción formulada por Cicu.

A la afirmación de Coviello, según la cual el extraño instituido en la cuota indisponible "es verdaderamente heredero, pero bajo condición resolutoria legal de la reducción", ha observado Mengoni (48) que: "o yo interpreto mal el pensamiento transcrita por el ilustre civilista, o bien las referidas palabras se alinean, en lo sustancial, en el orden de las ideas de Santoro. De hecho, hasta que sobrevenga dicha condición resolutoria, el único heredero es el instituido, mientras el legitimario preterido no es heredero actual, sino que lo devendrá, con efecto que se retrotraerá al momento de la apertura, únicamente cuando haga reducir la disposición testamentaria."

Por eso, Mengoni, en principio, llega a aceptar que si la cuota de herencia de que habla el artículo 536 se identificase con la cuota que determina el artículo 556, la teoría de Santoro Pasarelli sería la única coherente.

Pero, en cambio, en contra de la opinión de Santoro Pasarelli, arguye dificultades en el terreno exegético, que el propio Mengoni (49) califica de graves. Al efecto, le opone el texto de los artículos 564, 557, § 3.º, 552 y 735 del *Codice*.

El artículo 564 comienza disponiendo que: "Il legittimario che non ha accettato l'eredità col beneficio d'inventario non può chiedere la riduzione delle donazioni e dei legati..." El artículo 557, § 3.º, en su apartado segundo, a la inversa, dice que de la reducción: "Non possono chiederla ne approffitarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla reduzione ha accettato con il beneficio d'inventario". De ambos deduce Mengoni que el legitimario es heredero y que, además, lo es antes de ejercitar la acción de reducción, ya que: "¿Cómo podría el legitimario preterido aceptar o renunciar la herencia, si no le hubiese sido deferida una cuota del hereditario, y si a tal efecto le fuese además necesario obtener la reducción?".

Sin embargo, este argumento de Mengoni es desecharado por Pino (50), pues estima que implica una petición de principio. En efecto, "diciendo que el legitimario preterido es heredero porque debe aceptar con beneficio de inventario, en virtud del artículo 564, se da por demostrado lo que debe demostrarse: que el artículo 564 sea aplicable al legitimario preterido. Es evidente que si, como parece, el legitimario preterido no es heredero mientras no haya sido declarada la reducción del testamento lesivo, el artículo 564 no se aplica; como no se aplica a los acreedores del legitimario que actúen por subrogación..."

(47) MENGONI: *La posizione...*, loc. cit., n. 1, pp. 500 y ss.

(48) MENGONI: loc. cit., p. 504.

(49) MENGONI: loc. cit., nn. 2 y 3, pp. 504 *in fine* y ss.

(50) PINO: op. cit., n. 13, p. 50, y n. 34, pp. 104 y ss.

El artículo 552 comienza afirmando que: "Il legittimario che rinuncia a conseguire i legatti a lui fatti..." Mengoni comenta: "aquí haría falta decir que el legitimario renunciante, cuando es preterido, renuncia, en realidad, a la acción de reducción y no a la herencia; pero así se va contra la letra de la ley, la cual precisamente habla de renunciar a la herencia".

Mas aquí también observa Pino (51) igual petición de principio. Se pretende que el artículo se refiere al legitimario preterido cuando se refiere al legitimario que es heredero, y lo que se trata de demostrar es, precisamente, si el legitimario preterido es heredero. El artículo 552 se ocupa del *legado a cuenta de la legítima* —a diferencia del artículo 551, que trata del *legado en lugar de la legítima*—, por lo cual en su supuesto de hecho "... el legado es atribuido a un legitimario llamado a suceder como heredero; consiguientemente, el artículo 552 prevé la hipótesis de renuncia a la herencia. Lo que significa que si... el montante del legado fuese igual al montante de la legítima, tal legado sería atribuido en porción de cuota de herencia, y sería... una institución *ex re certa*". Por todo ello, estima lógico que en caso de renunciar dicho legitimario a la herencia deba excluirse tal legado de la cuota hereditaria que se le había asignado, pero a la que ha renunciado, y que aquél sólo pueda valer si, satisfechos los demás legitimarios con su cuota hereditaria, quedan bienes relictos para cubrir la parte disponible a la cual cabrá imputarlo como simple legado.

Y el artículo 735, en su § 1.^a, dice que: "La divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti e nulla". De lo que deduce Mengoni (52): "Por lo tanto, si la división del testador es nula cuando un legitimario ha sido preterido, y lo es independientemente de la circunstancia de que el testador le hubiese o no previamente instituido en cuota abstracta, quiere decirse que, en este último caso, el legitimario es llamado *ipso iure*, en el momento de la apertura de la sucesión, a una cuota de herencia, precisamente a la cuota de reserva de que habla el artículo 536. Si así no fuese, no tendría derecho a ser comprendido en la división, la cual, por lo tanto, debería ser válida, salvo la acción de reducción".

Pero también Pino (53) objeta petición de principio. Ya que: "la invocación del artículo 735 no da, sin embargo, el debido relieve a la hipótesis de un legitimario que, aun habiendo sido preterido en la división, haya sido igualitariamente satisfecho con donaciones". Notemos que, en este sentido, las sentencias de *Cassazione* de 13 de enero de 1938 y 14 de diciembre de 1944 no reconocen derecho alguno en la partición, ni participación en la comunidad hereditaria al legitimario preterido que hubiese recibido donaciones en satisfacción de sus derechos.

(51) PINO: n. 13, p. 50, y n. 35, pp. 107 y ss.

(52) MENGONI: loc. últ. cit., n. 3, pp. 506 y ss.

(53) PINO: loc. cit., n. 13, p. 50.

Santoro Passarelli (54) había afirmado que "la ley atribuye al legítimario no una cuota de herencia como dice Cicut y también inexactamente el artículo 536 Cod. civ., sino una cuota del patrimonio del *de cuius*, como precisan los artículos 537 y ss., Cod. civ.". Esto hace meditar a Mengoni (55) que: "el susodicho argumento es peligroso para la misma teoría de Santoro: de hecho, si se niega que al legítimario le sea atribuida una cuota de herencia, se pone en dificultad la configuración del legítimario como heredero". Claro que la duda no existe para Mengoni, pues hace equivalente "cuota de herencia" y "cuota de patrimonio", basándose en que, conforme al artículo 588, las disposiciones testamentarias... "attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore...". Pero este argumento carece de valor para quienes —como luego veremos, v. gr., Azzariti— estiman que el patrimonio al que se refiere la cuota de legítima, o de reserva, lo integran el *relictum* líquido más el *donatum*, y, por tanto, no coincide con el patrimonio del *de cuius* referido en el artículo 588 del *Codice*.

7. Los puntos débiles de las posiciones que acabamos de sintetizar explican las críticas de quienes han tratado de romper el marco dentro del cual habitualmente se había encerrado la discusión. Esta rotura ha sido realizada por la teoría que, especialmente, es objeto de estas notas, pero, también, por la tesis que niega al legítimario su condición de heredero si no es instituido testamentariamente o no lo es *ab intestato* (Azzariti), y por el criterio que distingue la legítima (mera cifra contable que determina el montante mínimo a percibir por el legítimario) de la *quota hereditatis* que debe corresponder al legítimario en virtud de su ejercicio de la acción de reducción (Pino).

a) En 1933, en la revista *Diritto e Giurisprudenza*, Giuseppe Azzariti publicó un trabajo que tituló con una interrogación: "Il legittimario è erede?" (56). Y en él expuso la siguiente tesis: "Es heredero aquel que sucede en la universalidad (o en una cuota abstracta, lo que es lo mismo)... "entonces no tendremos la cualidad hereditaria en el instituido en cuota concreta"... e "igualmente no tendremos institución de heredero en la atribución de todo el patrimonio depurado de les deudas...". No es posible "por parte del *de cuius* atribuir la cualidad hereditaria a un sucesor si este último no sucede *in universum ius* o en una cuota, así del mismo modo no es constitutivo del título y de la cualidad hereditaria el conferimiento que haga la ley, si no está basado en el mismo requisito de la universalidad".

De lo que dedujó que el legítimario que sucede *contra testamentum*

(54) SANTORO PASSARELLI: *Vocazione legale e...*, nota 36, locc. cits., cf. *Saggi...*, II, p. 593.

(55) MENGONI: loc. cit., n. 5, p. 512.

(56) GIUSEPPE AZZARITI: *Il legittimario è erede*, reproducida en *Scritti Giuridici* (Padova, 1963), pp. 212 y ss. Véase también su estudio *Sul legato a facitazione di legittima*, n. V, publicado en "Rivista de Diritto Privato" de 1934 y recogida en sus *Scritti...*, pp. 260 y ss.

no es heredero. Porque "no le es atribuida una cuota de la universalidad", sino que su cuota se calcula "agregando ficticiamente al activo líquido el valor de los bienes donados". Y esa cuota "no coincide con la cuota abstracta del *ius defuncti*". Por otra parte, los preceptos que protegen la reintegración de lo que es su derecho, "presuponen todos que el legitimario no haya sido de algún modo satisfecho en su reserva y que la reclame de la sucesión".

Sobre este último punto, el mismo Azzariti ha insistido después en otros trabajos (57). En uno de ellos aplaude la sentencia de *Cassazione* de 13 de enero de 1938, que reconoció que "sólo cuando las donaciones recibidas sean insuficientes para la satisfacción de la legítima, puede pedirse el suplemento *in natura*" y que "no es debida la colación cuando los descendientes suceden como simples legitimarios". Por lo cual, concluye "que la acción de reducción no inviste al legitimario de una cuota del *universum ius*; y si se niega que el legitimario tenga la cualidad hereditaria solamente por su relación de parentela con el difunto, debe también reconocerse ineludiblemente que tampoco podrá adquirir tal cualidad reclamando la reducción".

Más recientemente (58), con referencia al *Codice civile* de 1942, ha expuesto su criterio de que el nuevo artículo 457 no admite más que dos únicas formas de delación, la testamentaria y la *ab intestato*, y que la acción de reducción "mira sólo a la reparación del perjuicio que con las disposiciones testamentarias se le haya ocasionado, haciéndole conseguir el *id quod interest*, es decir, una parte de los bienes, a extraer del complejo hereditario, correspondientes al valor de la cuota reservada".

A su juicio, "para que el legitimario desheredado pudiera conseguir la cualidad de heredero con el ejercicio de la acción de reducción, sería necesario admitir que el ejercicio de tal acción diera vida a una tercera especie de sucesión hereditaria *in universum ius*. Pero, a tal admisión se resiste todo el sistema edificado en la nueva ley que concibe los derechos de los legitimarios solamente como un límite a las normas de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada, y que, por lo tanto, se opone a la posibilidad de invocar, también a título de delación hereditaria *in universum ius*, la llamada sucesión necesaria".

β) Augusto Pino (59) rechaza "cualquier tesis según la cual el legitimario sea heredero por ministerio de la ley". Si, en su caso, el legitimario llega a ser heredero, la *cuota* en la cual es llamado no se identifica con la porción de bienes a él reservada". La razón, a su juicio,

(57) G. AZZARITI: *Sulla figura del legittimario*, en "Diritto e Giurisprudenza" de 1933, e *In tema di successione necessaria*, en la misma revista de 1934, e *In tema di legittima e di imputazione relativa alla riduzione*, también en dicha revista de 1938, sendas notas a dos sentencias de la "Corte di Appello", de Nápoles, y otra de la "Suprema Corte della Cassazione", la última, recogidas en sus *Scritti Giuridici*, pp. 225 y ss., 230 y 278 y ss.

(58) G. AZZARITI: *In tema di diritti riservati ai legittimari*, loc. cit., en especial nn. IV y V, *Scritti...*, pp. 272 y ss.

(59) AUGUSTO PINO: op. cit., introduz., n. 4, p. 15.

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

Sin embargo, cree (60) que cuando el legitimario preterido logra sentencia favorable en virtud de la acción de reducción, se hace ineficaz, con respecto al derecho de dicho legitimario reclamante, el título adquisitivo del instituido, con lo cual aquél podrá suceder *ex lege* en una *quota hereditatis* determinada indirectamente por el valor de la porción de legítima que quede por percibir al reclamante. "La sentencia de reducción, por tanto, hace ineficaz respecto al legitimario la disposición lesiva, y, en consecuencia, puede tener lugar la vocación *ex lege* establecida en el artículo 536, en cuanto venga a decaer la vocación testamentaria". Esa *quota hereditatis* "sólo puede ser determinada a posteriori, en relación al montante de bienes que aún sea necesario al legitimario para ser reintegrado de su legítima"… "Para el legitimario preterido —precisa—, los términos para aceptar la herencia discurren desde la sentencia de reducción, no desde la apertura de la sucesión".

v) Cariotta Ferrara (61) estima que el derecho del legitimario es un derecho potestativo, consistente en el derecho a investirse de la calidad de heredero consiguiendo o integrando la cuota con la acción de reducción. Para lograrlo ha de cumplir una condición positiva, la de hacer valer su calidad de legitimario y de conseguir su cuota de reserva, ya sea por medio de un acuerdo o ejercitando victoriuosamente la acción de reducción. Hay, pues, un período de incertidumbre o pendencia, que cesa con la consecución de un acuerdo o con la declaración de una sentencia favorable, que acepte la acción de reducción. Se trata, pues —según este autor— de una condición mixta, que depende de la voluntad del legitimario y de la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para la consecución de una sentencia favorable.

8. Efectuado el recorrido jurídico que llevamos caminado, podemos ya entrar con suficiente perspectiva al examen de las razones invocadas por los defensores de la distinción entre "*quota di riserva*" y "*quota di legittima*".

La razón y fundamento general nos lo ha referido sintéticamente Ciccu en la *Rivista del Notariato* (62): Había que aclarar algo que no

(60) PINO: capo V, nn. 43 y ss., pp. 128 y ss.

(61) LUIGI CARIOTTA FERRARA: op. y vol. cits., n. 41, pp. 37 y ss.

(62) CICCU: *Quota di riserva e quota di legittima*, "Riv. del Not." cit., pp. 21 y ss.

se explicaba satisfactoriamente. Era un hecho que la calificación de la legítima como “*quota di credità*”, en el antiguo artículo 808 y en vigente 536, chocaba —en opinión de la mayor parte de la doctrina— con el modo que era determinado en el artículo 822 antiguo y lo es en el 556 moderno, para calcular la cuota disponible y, por consecuencia, la legítima, puesto que no se determinan con relación al *universum ius del de cuius*. A los ojos de la mayoría, en el 808 viejo y en el 536 nuevo la legítima aparece como una *pars reservata* germánica, como una *quota hereditatis*, y, por el contrario, en el 822 viejo y en el 556 nuevo aparece como una *pars bonorum*.

Por otra parte, el propio Cicú alertó sobre el siguiente problema, que se halla conexo, con esa contraposición:

“Supongamos que el legitimario sea un hijo único, y que el testador haya instituido a otra persona en la disponible. La cuota del hijo es de la mitad. ¿Mitad en lo *relictum* o mitad en lo *relictum* acumulado con lo *donatum*? Esto último parece decir el artículo 556. En el ejemplo: *relictum*, 100; *donatum*, 50, la legítima sería, pues, 75. Como el legitimario tiene derecho a tomarlo de lo *relictum*, queda, por lo tanto, al instituido 25. ¿Cómo es posible entenderlo heredero por mitad? ¿Es que, por tanto, también la disponible es cuota de lo *relictum* acumulado con lo *donatum*? No, ciertamente, porque ningún derecho es concedido al instituido sobre las donaciones. ¿Y cómo, pues, es posible que las dos cuotas, la del legitimario y la del instituido, conserven la cualidad de cuotas si son calculadas sobre masas diferentes?”.

Luego veremos los puntos que otros autores tachan de inexactos que contiene este planteamiento. Pero, primero, vamos a continuar leyendo a Cicú:

“En mi curso sobre la *Successione legittima e dei legittimari* he expuesto la que me parece ser la única posible solución de este enigma, a saber, que al legitimario le corresponden dos derechos distintos: el derecho a una cuota de la herencia, es decir, del *relictum*, que es aquella que la ley propiamente denomina cuota reservada o de reserva, y el derecho a una utilidad líquida calculada por la norma del artículo 556.”

“Así —prosigue—, la discusión entre los que consideran la cuota del legitimario como *pars hereditatis* y los que la consideran como *pars bonorum*, es objeto de una composición dando la razón a ambas, equivocándose las dos tan sólo en cuanto no saben ver que al legitimario le corresponde una y otra.”

El derecho del legitimario a la segunda cuota, es decir, a la legítima, calculada conforme al artículo 556, sólo surge cuando “con la cuota de reserva (del artículo 536) no consiga el activo líquido que la ley le garantiza”, lo cual podrá ocurrir cuando el *de cuius* hubiese dispuesto por donación a favor de otras personas. La ley le atribuye para conseguir cubrir dicho activo líquido o *cuota de legítima*, la acción de reducción. La cual, en cambio, juzga innecesaria para reintegrarle la *cuota de reserva*, porque el *de cuius* no pudo disponer válidamente

de ella por ser *indisponible*. Por lo que “la institución en todo el “as” vale solamente como institución en la cuota disponible”.

9. Planteada así la tesis, en términos generales, veamos, en iguales términos, su crítica. A ese efecto pueden hacerse las siguientes observaciones:

1.^a *En cuanto al método*: Ante una aparente antinomía legal, y con el fin de resolverla, cabe seguir dos diversos caminos:

Uno, examinar analíticamente la realidad: el funcionamiento de tocas y cada una de las piezas del sistema, su *ratio* y cuál es, en cada caso, la solución justa; para elevarse, después de agotados todos los diversos supuestos posibles, a la elaboración sintética del sistema, pero cuidando de colocar la realidad de los resultados que sean justos por encima de las palabras técnicas que la ley exprese, siguiendo el viejo criterio hermenéutico que ya fue formulado por Celso (*Dig.*, I-III, 17), “*Scire leges non hoc est verba varum tenere, sed vim ac potestatem*”.

Otro camino, que fácilmente ha tomado el conceptualismo, ha discurrido tratando de armonizar lógicamente los conceptos aceptados como axiomáticos por uno u otro sistema, deduciendo de tales abstracciones la solución coherente intelectualmente con el régimen estimado aplicable a cada caso.

El filósofo belga Marcel de Corte (63) nos ha advertido de lo tentador que resulta el empleo de un método lógico de representaciones abstractas y de lo difícil y duro que es sujetarse al mundo de la experiencia vivida.

“Por pobre que sea el mundo de la representación desvitalizada, es el único hijo de las obras del espíritu autónomo, es querido, adorado, exaltado. Persuade intensamente. No hay nada tan oscuro y misterioso como lo real. Aquél, en cambio, es transparente de lado a lado. Lo que fabricamos en todas sus piezas, lo conocemos perfectamente y sin sombras. El espíritu se encuentra perfectamente en él. Creer en ese mundo es creer en sí. Y adherirse, es adherirse a sí mismo. Entre ese mundo y yo no hay ninguna diferencia a franquear.”

Pero ello da lugar —como subraya algo más adelante el mismo filósofo (64)— a un fenómeno de *alienación*. Así, una multitud de hombres “expulsados del mundo real, habitan otro mundo, que les domina, les obsesiona, dirige todos sus actos: son esclavos de sus sueños. El loco, decía con exactitud Chesterton, no es un hombre que ha perdido la razón, sino un hombre que ha perdido todo menos la razón. Alocada por su ruptura con la realidad, la razón humana emite, en un trance del espíritu, los ectoplasmas que le resultan oportunos, pero que una mirada atenta disipa instantáneamente”.

Hay que examinar, pues, si responde o no a la realidad la coherencia lógico conceptual de la construcción que estudiamos. En este segundo caso, habría que prescindir de ella y buscar otra explicación,

(63) MARCEL DE CORTE: *L'homme contre lui-même* (París, 1962, “Nouvelles Éditions Latines”, 1 rue Palatine), pp. 259 y ss.

(64) DE CORTE: op. cit., p. 310.

aunque fuese menos brillante y resultara de líneas menos regulares y esbeltas.

2.^a En cuanto a su justificación en el texto del "Codice civile", hay que advertir, en primer término, que el propio Ciccí (65), al afirmar que en la ley confluyen la legítima romana, con *pars honorum*, y la cuota de reserva del Derecho germánico, entendida como *pars hereditatis*, reconoce —en un inciso— que es así: "forse senza che il legislatore ne abbia avuto chiara conscienza".

Tan evidente parece esa falta de clara conciencia, que el artículo 556, que es —según Ciccí— el que determina el modo de calcular la "quota di legittima", se halla en la sección II del capítulo "Dei legittimari", sección distinguida con el epígrafe "Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari". Terminológicamente, "quota riservata" —según la denomina el epígrafe de la sección— es contrapuesta a la "quota di cui il defunto poteva disporre" —según expresa el artículo 556—, a la cual Ciccí solamente contrapone la llamada "quota di legittima".

Por otra parte, el artículo 735 —pieza fundamental, según veremos, para Ciccí y Mengoni en la estructuración de su tesis— lleva el epígrafe "Preterizione di eredi e lesione di la legittima", mientras su epígrafe segundo habla del coheredero "che è stato leso nella quota di riserva".

Y Mengoni (66) reconoce que en los artículos 553 y 560, § 1.^o, se habla de "quota di riserva" para indicar aquella que propiamente, según la teoría diferenciadora de Ciccí, es la "quota di legittima".

Barassi (67) no ha vacilado en reconocer como hecho confirmado que en el Código civil vigente las expresiones "legittima" y "riserva" continúan siendo usadas "promiscuamente".

No es extraño, pues, que Messineo (68) haya escrito de tal distinción que "comunque non fu presente al legislatore del 1.9.42".

3.^a Por lo que respecta a jurisprudencia, ésta ha desmentido repetidamente de modo implícito la posibilidad de admitir el sentido en que entiende Ciccí la *quota di riserva*. En efecto:

La sentencia de la "Corte Suprema della Cassazione" de 13 de enero de 1938, obliga al legitimario a imputar a su cuota de reserva las donaciones recibidas y no le reconoce derecho alguno en la partición si, con ellas, su derecho queda cubierto; estimando, además, que no ha lugar a colación si los descendientes suceden como simples legitimarios.

La sentencia de la misma Corte Suprema de 14 de diciembre de 1944 declaró que en el caso de que el testador haya dispuesto de todos sus bienes entre otros herederos, el legitimario lesionado no participa en la comunidad hereditaria hasta tanto que no haya sido ordenada la reintegración de su cuota con la acción de reducción.

(65) CICCÍ: loc. cit., p. 23.

(66) MENGONI: *La posizione...*, loc. cit., p. 499.

(67) BARASSI: op. cit., n. 90, p. 254.

(68) MESSINEO: op. y loc. cits.

La sentencia, también de *Cassazione*, de 29 de marzo de 1946 estimó que cuando el legitimario ejercita la acción de reducción del artículo 735, § 2.^o —referida, según Cicut, a la *pars reservata*, como después veremos—, también se haya obligado a la imputación *ex se* de las donaciones que hubiese recibido.

No es, por lo tanto, de extrañar el disgusto con que Mengoni (69) lo constata, desde su punto de vista favorable a la distinción cuestionada, al decir que es un “problema siempre de actualidad, como lo demuestran las frecuentes decisiones de la Corte Suprema, la cual insiste en una solución que ciertamente es la menos aceptable” (a juicio de Mengoni, naturalmente).

4.^a Parte del presupuesto de que la cuota disponible testamentariamente es cuota solamente de lo “*relictum*” sin que deba serle sumado lo “*donatum*”, porque “ningún derecho es concedido al instituido sobre las donaciones”. Sin embargo, el hecho de que ficticiamente se sume lo *donatum* a lo *relictum* para fijar la parte disponible, no significa que el destinatario de ésta tenga derecho alguno a lo *donatum*, pues de lo que se trata es sólo de hacer un cálculo (70) para conocer el total de lo que el *de cuius* pudo disponer a título gratuito, y, por consiguiente sustracción de lo que ya dispuso inter vivos que no sea imputable a la legítima, de cuál es el montante de la cuota que le queda disponible en lo *relictum*.

El 556 del *Codice* vigente dice literalmente “*sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto poteva disporre*”; es decir, sobre el “as” formado por la suma de *relictum* y *donatum*.

De esta suma se deduce contablemente la parte disponible y, en consecuencia, la indisponible, y se imputan, también contablemente, a una o a otra, las donaciones. A la disponible, las hechas a extraños o a legitimarios si se les dispensó de imputárlas a la legítima. A la indisponible, las hechas a los legitimarios sin tal dispensa (72). Así resulta del § 3.^o del artículo 564, que dice: “*In ogni caso il legittimario, che domanda la riduzione di donazioni o di disposizione testamentarie, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni e*

(69) MENGONI: *La posizione...*, loc. cit., p. 499.

(70) PINO (op. cit., cap. II, n. 12, pp. 44 y s.) ha recordado que la doctrina siempre ha subrayado “el carácter *ficticio* de la reunión entre *relictum* y *donatum*” y que no cabe duda de “que la masa patrimonial de que habla el artículo 556 es un mero resultado de cálculo, y por tal motivo... es llamada *masa de cálculo*”.

(71) BARASSI (op. cit., n.^o 96, p. 272) observa que la reunión ficticia, al extender la cuota de la cuota disponible con la suma de lo donado, permite al heredero no legitimario “hacer valer su derecho, dentro de los límites de su cuota, sobre los bienes existentes en el as hereditario”, pero sin que sobre lo “*relictum*” pueda hacer valer la acción de reducción que “en todo caso no corresponde más que al legitimario”.

(72) Cfr. BARASSI: loc. cit.; BARBERO: op. y vol. cits., n. 1.001, p. 892 y n. 1.106, p. 906; los AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., n. 134, p. 217; PINO: op. cit., n. 43, p. 128; TRABUCCINI: op. cit., n. 385, p. 789; MESSINEO: op. y vol. cits., 191, n. 1 bis, p. 220 y n. 6, p. 224; GIANNATTASIO: op. y vol. cit.; art. 556, nn. 1 y 5, pp. 325 y 328.

legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato".

Este era el criterio admitido en el régimen del viejo *Codice* de 1865, incluso por los autores que defendieron más acérrimamente el carácter de "riserva" de la "legítima". Ferrara (73) lo explicó diciendo que las donaciones hechas a los legitimarios pura y simplemente "no son sino *anticipos de herencia* y, por lo tanto, asignaciones hechas en vida a la cuota legítima que será debida a la muerte". Coviello (74) explicó que, verificada la computación, es preciso saber qué donaciones deben imputarse a la disponible y cuáles "a la cuota de reserva", y que el legitimario que haya recibido donaciones, el valor de las cuales "iguala la cuota de reserva", "debe contentarse con aquello que ha recibido".

Los Tribunales daban frecuentemente por sentado que los legitimarios que por donación hubieren recibido su legítima no tenían derecho alguno sobre lo relicko (75).

Pero es que, además, en Francia, donde la legítima tiene evidentemente el carácter de *reserva* atribuida legalmente, donde sólo los legitimarios son herederos y lo son sólo por ministerio de la ley, sin embargo, tanto la reserva como la cuota disponible, son cuotas ideales de la suma de *relictum* y *donatum*. Así, el artículo 922 del *Code* nos dice que, a los bienes existentes a la muerte del causante se agregan ficticiamente todos los donados en vida por el difunto, para calcular la cuantía de que ha podido disponer.

Planiol, Ripert, Trasbot y Loussouarn (76) nos lo exponen con claridad:

"Para saber si la cuota disponible ha sido sobrepasada y en qué medida las donaciones y legados deben ser reducidos, son necesarias dos operaciones previas. La primera es la formación de la masa de bienes; de la cual deberá extraerse la reserva, cuya cuota es fijada por la ley. Una segunda operación consiste en la imputación de las diversas liberalidades, que se efectúa para unas en la reserva, para las otras en la cuota disponible..."

Como resumen de estas cuatro observaciones, no creemos que resulte aventurado afirmar que, aun siendo cierto que la tesis de Cicu con respecto a las premisas en que se apoya resulta coherentemente lógica, en cambio:

a) No responde a la terminología del *Codice* ni parece que el legislador al redactarlo la tuviera en cuenta.

b) Que eso no es nada de extrañar, puesto que en el viejo *Codice* a ningún autor se le ocurrió suponerla, como lo prueba el hecho de

(73) FERRARA: op. y loc. cits., n. 9, cfr. en *Scritti...*, III, p. 51.

(74) LEONARDO COVIELLO: op. cit., cap. XXXIII, 4 y ss., pp. 364 y ss., y cap. XXVIII, 8, pp. 312 y ss.

(75) Cfr. G. AZZARITI: *Sulla figura del legittimario e In tema di successione necessaria*, locs. cits. (*Scritti...*, pp. 225 y ss. y 230 y ss.).

(76) MARCEL PLASTOL, GEORGES RIPERT, ANDRÉ TRASBOT e YVON LOUSSOUARN: *Donations et Testaments*, T. V del *Traité Pratique de Droit Civil Français*, de Planiol y Ripert (2.^a ed. París, 1957), n. 53, p. 70.

que todos computaron la parte disponible de un modo que resulta incompatible con dicha teoría.

c) Que la jurisprudencia se halla en desacuerdo con sus presupuestos.

d) E, incluso, que no concuerda con el modo como son calculadas la cuota disponible y la cuota de reserva en el derecho francés, del cual —según el mismo Ciccí— tomó el *Codice italiano* de 1865 su artículo 808, y, por derivación de éste, el vigente su artículo 536, que define la “*legittima*” como cuota que “*la legge riserva*”.

Se trata, pues, de una teoría que no está montada sobre datos reales, sino sobre ideas y conceptos; que conforme a éstos es lógica, pero que no parece que sea verdadera. Ahora, lo que conviene analizar es si responde a criterios *justos* en su aplicación práctica concreta, y si, en ésta, puede o no atisbarse su adecuación para clarificar útilmente la realidad jurídica. Esto es lo que a continuación trataremos de averiguar.

10. Pero, acerca del problema que se plantea al confrontar los artículos 536 y 556 del Codice, aún hay algunas facetas más que examinar, que surgen al hacerse entrar en juego los artículos 537 y ss., y que conviene examinar previamente.

Ciccí (77) razonó tomando como base el artículo 537 del *Codice*, en la parte que dice: “*A favore dei figli legittimi e riservata la metà del patrimonio...*”, y jugando con el planteamiento de ejemplos sobre esa base y de lo dispuesto en el artículo 556 del mismo *Codice*. Pero sus ejemplos presentan el defecto de sufrir confusión entre una “*pars bonorum*” de *valor líquido igual a la legítima*, de una parte, y de otra, una *cuota de activo patrimonial líquido*, considerada en el sentido de que todas las deudas del finado recaigan sobre el resto del patrimonio. Defecto agravado por el hecho de achacar a la parte contraria que sigue esa segunda concepción y no la primera. Lo *relictum* puede estar liquidado o no de sus deudas; sin que, en uno y otro caso, varíe su valor, así como no puede haber disparidad entre la *resta* y la diferencia que media entre *minuendo* y *sustraendo*. En cambio, lo que no es posible que nadie haya pretendido es que la herencia se escinda en una parte líquida, y otra sin liquidar, a la que se carguen todas las deudas, como plantea Ciccí en los ejemplos que luego critica.

Por eso, nos parece preferible examinar el planteamiento de Mengoni (78), que no presupone gratuitamente en la posición contraria aquella confusión, que Ciccí le atribuye sin demostrar que hubiera incurrido en ella. Veamos su ejemplo:

“Supongamos que el *de cuius*, después de haber donado en vida 50, deja un *relictum* de 100 y un hijo. Este último tiene, sobre lo *relictum*, derecho a tener 75. Si esa fuese la cuota hereditaria del reservatario, éste sería heredero por 3/4 y, por consiguiente, si lo *relictum* estu-

(77) CICCÍ: *La successione legittima e dei legittimari*, cit., Parte II, cap. I, nn. 6 y 7, pp. 160 y ss.

(78) MENGONI: *La posizione....*, n. 4, loc. cit., pp. 513 y s.

viese afecto a deudas por 50, debería responder de ellas en esa proporción. En cambio, el hijo contribuye al pago de las deudas sólo por mitad, es decir, por 25. Argumentando en base al artículo 752, se concluye que el hijo es heredero por mitad. Así su participación en la herencia viene rectificada en los términos de la fracción enunciada en el artículo 537. Pero se deduce claramente que esta cuota (cuota de herencia) y aquella determinada en la norma del artículo 556 son entidades *diversas*, si bien aritméticamente iguales. Para sostener lo contrario haría falta demostrar que, a los efectos de la sucesión necesaria, la herencia está constituida por lo *relictum* más lo *donatum*: cosa imposible, porque la misma ley advierte aquí que la reunión de los bienes donados es puramente ficticia, es decir, no comporta su ingreso en una masa hereditaria. Ni tal ingreso tiene lugar como consecuencia de la acción de reducción."

Varias observaciones cabe hacer al planteamiento de Mengoni, y quizás atendiéndolas con cuidado el problema nos parecerá menos insoluble. Pero, antes de comprobarlo, creemos preferible terminar de escuchar lo que a continuación el propio Mengoni sigue exponiendo:

"La cuota del patrimonio que, en diversa medida, los artículos 537 y siguientes reservan a los parientes en línea recta, es, en cuanto *pars hereditatis* (art. 536) cuota solamente de lo *relictum*, gravado con el pasivo; cuota, por tanto, de activo y de pasivo, la adquisición de la cual inviste al legitimario de la cualidad de heredero. Corresponde al concepto de la *réservé germanica*, la cual estaba constituida por una cuota del patrimonio familiar, sin tener en consideración los bienes donados en vida. La cuota determinada por la norma del artículo 556 es, en cambio, cuota de activo líquido, es decir, *pars honorum*, según el concepto de la *legítima romana*, y es calculada con una masa compuesta de lo *relictum* (*deducto aere alieno*) integrado con lo *donatum*."

"Por cuanto aquí se razona, la distinción de Cíci aparece aún más clara. En el plano dogmático, reproduce impeccablemente la evolución histórica de la *réservé coutumière*, a la cual, como es sabido, sucesivamente se ha yuxtapuesto, con carácter supletorio, la institución romana de la legítima. Yuxtaposición que, en el Código napoleónico, no ha llegado a ser fusión, por el solo hecho de que fue abolida la distinción entre los *propres* y los *acquêts*: la *pars honorum* correspondiente al legitimario continúa siendo calculada respecto de una masa diferente de aquella a la que se refiere el concepto de cuota hereditaria. Y por eso, cuota de herencia reservada y porción legítima continúan siendo entidades inconfundibles. Si en el ordenamiento francés no asoma la exigencia dogmática de una diferenciación es porque en ese la cuota hereditaria no tiene, como entre nosotros, la función de investir de la cualidad de heredero."

Los tres transcritos párrafos de Mengoni, puestos en orden escolástico, contienen en síntesis el siguiente silogismo:

Premisa mayor. La *réservé germanica* es una cuota de herencia, con su activo y su pasivo, sin inclusión de lo donado y atribuida directamente por la ley; y la *legítima romana* es una porción de la suma

del activo líquido relichto y de lo donado, que el legitimario puede reclamar.

Premisa menor. En el *Codice civile italiano*, los artículos 537 y siguientes, en relación con el artículo 536, establecen la cuota de herencia que el legitimario tiene reservada por la ley; y el artículo 556 calcula la legítima computando el activo líquido más lo donado por el *de cuius*.

Conclusión. Laigo se trata de dos cuotas diferentes y de naturaleza y origen diversos, correspondiente la primera a la reserva germánica y la segunda a la legítima romana.

El razonamiento es perfecto en el orden lógico formal. Pero su premisa mayor contiene un error, que la invalida en cuanto no resulta cierta la radical contraposición que establece. Y su premisa menor no parece que responda fielmente a lo que dispone el Derecho positivo italiano ni que haya sido aceptada por la jurisprudencia, según hemos visto, y sus razones, como luego veremos, han sido convincentemente contrarrestadas por otros autores.

A) Veamos primero la falsedad de premisa mayor: *Negamos que sea cierto que la reserva germánica "estaba constituida por una cuota del patrimonio familiar, sin tener en cuenta los bienes donados en vida".* En efecto:

La reserva germánica vino predeterminada por la originaria comunidad de derechos que sobre el patrimonio doméstico existía entre padres e hijos. De ella derivó el *Wartrecht* o antiguo *derecho de expectativa* (79). "Los bienes familiares —explicó nuestro maestro García de Valdeavellano (80)— no pertenecían al padre, sino a todos los miembros de la familia. Aquél los tenía solamente en su *Gutere*, pertenecían a toda la comunidad doméstica, y al morir el padre quedaban vinculados a los miembros supervivientes de la comunidad."

El *derecho de expectativa* también se tradujo en otra forma, llamada moderna, consistente en el *Beispruchsrecht* o *derecho de consentimiento formal*. En su virtud, la enajenación de los bienes raíces se hacía depender del asentimiento de los herederos más propícuos. De tal modo que, si su enajenación era hecha sin su consentimiento, podrían impugnarla dentro del año y día con el efecto de traer para sí el bien enajenado (81).

Es verdad que la posterior evolución del Derecho germánico ofrece cierta relajación de ese principio de la propiedad en mancomún de la familia. Se abre paso a la posibilidad de disponer del llamado *Freiteil* o cuota de libre disposición. Y se debilita el *derecho de consentimiento*, sea limitándolo a los bienes raíces que el causante hubiese heredado

(79) Cfr. BRUNNER-VON SCHEWERIN: *Historia del Derecho germánico*, § 57 (véase la traducción castellana de la 8.^a alemana, anotada por J. L. Alvarez López, Barcelona, 1936, p. 244).

(80) LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO: *La cuota de libre disposición en el derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media (Notas y Documentos)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. IX (Madrid, 1932), p. 132.

(81) Cfr. BRUNNER-VON SCHEWERIN: op. cit., § 57, pp. 244 y ss.

(*propres* o troncales), excluyéndose los que él hubiese ganado (*acquêts*), o bien transformándose en un derecho de compra preferente o en un derecho de retracto gentilicio (82).

En el Derecho histórico francés se observan estas mismas características. Los parientes con derecho a la *réservé* estaban dotados de la llamada *saisine virtuelle*, que tenía la virtud de paralizar la disposición que el causante hubiese realizado en perjuicio de aquéllos. Más tarde aparece la *laudatio parentum*, o autorización de los parientes con derecho a la reserva, que permitió convalidar las disposiciones que, en otro caso, no podrían perjudicar a los reservatarios, quienes, una vez fallecido el causante, podrían exigir la restitución de los bienes mediante el ejercicio de la acción llamada *chalance*, *calumporia* o *caumnia* (83).

Se comprende así la invalidez de las donaciones a extraños, y que las otorgadas por el padre a los hijos tuvieran que integrarse en el haber partible, a no ser que —una vez admitida la cuota de libre disposición— cupiesen en la porción disponible.

Pothier (84) nos explica, a este respecto, que en el *droit coutumier* pudieron distinguirse tres principales especies de costumbres:

a) Las que permitían a los padres, dentro de los límites de la parte disponible, donar *inter vivos* a los hijos y dispensarles de colacionar (Berri, Bourbonnois Novernois).

b) Las llamadas “*coutumes d'égalité*”, que obligaban a los hijos a llevar a la herencia todo lo recibido de los padres aunque renunciasen a su sucesión (Dunois, Touraine, Anjou, Le Maine).

c) La mayoría de las *coutumes*, entre ellas las de París y Orleans, que sólo obligaban a los hijos a colacionar lo donado cuando efectivamente heredasen, pero no si renunciaban a la sucesión.

Las Costumbres de París, que —en su art. 303— recogieron el principio de igualdad germánica, consecuentemente a la prohibición de mejorar por donación a un hijo con respecto a los demás, dispusieron, en su artículo 304, que: “Les enfants venant à la succession de père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné pour, avec les autres biens de la dite succession, être mis en partage entre eux, ou moins pendre”. Subrayemos que la *coutume* dice “avec les *autres* biens de la dite succession”, con lo cual literalmente considera los bienes donados como integrantes de la sucesión.

Mengoni (85), al parecer, entiende que en *droit coutumier* los bienes donados no formaban parte de la cuota hereditaria del reservatario, lo que deduce del examen de una duda tratada por Pothier (86).

(82) Chr. BRUNNER-VON SCHEWFRIN: loc. cit., p. 245.

(83) Chr. JEANTET: *Le droit de réserve en nature* (París, 1939), núms. 42 y ss., pp. 23 y ss.

(84) POThIER: *Traité des successions*, chapitre IV, article II, § 1º, cfr. en *Oeuvres de Pothier*, t. XII (nouvelle édition, París, 1925), pp. 536 y ss.

(85) MENGONI: loc. sít. cit., nota (36), p. 512.

(86) POThIER: *Traité des entre-vifs*, sect. III, art. VI, III, cfr. en *Oeuvres...*, t. XIII, p. 332.

Este, ocupándose de la *coutume* de Blois, planteó si el heredero, en provecho del cual se verificó la invalidación de donaciones, responde con ellas de las deudas de la sucesión si aceptó ésta a beneficio de inventario. Y su respuesta se limitó a señalar dos posibles soluciones:

a) "On peut dire, pour l'affirmative, que cette légitime étant accordée à l'héritier en sa qualité d'héritier, il est censé avoir les choses retranchées à titre d'héritier, et par conséquent ces choses doivent être censées faire partie de la succession, et en conséquence être sujette aux dettes."

b) "On peut dire au contraire que ces choses retranchées ne sont pas de la succession, puisque le donateur s'en étoit dessaisi de son vivant; qu'encore bien que le droit qu'à l'héritier, d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier, néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tienne du défunt et auquel il ait succédé au défunt, puisque le défunt ne l'a jamais eu; il le tient donc pas du défunt ni de la succession, mais de la loi. Ces choses retranchées ne font donc pas partie de la succession".

De esa doble posibilidad, Mengoni se ha limitado a transcribir la frase final de la segunda, omitiendo el adverbio "donc" que delimita la *ratio* de esa segunda posible solución. De ella podemos destacar la afirmación de Pothier de que: "*le droit qu'a l'héritier d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier*"; y la contrapartida, de que: "*n'est pas un droit qu'il tienne du défunt*", sino que lo deriva "*de la loi*".

Se trata de una solución de justicia "*in concreto*". El *Wartrecht*, la *salsine virtuelle*, quedan ya lejos. Se ha admitido, en cambio, la aceptación a beneficio de inventario. Las deudas del causante posteriores a la donación, se observa que no tienen por qué afectar a quien recupere los bienes donados para ser satisfecho de su reserva. Por otra parte, se percibe que si bien el reservatario es por ley heredero, "*solus Deus potest facere heres, non homo*", no obstante lo que recibe en virtud "*retranchement*" no lo obtiene como sucesor del *de cuius*, aunque lo obtenga "*attaché à sa qualité d'héritier*". Las razones de justicia de la institución —si bien ya no las conceptuales— siguen vinculando *relictum* y *donatum* al efecto de fijar y cubrir la "*réserves*"; pero, en cambio, no vinculan lo *donatum* a las deudas del donante posteriores a la donación.

Por eso, a pesar de que la *réserves* del *Code de Napoléon*, ya no distingue muebles ni inmuebles, ni "*propres*" ni "*acquéts*", la *réserves* sigue siendo cuota de la suma de *relictum* y de *donatum*, como lo es también la porción disponible. Si bien, ambas en su aplicación *mortis causa*, están reducidas por la resta que significan las consiguientes imputaciones; y nor el límite que supone el propio caudal, sin perjuicio de la reducción de las donaciones que sólo es posible para integrar la reserva pero no la porción disponible.

No puede, pues, en modo alguno decirse que la reserva germánica sólo sea cuota de herencia.

En cambio, en Derecho romano, antes de nacer la *querela inoffi-*

ciosae donationis, la legítima sólo se calculaba de lo *relictum*, en relación a la cuota hereditaria que concretamente correspondería *ab intestato* al legitimario querellante. Cuota a la que únicamente debía imputarse, además de lo dejado en testamento, o por donación *mortis causa*, las siguientes atribuciones *inter vivos*: dotes y donaciones *propter nuptias* (87) o para la compra de un cargo público (88) y las donaciones verificadas con expresa declaración de hacerse como anticipos de legítima (89).

Al aplicarse la *querela inofficiosae donationis* se amplió notablemente el ámbito de la computación; pues todas las donaciones, aunque no resultasen inoficiosas, debían computarse para comprobar la inoficiosa de las ulteriores (90) y de las disposiciones testamentarias (91). A la par que, a efectos de esa segunda querella, el legitimario debía imputar a su legítima todas las donaciones, sin distinción, que hubiese recibido del causante (92).

De este modo, en Derecho romano hallamos dos masas de cálculo distintas con diversidad de criterio en cada una en cuanto las donaciones a imputar a la legítima, según se ejercitara la *querela inofficiosa testamenti* o la *querela inofficiosa donationis*. Hipótesis que no hallamos en Derecho germánico, en contradicción de los razonamientos de Mengoni.

B) *Negación de la premisa menor, que presupone que la cuota determinada en los artículos 537 y ss., en relación al 536, es diferente a la calculada conforme al artículo 556, por cuanto son diferentes las masas patrimoniales a las que respectivamente se refieren.*

La base del razonamiento —como antes vimos— estribaba en que, conforme el Derecho italiano, los llamamientos atribuyen la cualidad de heredero “*se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore*”, según su artículo 588; siendo así que el artículo 536 califica la legítima de “*quota di eredità*”, y los artículos 537 y ss. refieren la respectiva cuota, que cada uno de ellos respectivamente determina, al “*patrimonio*” del causante, mientras que el artículo 556 señala como base para el cálculo de la “*legittima*” lo *relictum* líquido más lo *donatum*.

Sin embargo, es evidente que la diferencia sólo existirá si damos un significado estricto, restrictivo, a las expresiones “*quota di eredità*” y “*patrimonio del genitorii*”. La cuestión consiste, precisamente, en determinar si existe tal rigor en el empleo de dichas expresiones que estos preceptos hacen; o bien, si hay que entenderlas lata e imprecisamente, con la amplitud e imprecisión técnica que resulta del

(87) *Cod.*, III-XXVIII, 29.

(88) *Cod.*, h. t., 30, § 2.^a, donaciones “*ad emandam militium*”.

(89) ULPIANO: I, II *Disputationes*, recogido en *Dig.*, V-II, 25, pr.

(90) Véase la *ratio* de las Constituciones del título XXXI del libro III del *Codex* y la Novela 92, cap. I, segundo versículo.

(91) *Cod.*, h. t., 1, 7 y 8 y *Dig.*, XXXI-único, 87, § 3.^a.

(92) Cfr. WINDSCHEID: *Il Diritto delle Pandette*, § 586, nota 9, vers. italiana anotada por Fadda y Bensa (Turino, 1925). T. III, p. 272.

criterio interpretativo que aconseja atender más al contenido que a las palabras con las que se quiere expresarlo.

Y, por otra parte, también podría preguntarse si la diferencia no es sino un espejismo, fruto de la aplicación idealmente rígida de unos preconceptos doctrinales. Así, se estima indudable que el artículo 536 decide la cualidad de heredero del legitimario. Y se considera, en cambio, que la cuota determinada por el artículo 556 no es una cuota de herencia, no es una cuota tal que su atribución deba conferir a su destinatario la condición de heredero conforme al artículo 588.

Pero, con ello, se prejuzga que la cualidad de heredero asignada al legitimario coincide con la que, en el propio *Codice civilé*, determina la calificación como heredero del instituido en testamento.

Es sabido que el concepto de heredero del Derecho romano no coincide con el del Derecho germánico ni con el del francés, ni ninguno de los dos con el concepto de heredero testamentario del artículo 588 del *Codice civilé* italiano. En el antiguo Derecho germánico, en el Derecho histórico de las regiones francesas de *droit coutumier* y en el *Code de Napoleón*, heredero es el que se halla en determinada relación familiar con el *de cuius*. Y según la Novela 115, cap. III, de Justiniano, el legitimario debía ser instituido heredero, pero el honor del título bastaba si el contenido de la *portio debita* quedaba cubierto con una *pars bonorum*, es decir, sea con una *institutio ex re certa* o mediante la imputación de donaciones.

¿Quién puede, pues, asegurar que la cualidad de heredero del “*legitimario*” coincide con la determinada en el artículo 588 del *Codice* para el instituido en testamento, y no con la requerida para el legitimario justiniano o con la del “*réservataire*” del *droit coutumier* y del *Code de Napoleón*? Tanto más cuanto, por una parte, se asigna a la “*legittima*” italiana la misma cualidad de la “*réserve*” y, en tanto, por otra parte, el instituido heredero, según el artículo 588, coincide, en cambio, con el instituido *heres ex asse* del Derecho romano.

Pero, además, se ha advertido que las cuotas que no se corresponden entre sí: no son las de los artículos 537 y ss. con las del artículo 556, sino la del artículo 536 con las de los artículos 537 y ss. Precisamente estas se calculan en la forma determinada en el artículo 556, mientras que la “*quota di eredità*” de que habla el artículo 536 es el resultado final después de restar de la herencia la cuota disponible en cuanto el causante no hubiese dispuesto de ella por actos intervivos. Pino (93) ha expuesto brillantemente este criterio, que procuraremos reproducir, en síntesis, utilizando sus mismas palabras en cuanto la brevedad nos lo permita.

El reservatario francés es heredero; sucede por ley en una cuota de herencia, pero la cuota indisponible (del art. 922 del *Code*) no es necesariamente *quota hereditatis*. La *quota hereditatis* del reservatario se extiende sobre lo relleto tanto cuanto sea necesario para cubrir el

(93) PINO: op. cit., núms. 12, 13 y 14, pp. 45 y ss.

valor de la cuota indisponible. Aquella, por tanto, se calcula sobre la indisponible, pero no es la indisponible.

Algo similar —continúa Pino— ocurre en el Derecho italiano. Hay que distinguir “entre la *quota hereditatis* y el *quantum* que la ley reserva al legitimario”... “Es evidente que el mismo artículo 537, por ejemplo, no puede establecer, *simultáneamente*, que el hijo suceda en la mitad de lo *relictum* y tenga derecho a una cantidad de bienes de valor igual a la mitad de *relictum* + *donatum*, porque razonando así se atribuiría a la norma un significado contradictorio.” Y, efectivamente, sería así, si este artículo, único que determina la cuota reservada al hijo o a los hijos como legitimarios (ningún otro señala su cuota de legítima en sentido lato), se le refiriera, en cuanto al denominador de la participación, a la vez a dos masas diversas, que divididas por un mismo divisor darían resultados diferentes, pues una sería mayor o menor que la otra según lo *donatum* fuese imputable en mayor cuantía a la parte disponible o bien a la porción legítima.

A su juicio, “los artículos 537 y ss. no establecen la *quota hereditatis* a la cual son llamados los legitimarios, sino que se limita a disponer que, a éstos, les es reservada una cantidad de los bienes del *de cuius*, determinada con los criterios de cálculo y de valoración indicados en el artículo 556”.

Por eso, más adelante, el mismo Pino (94) añade: “La vocación predeterminada en el artículo 536 no tiene lugar por una *quota hereditatis* coincidente con la porción de los bienes de los artículos 537 y siguientes... la *quota hereditatis*, reservada al legitimario, puede ser más restringida o más amplia que la porción reservada por los artículos 537 y ss.”. Más restringida si el legitimario hubiese recibido donaciones imputables a su legítima conforme al artículo 564. Más amplia, en el sentido de que pueda abarcar mayor porción de herencia, e incluso la totalidad, para cubrir la cuota de los artículos 537 y siguientes calculadas conforme al artículo 556, si con lo *donatum* se amplía la masa de cálculo de la reserva.”

La *quota hereditatis* —concluye— es, pues, determinada indirectamente, “es decir, en relación a cuanto aún reste o a cuanto sea necesario para que obtenga en concreto la legítima correspondiente”. Por eso, señala la *elasticidad* como una característica de la vocación legal del legitimario a la herencia.

Así, el legitimario que no haya tenido cubiertos sus derechos por donaciones *inter vivos* (Ss. Cass. 18 enero 1938 y 29 marzo 1946) o que no haya optado por un legado en lugar de su legítima (art. 551) tendrá derecho —según el art. 536— a una *quota hereditatis* que será igual a la diferencia que reste entre lo recibido por donación imputable a su legítima, conforme al art. 564, § 2º —y el montante de ésta determinado tomando como dividendo la masa calculada conforme al artículo 556, y como divisor el fijado en el artículo pertinente de los 537 y siguientes.

(94) PINO: núms. 43 y 44, pp. 127 y ss.

11. Hemos visto anteriormente, 5, b), las diferentes explicaciones de la acción de reducción, enfocada unitariamente, tanto si era referida a lo *relictum* como a lo *donatum*.

Recordemos que para Ferrara no se trata de invalidar una disposición, porque la disposición del *de cuius* que afecta a la legítima es ineficaz; sino que se trata de reintegrar unos bienes que *ex lege* corresponden a los legitimarios y de los que el *de cuius* no pudo disponer. El mismo criterio lo aplica a las donaciones *inter vivos*. Su explicación es la siguiente (95): "las donaciones del *de cuius* se entienden hechas bajo la condición resolutoria de no violar la legítima, y por eso tal lesión produce la resolución de las donaciones *ex tunc*, esto es, desde el momento de la apertura de la sucesión y la acción de reducción tiende *de facto* a hacer declarar efectuada esta resolución y, por esto, a hacer declarar los bienes donados *correspondientes a la cuota de legítima*".

Pero que —conforme igualmente vimos (núm. 6)— la crítica de Santoro Pasarelli fue considerada decisiva y no superada por las réplicas de Coviello, que no logró escapar a las dificultades puestas por aquél, según ha reconocido el propio Mengoni.

Cicu y Mengoni creyeron salvarlas aplicando la pretendida distinción entre *cuota de reserva* y *cuota de legítima*.

Con esta distinción, Cicu entendió que:

a) La *cuota de reserva* es adquirida *ipso iure* por su cualidad de heredero y no como consecuencia de la acción de reducción. Es decir, que si lo *relictum* es 100, el hijo adquiere automáticamente 50, aunque haya sido preterido (96).

b) La *cuota de legítima*, cuando ésta es lesionada, sólo puede ser satisfecha mediante la acción de reducción de las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* que la lesionen, acción que no es de nulidad ni de anulabilidad, sino de carácter personal dirigida a obtener el activo líquido que falte al actor para cubrir su legítima (97). Es decir, si, en el ejemplo anterior, el *de cuius* hubiese donado 100 a un extraño, el hijo preterido, además de adquirir *ipso iure* los 50 de su *cuota de reserva*, podría exigir el remanente de su *cuota de legítima* (210 : 2 = 105 ; 105 - 50 = 55) ejercitando la acción de reducción de las disposiciones testamentarias (con lo que obtendría de lo relicito los restantes 50) y la acción de reducción de la donación, en cuanto a los cinco que aún le faltaba por percibir.

Mengoni (98) ha desarrollado y matizado técnicamente esta diferencia:

"Si el legitimario no es llamado *ex testamento* o *ab intestato* en una cuota igual o superior a la cuota de reserva, ésta le es deferida *ope legis*, contra el testamento, comprimiendo automáticamente la es-

(95) FRANCESCO FERRARA: loc. cit., n. 11, nota 21, cfr. *Scritti...*, III, p. 55.

(96) Cicu: *Successioni legittima e dei legittinari*, cit., Parte II, Cap. II, n. 2, p. 172.

(97) Cicu: op. y part. últ. cits., Cap. VIII, n. 1, pp. 278 y ss.

(98) MENGONI: *La divisione testamentaria*, cit., nn. 88 y ss., pp. 213 y ss.

cacia de la *heredis institutio* en los límites de la parte disponible. Bajo este perfil, la tutela del legitimario es dada por la *hereditatis petitio*, no por la acción de reducción. Esta última no resuelve un conflicto entre sucesión necesaria y sucesión testamentaria, ya que las disposiciones a título universal son ineficaces *ipso iure*, allí donde se extiende la cuota de reserva, a favor de una persona distinta del legitimario..."

"Contra el heredero o los herederos instituidos en una *cuota abstracta*, el legitimario no actuará con la acción de reducción *en cuanto desheredado o llamado a una cuota menor de la reservada*, sino solamente sí y *en cuanto* la adquisición hereditaria del instituido, aun conteniéndose en los límites de la cuota disponible, *lesione la legítima (pars bonorum)*. Esto presupone que el testador haya efectuado donaciones o legados."

"Ejemplo: *relictum*, 100; *donatum*, 60. El *de cuius* ha instituido herederos, por mitad a cada uno, a los extraños Ticio y Cayo, omitiendo al hijo, y sin disponer legados. El hijo es heredero *ipso iure* (sucesión necesaria) por mitad (cuota de reserva: art. 537), y, por tanto, es copropietario de los bienes *relictos*, por un valor de 50. Correlativamente, la institución de Ticio y Cayo es eficaz en los límites de la cuota disponible, esto es, son herederos (testamentarios) por un cuarto cada uno. Pero el legitimario, según el artículo 556, tiene derecho a una *pars bonorum* de 80, a retener de lo *relictum* (arg. art. 552, § 2.º). Consiguientemente, la adquisición hereditaria de Ticio y Cayo sufrirá, en virtud del artículo 554, una *reducción* proporcional de 30, que, agregados a los 50 adquiridos por el legitimario a título de heredero, le procuran un activo líquido de 80."

"Estos 30 son, pues, *extra partem hereditatem*, corresponden al legitimario a título de crédito frente a los coherederos."

Pero... ¿cuál es el fundamento de esta distinción? En los epígrafes anteriores no hemos hallado nada que confirme la distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima... Aquí, para la cuestión concreta de que ahora tratamos, se invoca como decisivo el artículo 735, § 1.º

Recordemos que este precepto determina la nulidad de la división verificada por el testador en la cual éste no hubiese comprendido a alguno de los legitimarios o de los herederos instituidos. De esta declaración de nulidad deduce Mengoni (99) que la tutela del legitimario preferido, *en cuanto reservatario de una cuota de herencia*, es dada por la *hereditatis petitio*.

Pero el § 2.º del mismo artículo 735 dice que: "Il coerede che è stato leso nella quota di riserva può esercitare l'azione di riduzione contro gli altri coeredi". Y ¿cómo, en ese segundo párrafo, habiendo lesión en la cuota de reserva necesita jugar la acción de reducción? La objeción no se le escapó a Mengoni, quien replica que "es una acción de reducción especial o, mejor, una *aplicación especial de la acción de reducción*" ... cumple "una función divisoria: corrige la división del testador". Afirmación de la cual deduce directamente

(99) MENGONI, n. 89, p. 216.

varios corolarios, entre ellos: que no entra en juego el artículo 550; que el legitimario que la ejercita no está sujeto a la imputación *ex se* del artículo 564, § 2.^o (digamos entre paréntesis que esta afirmación está contradicha con la Sent. *Cass.* 29 marzo 1946); que la reducción se opera conforme las reglas de la división, no siendo por ello de aplicación el artículo 560; y que los bienes, que en virtud de esta disposición sean objeto de cambio de cuota, es decir, cambien de adjudicatario, son adquiridos por el legitimario *iure hereditario*.

Estos corolarios, sin duda, carecerán de base si previamente no se demuestra la certeza del teorema en que se apoyan. Y el teorema, a su vez, sólo lo vemos razonado partiendo de la certeza —que hasta ahora no hemos visto confirmada, sino, muy al contrario, rechazada— del principio, del cual parten Cicu y Mengoni, que distingue como cuotas diversas la de “*riscera*” y la de “*legittima*”.

Las relaciones entre el legitimario y los herederos instituidos, en orden a la partición de bienes, las resume Mengoni (100) en una clasificación trimembre: a) En la relación con los herederos instituidos si el legitimario ha sido *preterido*, siendo nula la división, conforme al artículo 735, § 1.^o, la *quota di riserva*, es tutelada en la forma normal de la *petitio hereditatis*. b) En la relación del legitimario no preterido con el coheredero o coherederos instituidos *in rebus certis* (artículo 588, § 2.^o), o en supuesto de partición hecha por el testador (art. 735, § 2.^o), la acción de reducción tutela también la *cuota de reserva* con función especial de “*apporzionamento*” (cubrir la cuota). c) Y en la relación del legitimario con el coheredero o coherederos instituidos en *cuota abstracta* (art. 588, § 1.^o), la acción de reducción presupone que el testador haya realizado donaciones o legados y tutela típicamente la *porción legítima*, es decir, el derecho del legitimario a la *pars bonorum* determinada conforme al artículo 556.

Pero es de temer que tan clara distinción no pase de ser más que una hipótesis, que trata de armonizar unas disposiciones legales con un criterio previamente establecido de modo teórico. Es decir, que parta de una doble petición de principio para la armonización, al fundamentarse en una distinción teórica sin demostrar y en una interpretación tampoco probada de textos positivos. Explicación e interpretación sin duda concuerdan, son lógicamente coherentes; pero esto no basta para demostrar que una y otra respondan a la realidad.

No deja de sospechar Mengoni (101) que alguno inquirirá por qué hay diversidad de criterio en la resolución de supuestos no sustancialmente diversos como son los de uno y otro párrafo del artículo 735. En el § 1.^o se declara nula la división, mientras en el § 2.^o —en el cual, a su juicio, la lesión afecta también a la cuota de reserva— sólo se da lugar a una acción de reducción que asume una función “*apporzionamento*”, que “se concilia con la causa unitaria distributiva del supuesto y, por tanto, con el principio de la igualdad

(100) MENGONI: n. 91, p. 221.

(101) MENGONI: n. 90, p. 220.

proporcional de los lotes". A su juicio, el § 1.^o del artículo 735 "ha sido ordenado desde el punto de vista opuesto, esto es, de la función distributiva de la institución, la cual reclama el principio en virtud del cual toda división es nula, cuando no haya comprendido todos los de-rechohabientes". Y haciendo el paralelo de la preterición particional de un legitimario e igual preterición particional de un extraño instituido heredero, observa que "sería muy extraño que, establecida para esta última hipótesis la nulidad de la división, la preterición de un legitimario diese lugar, en cambio, a una simple reducibilidad de las asignaciones concretas".

Deteniéndonos un momento más en estas reflexiones, nos sentimos inclinados a pensar inevitablemente en que la nulidad que impone el § 1.^o del artículo 735 es puramente de la partición, como dice paladianamente su letra, puesto que se extiende a la preterición particional del instituido heredero testamentariamente.

No parece, por tanto, extraño que la Corte Suprema de Cassazione, en S. de 14 diciembre 1944, hubiera declarado que: "tanto per il codice abrogato quanto per il nuovo, il legittimario a cui è riservato una quota dell'eredità, è erede e como tale participa alla comunione ereditaria; ma nei casi in cui il testatore abbia disposto a favore di altri di tutto il suo patrimonio, escludendo il legittimario, o se abbia distribuito specificamente tutti i suoi beni fra gli eredi, compreso il legittimario di cui abbia lesò la quota a lui riservata, quest'ultimo non participa alla comunione ereditaria (e quindi non può pretendere la divisione dell'eredità) finchè non sia stata ordinata la integrazione di tale quota".

Pero tampoco resulta extraño que esta sentencia no fuese del agrado de Cicu (102). Está admitido en ella que el legitimario preterido es heredero, pero que en caso de haber sido preterido no participa de la comunidad hereditaria hasta que sea ordenada la integración de su cuota. Con lo que ve recomendada la polémica entre Coviello y Santoro Pasarelli. Aquél, aduciendo el principio romano en virtud del cual la cualidad de heredero como *nomen iuris* puede subsistir *etiam sine ullo corpore*, para justificar que el legitimario puede ser heredero sin ser condómino. Y el segundo, objetando que en Derecho italiano (artículo 588) sólo se es heredero en cuanto se es adquirente de una universalidad o una cuota, lo que el legitimario preterido sólo puede obtener mediante el ejercicio de la acción de reducción.

Cicu se aferra al concepto de reserva, como cuota de que el testador no ha podido disponer porque de ella ha dispuesto la ley. Pero frente al concepto está la realidad ---observada, como vimos, por Santoro y reconocida por Coviello--- de que la disposición no impugnada surte sus efectos. Además, el artículo 558, § 1.^o, aplica la acción de reducción de las disposiciones testamentarias, ordenándola a prorrata, sin distinción entre herederos y legatarios. Por ello, para

(102) Cicu, en *Comentarios a la S. 14 diciembre 1944*, en *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, I, año 1947, pp. 131 y ss., y en *Rivista del Notariato*, I, año 1947, pp. 490 y ss.

mantener el principio y escapar a esa realidad, sólo cabe hacer la distinción entre cuota de reserva, respecto la cual es nula la disposición, y cuota de legítima, que si es lesionada puede ser reintegrada mediante la acción de reducción. Pero el primer efecto—el de la nulidad *ipso iure* de toda disposición que afecte a la llamada cuota de reserva—no tiene ninguna regulación práctica y concreta para hacerse efectivo, si no es acaso la norma del artículo 735, § 1.^o. Conforme ésta, según ese criterio, si se declara nula la partición hecha por el testador con omisión de uno de los herederos instituidos o de un reservatario, es porque éste es heredero y, como tal, entra en la comunidad hereditaria que no puede ser dividida sin tenerle en cuenta.

Sin embargo, la realidad siempre complica las cosas, cuando no se puede prescindir de ellas. Porque—no partiendo de la petición de principio de diferenciar cuota de reserva y cuota de legítima, antes de demostrar que la diferencia sea cierta—podrá resultar que el legitimario haya cubierto con donaciones su porción legítima entera. Y... entonces, a pesar de eso, ¿será también nula la partición de lo relictio en la que se le omita?

Messineo (103) entiende que no. “Que la preterición del legitimario —explica— haga caer la división, debe entenderse en el sentido de que sean objeto de división incluso los bienes que constituyen la legítima; porque si éstos no están comprendidos, la preterición es inocua; aunque hayan sido preteridos todos los legitimarios.”

Siendo así, habrá que demostrar que la partición comprende todos los bienes; que el legitimario no ha recibido el montante de su legítima en donaciones inter vivos... porque si no fuese así, la partición no adolecería de nulidad... La nulidad habrá que discutirla... Por eso, fue muy lógico que la Sentencia de la *Corte Suprema della Cassazione* de 13 enero 1938 no reconociera al legitimario derecho alguno, a la partición, si con las donaciones recibidas quedaba cubierta su legítima. Y que la de 14 diciembre 1944 declarase lo que tanto escandalizó a Cicu, es decir, que es previo el ejercicio de la acción de reducción.

Los Azzariti y Martínez (104), para defender que la nulidad de la partición, ocasionada a consecuencia de la norma del artículo 735, § 1.^o, no da lugar sin más a la sucesión *ab intestato*, señala que en ella se comprende no sólo la omisión de algún legitimario, sino también la de algún heredero instituido. En este caso: “si el testador ha determinado la cuota abstracta correspondiente a varios herederos instituidos, pero después en el reparto de sus bienes omite a alguno de los instituidos, será nula la división, pero no a su vez la disposición testamentaria relativa a la atribución del as hereditario. La única consecuencia será que se deberá proceder a un nuevo reparto de los bienes, pero no en base de las normas de la sucesión *ab intestato* —que,

(103) MESSINEO: op. y vol. cits., 204, n. 15, a), p. 416.

(104) F. G. AZZARITI, G. MARTÍNEZ y G. AZZARITI, op. cit., n. 328, pp. 588 y s.

no habiendo lugar a una devolución de la herencia *ope legis*, no tendrán posibilidad de aplicación—, sino de conformidad a la voluntad testamentaria del *de cuius*, que a la partición de sus bienes había hecho preceder la determinación de las cuotas correspondientes a los varios llamados". También en el supuesto de omisión de un legitimario en la partición hecha por el testador puede el testamento contener "una institución de heredero o una atribución de cuota a favor del legitimario omitido después en el reparto de los bienes".

En otro caso: "la división que se verifique sin institución explícita de heredero y que no comprenda a un legitimario, debe ser considerada del mismo modo que una disposición testamentaria que sea lesiva de los derechos de los reservatarios, pero sólo por el ejercicio de la acción de reducción por parte del legitimario lesionado la ley ordena, en tal caso, la nulidad de la división, y la nueva división deberá tener lugar entre los mismos herederos testamentarios con la participación de los legitimarios omitidos, a quienes —en consecuencia y en virtud del ejercicio de la acción de reducción— va atribuida la propia cuota de reserva".

12. Otro tema en el cual la tesis de la distinción entre cuota de legítima y cuota de reserva nos es presentada como una explicación lógica es el relativo a la clasificación de las formas de sucesión.

En el régimen del *Codice civilé* de 1865, a pesar de que el artículo 720 sólo catalogaba las formas de sucesión en por ley y por testamento, algún autor —como Salis (105)— situó junto a la sucesión testamentaria y a la *ab intestato*, como un *tertium genus* de sucesión, la llamada sucesión necesaria.

Pero esta doctrina ha sido reputada insostenible en el régimen del vigente *Codice* (106). Así han opinado autores muy discrepantes entre sí respecto a la naturaleza jurídica de la legítima, como G. Azzariti (107), Santoro Passarelli (108), Barassi (109), Cicu (110), Mengoni (111).

Al respecto se ha hecho observar que los §§ 1.^o y 2.^o del artículo 457 del *Codice* de 1942, reproduciendo en este punto la norma del

(105) SALIS: *La successione necessaria nel diritto civile italiano* (Padova, 1936), p. 86.

(106) CARIOTA FERRARA (loc. cit., n. 41, pp. 33 y ss.) sigue hablando de vocación y de sucesión testamentaria, legítima (*o ab intestato*) y necesaria. Esta última vocación requiere —a su juicio—, para producir la sucesión, el cumplimiento de la condición positiva de que el llamado ejercite la acción de reducción y obtenga sentencia favorable.

(107) AZZARITI: *In tema de diritti reservati ai legittimari*, op. cit., n. II, pp. 269.

(108) SANTORO PASSARELLI: *Dei legittimari*, en *Commentario D'Amelio al libro delle successioni* (Firenze, 1941), p. 265.

(109) BARASSI: op. cit., n. 91, A), pp. 256 y s.

(110) CICU: *Successione legittima e dei legittimarii*, cit., parte II, cap. I, n. 5, pp. 153 y s.

(111) MENGONI: *La posizione giuridica del legittimario preterito*, loc. cit., n. 5, pp. 515 y ss.

artículo 720 del *Codice* de 1865, declaran que: "L'eredità si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria." Que su § 3.^o agrega otro principio que no recogía el antiguo artículo 720: "La disposizioni testamentaria non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari."

Y que el nuevo artículo 553 también excluye como *tertium genus* la llamada sucesión necesaria, en cuanto dispone que: "Quando sui beni lasciati dal defunto si apre in tutto o in parte la successione legittima, nell concorso di legittimari con altri successibili le porzioni che spetterebbero a questi ultimi si riducono proporzionalmente nei limiti in cui è necessario per integrare la quota riservata ai legittimari, i quali però devono imputare a questa, ai sensi dell'art. 564, quanto hanno ricevuto dal defunto, in virtù di donazioni o di legati."

Ahora bien, para la teoría clásica, la conceptualización de la *legittima* como una parte de la sucesión intestada, aun considerando aquélla como una sucesión legítima reforzada, no dejó de presentar dificultades, a juicio de algunos autores. En efecto:

1.) En caso de preterición de un legitimario, "si la previsión del artículo 457 agota los modos de delación —pregunta Mengoni—, ¿cómo se concilia con tal norma la afirmación de que el legitimario desheredado sólo consigue ser heredero por medio de la acción de reducción?"

Tres principales posturas pueden observarse en la doctrina posterior al vigente *Codice civil*:

a) Segundo G. Azzariti (112), de la norma del párrafo final del artículo 457 —según la cual las disposiciones testamentarias no pueden *perjudicar* los derechos que la ley reserva a los legitimarios, finalidad que, a su juicio, se logra con el ejercicio de la *actio ad implendam legitimam*, conforme los artículos 553 y ss., que regulan la acción de reducción— no se deriva modificación alguna de la delación testamentaria de la herencia, ya que la atribución de los bienes que constituyen el objeto de la disposición exorbitante únicamente es reducida a los límites de la cuota disponible sin que el legitimario sea investido de la cualidad de heredero, pues la acción de reducción sólo tiende a la reparación del perjuicio inflingido al legitimario con la disposición testamentaria lesiva, reparando su *id quod interest*.

b) Según Santoro Passarelli (113) y Pino (114), la preterición del legitimario da lugar a la delación *ab intestato* a favor del legitimario, previa la consecución por éste de sentencia de reducción que declare la insuficiencia de la disposición testamentaria lesiva de la legítima.

c) Ni Ciccú (115) ni Mengoni (116) pueden aceptar ninguna de

(112) G. AZZARITI: loc. sít. cit., núms. IV y V, pp. 273 y ss.

(113) SANTORO PASSARELLI: loc. sít. cit., p. 309.

(114) PINO: op. cit., n. 46, pp. 132 y ss.

(115) CICCÚ: *Successione legittima e dei legittimari*, parte II, cap. II, n. 2, pp. 172 y ss.

(116) MENGONI: *Posizione giuridica del...*, loc., cit., n. 5, pp. 515 y ss.

las dos anteriores explicaciones: la primera porque choca con la concepción de ambos de que el legitimario es heredero *ex lege* o reservatario; la segunda porque —en contra del criterio de ambos— hace depender la delación a favor del legitimario de que éste ejercite la acción de reducción. Pero, por otra parte, reconocen la evidencia de que no existe un *tertium genus* de delación, y no pueden desconocer que existe una acción de reducción con el fin de integrar la legítima. Por estas razones y para soslayar todos dichos obstáculos, hallan como fórmula satisfactoria la de distinguir cuota de legítima y cuota de reserva. Esta como cuota de herencia deferida por la ley y circunscrita a una porción forzosa de la sucesión legal. Aquella referida a una *pars bonorum* y que facilita al legitimario a reintegrarse, con la acción de reducción, en caso de que la cuota de reserva no cubra la porción legítima calculada con relación a la suma de *relictum* y *donatum*.

Claro que la única razón para admitir esta distinción se concreta a su fuerza explicativa, pues —como antes hemos visto— sólo puede ser construida partiendo de conceptos ideales sin apoyo alguno positivo ni real. Y que esa fuerza explicativa dejaría de ser necesaria en cuanto se renunciase a los preconceptos doctrinales —sólo fundados en la literalidad de ciertas palabras— cuando la realidad los desmintiera.

Con esta distinción, ambos autores creen resolver el dilema planteado entre su afirmación de que si el testador instituye en la cuota de reserva a un sujeto diverso del legitimario: *nihil agit* —porque los actos contrarios a las normas imperativas son nulos—, con la afirmación de Santoro Passarelli —que también aceptan— de que las disposiciones del causante excedentes de la porción disponible no son nulas, sino tan sólo impugnables.

Cierto que no se le escapa a Mengoni (117) la observación de que “también las normas sobre la legítima, y no sólo las que reservan al legitimario una cuota de herencia, son normas coercitivas”. Pero, aun admitiéndola, observa que: “el principio de la nulidad de los negocios contrarios a las normas imperativas se aplica sólo y *en cuanto la ley no disponga diversamente*. Y éste es precisamente el caso de los actos lesivos de la legítima, para los cuales la ley sustituye la sanción de nulidad por una simple impugnabilidad negocial”.

Pero —como hemos visto en los epígrafes anteriores— no parece tener fundamento real esa limitación del ámbito de la acción de reducción, al excluir de ella la llamada cuota de reserva; ni tampoco histórica ni positivamente la distinción entre esta y la porción legítima.

También rechaza Mengoni, calificándolo de superficial, el argumento que, con invocación de los artículos 554 y 558, §1.^o, subraya que ambos preceptos prevén claramente la reducibilidad inclusive de las disposiciones a título universal. “Cierto que —dice— si el testador deshereda al legitimario, o bien este último es llamado en el testamento o *ab intestato* en una cuota menor de la de reserva, la *hereditis institutio* del extraño queda sin efecto en la medida en que excede de la

(117) MENGONI: loc. cit., p. 517.

cuota hereditaria disponible, y en la cuota reservada se abre automáticamente la sucesión necesaria; desde este punto de vista la tutela del legitimario, es conferida..., por la acción de petición, no por la acción de reducción"... "Pero las disposiciones testamentarias, que tengan por objeto una cuota de herencia, aun sin exceder de los límites de la disponible, pueden, no obstante, lesionar la legítima, cuando concurran con legados, o bien el testador haya hecho donaciones en vida; o, en fin, haya concretado la cuota (art. 588 cpr. y 734) con bienes de valor superior a la entidad de la misma. En tal caso, entra en juego la acción de reducción, por la misma razón por la que es posible, incluso en la sucesión intestada, contra los sucesores no legitimarios" (118).

Volvemos, pues, siempre a la misma petición de principio, para tratar de excluir la acción de reducción allí donde podría contradecir los principios axiomáticos en los que se apoya la construcción doctrinal pre establecida.

2.º) En caso de sucesión intestada, bien sea por falta de testamento, o bien *contra testamentum* a consecuencia —según criterio de la doctrina tradicional— del ejercicio de la acción de reducción, resulta que en cuanto hayan de computarse donaciones, la cuota hereditaria del legitimario no coincide con la parte al cuota correspondiente de la sucesión ab intestato —fijada según los módulos determinados en los artículos 537 y ss.—.

Lo explicaremos con sendos ejemplos, que transcribimos de Cicc:

Primer ejemplo, *hipótesis de sucesión contra testamento*: lo *donatum* es 60, lo *relictum*, 50; la legítima, 55, y, en cambio, la aplicación de la cuota del artículo 537 a la sucesión intestada daría 50 (119).

Segundo ejemplo, *hipótesis de concurrencia de sucesión intestada y sucesión necesaria*: *relictum*, 120; *donatum*, 120; concurren el padre, o la madre, y un hermano (notemos que en Derecho italiano padres y hermanos son llamados conjuntamente a la sucesión intestada). De no haber donaciones, por sucesión *ab intestato* correspondería: la mitad al padre y la otra mitad al hermano, es decir, 60 a cada uno. Pero al existir donaciones, la legítima de un tercio del padre le da derecho a 80 de lo *relictum*, con lo cual al hermano sólo le quedarán 40 (120).

Para Cicc, esto plantearía el dilema de que: o bien la sucesión necesaria implica un *tertium genus* de delación, diverso de la *ab intestato* —lo que, como hemos visto, él rechaza—, o bien para aplicarla hay que distinguir una *cota de reserva* y una *cota de legítima*.

Así, en el primer ejemplo, al legitimario le corresponderán *ipso iure* 50, por su reserva, y podrá conseguir otros 50 como complemento de su legítima, mediante el ejercicio de la acción de reducción. Y, en el segundo ejemplo, al padre le corresponderán *ipso iure* 60, por su

(118) MENGONI: pp. 518 y ss.

(119) Cicc: op. últ. cit., parte II, cap. I, n. 7, p. 170.

(120) Cicc: loc. y part. últ. cit., cap. II, n. 1, p. 170.

reserva; como complemento de su legítima, podrá obtener otros 20 por medio de la acción de reducción.

Mengoni (121) opina para ambos supuestos de igual modo que Cicc.

Pero, contra la tesis de ambos, se aduce la norma del artículo 553 del *Codice*, que antes hemos transcrita. Este precepto se interpreta —v. gr., por G. Azzariti (122), por Santoro Passarelli (123), por Pino (124)— en el sentido de que las normas que determinan la porción reservada al legitimario no están contrapuestas con las que disciplinan la sucesión intestada, sino coordinadas con ellas. De ese modo, la sucesión intestada del legitimario significa para él el resultado de que herede una cuota hereditaria igual a cuanto le falte para completar su legítima.

Contra la pretendida distinción entre la cuota intestada forzosa del legitimario (o cuota de reserva) y la porción legitimaria que quede sin ser cubierta por ella, arguye Pino (125) que el legitimario, de ser cierta dicha distinción, “tendría, por tanto, un derecho de crédito, meramente personal a recibir bienes hereditarios *extra partem hereditarium*. Junto a la cuota intestada, que le correspondiera como heredero legítimo, tendría otro título para conseguir bienes relictos: un derecho de crédito contra el coheredero”. Y, por consiguiente, habría que admitir que “sería posible renunciar al primero (el título de heredero) y conservar el segundo (el crédito legitimario contra el heredero), en contra de lo que dispone el artículo 551”.

Subraya, además, que el artículo 553, al hablar de las porciones que se reducen proporcionalmente, no las alude diciendo que son las que “*spettano*” (corresponden), sino las que “*spetterebbero*” (correspondían) al sucesor no legitimario. Se trata de un fenómeno de “*compressione automatica*” de la cuota intestada, producido por el hecho de que las normas concernientes a la porción de patrimonio reservada al legitimario van coordinadas, pero no contrapuestas, con las que disciplinan la sucesión intestada. Así, “en la sucesión intestada se aplican siempre las normas que regulan tal sucesión, aunque tal vez la cuota del legitimario resulte diversa de la que le correspondería si no hubiese *donatum* que calcular” (126).

Incluso —añade seguidamente el mismo Pino— “en la sucesión en parte testada y en parte intestada, el legitimario, una vez imputadas las liberalidades recibidas por otro título del *de cuius*, consigue en la parte intestada del *relictum* cuanto le sea aún necesario para la reintegración de su porción, y sólo después puede pedir la reducción de las disposiciones testamentarias”.

(121) MENGONI: loc. ált., cit., n. 5, pp. 517 y ss., nota 47 y p. 518.

(122) G. AZZARITI: loc. ált., cit., n. IV, p. 275, y F. S. AZZARITI, G. MARTÍNEZ y G. AZZARITI, op. cit., n. 109, p. 170.

(123) SANTORO PASSARELLI: op. ált., cit., p. 309.

(124) PINO: op. cit., nn. 7 y ss., pp. 32 y ss. y n. 45, pp. 130 y ss.

(125) PINO: n. 8, p. 35.

(126) PINO: n. 9, pp. 38 y ss.

Y del mismo modo que la porción hereditaria del legitimario en la sucesión totalmente intestada puede ser mayor (cuando el *de cuius* haya otorgado donaciones a otras personas) o menor (cuando las haya otorgado al legitimario) que la prevista en los artículos 566 y siguientes del *Codice*, “también la *quota hereditatis* reservada al legitimario *contra testamentum* puede ser más reducida o más amplia que la porción reservada en los artículos 537 y siguientes” (127).

Los artículos 537 y siguientes refieren su cuota a la masa formada ficticiamente con la suma de *relictum* y *donatum* conforme al artículo 556, mientras la “*quota hereditatis*” a que el legitimario tiene derecho es un resto, es lo que aún le falta percibir de lo *relictum* para la satisfacción de su legítima, en cuanto pueda serle cubierta con el montante de éste.

Por ello siempre Pino (128) prosigue:

“La *quota hereditatis* y el derecho a la sucesión reservados al legitimario son, pues, determinados indirectamente, en relación, a saber, a cuanto aún reste o a cuanto sea necesario para hacerle conseguir en concreto la legítima que le corresponda.”

“La elasticidad de la *quota hereditatis* y del derecho a la sucesión es, por lo tanto, una característica de la vocación del legitimario, ya que también se presenta, como ya se ha observado, en la sucesión intestada, cuando con los legitimarios concurren herederos legítimos que no sean legitimarios.”

“En el ejemplo ... de un *donatum* de valor igual al de lo *relictum*, se ha comprobado que el hijo legítimo debe suceder en toda la herencia para obtener una porción de los bienes relictos igual a la cantidad de la masa de cálculo a él reservada.”

“Si, en cambio, lo *donatum* fuese, por ejemplo, de 60 y lo *relictum* de 100, el hijo debería conseguir 80 sobre lo *relictum*: y en tal caso su *quota hereditatis* sería de 4/5, mientras la institución universal de heredero a favor de los extrafios sería correlativamente reducida a 1/5.”

“No ocurre de otro modo con el derecho a la sucesión, es decir, con el usufructo, del cónyuge supérstite. A falta de *donatum* el cónyuge sucede en el usufructo de dos tercios de la herencia; pero si existe *donatum*, el usufructo grava una parte mayor, y si el cónyuge hubiese sido favorecido por un legado, el usufructo gravaría una porción menor.”

13. La coherencia lógica que parece lograr la tesis de Cicu, en relación a los principios de los que parte, parece que requeriría un sacrificio que la justicia debería soportar en aras de aquélla. Vamos a comprobarlo a través de los ejemplos que el propio Cicu expone en dos capítulos diversos de su obra principal sobre el tema.

(127) PINO: n. 43, p. 129.

(128) PINO: n. 44, p. 130.

Al ocuparse de la cuota hereditaria del legitimario (129), plantea: "la ley, considerando las donaciones hechas por el *de cuius* al legitimario como hechas a cuenta de la legítima, obliga a éste a imputarlas a su porción legítima, salvo que haya sido expresamente dispensado de hacerlo. A diferencia de la colación, esta imputación es prescrita incluso con relación a los herederos testamentarios. Pero ¿influye, asimismo, sobre la cuota hereditaria reservada?".

Para aclarar su pregunta, Cicu plantea seguidamente los dos ejemplos que a continuación transcribimos:

"Un padre con un patrimonio que él valoró en 100 dona a su único hijo 50 como anticipo o a cuenta o en lugar de su legítima, e instituye heredero universal a un extraño. Supongamos que el patrimonio, en el momento de la apertura de la sucesión, valga efectivamente 50. Legítima, por tanto, 50. Si, resultando el hijo no instituido en su legítima, dijésemos que ya no tiene ningún derecho sobre la herencia, todo lo *relictum* sería deferido al instituido. Supongamos ahora que lo *relictum*, en lugar de 50, resulte en el momento de la apertura de la sucesión, con un valor de 100; legítima, 75, de la que el hijo ya ha tenido 50. Si eso influyese en su cuota hereditaria, deberíamos deducir que respecto lo *relictum* él tendría la cuota de 1/4, en lugar de la mitad, correspondiendo al extraño la cuota de 3/4. Ahora bien, la ley reserva al hijo la mitad del patrimonio. ¿Deberemos entonces entender por patrimonio lo *relictum* más lo *donatum*, y que como la cuota del legitimario es calculada sobre esta masa, también la cuota del extraño debe ser calculada sobre ésa? Que esto no es admisible resulta del siguiente ejemplo: donación, 100; *relictum*, 50; legítima, 75; pero la legítima no es ciertamente de 75, porque si así fuese, el extraño tendría también derecho a reducir las donaciones...".

"Se debe, pues, concluir —prosigue Cicu— que la donación hecha al hijo, si bien debe ser imputada, no influye en el sentido de modificar la cuota hereditaria que la ley atribuye al legitimario. Su efecto queda aclarado en cuanto... distinguimos la cuota hereditaria de la cuota de legítima... La cuota hereditaria atribuye al legitimario el condonamiento de los bienes hereditarios; la cuota de legítima le garantiza un activo líquido, un valor."

Pauta sobre la cual reemprende el análisis de los dos ejemplos anteriores planteados por él mismo.

"En el primero el legitimario se hallará con el extraño en situación de condonamiento de lo *relictum* de 50. Cuota hereditaria reservada, 25; cuota de legítima, 50. Esta última resulta satisfecha con la donación; por lo cual, el legitimario no podrá ejercitarse la reducción. Pero tiene derecho a conseguir la cuota hereditaria de 25..."

"En el segundo ejemplo, donación, 50; *relictum*, 100; cuota de legítima, 75. Cuota de reserva, 50. Imputada en la cuota de legítima, la donación de 50 resulta una lesión de 25, a conseguir mediante la

(129) Cicu: *La successione legittima e dei legitimari*, cit., parte II, cap. VI, § 1.^o, n. 3, pp. 235 y ss.

acción de reducción de la cuota del instituido. Si desde el momento de la apertura de la sucesión al momento de la división el valor de lo *relictum* ha aumentado a 300, del aumento se beneficiarán proporcionalmente los dos coherederos; el legitimario conseguirá, pues, 150; pero debiendo imputar la donación de 50, recibirá efectivamente 100, teniendo además derecho a conseguir ulteriormente 25 a título de reducción por lesión de legítima. No valdría objetar que, consiguiendo 100, no hay lesión de legítima; porque la lesión existía en el momento de la apertura de la sucesión y el derecho entonces adquirido no puede desvanecerse por efecto de la variación de valor de los bienes."

Para mejor captar la concepción de Cíci al respecto, y aunque con ello incidamos en repetirle, transcribiremos también lo que dice en el capítulo que dedica a la cuota de legítima con respecto al tema que nos ocupa (130):

"*Relictum*, 50, *donatum* al legitimario, 50. Cuota de legítima, 50; cuota reservada, 25. Si, como hace la doctrina dominante, la cuota reservada se identificase con la cuota de legítima, resultaría, en consecuencia, que el legitimario no instituido en la legítima no tendría derecho alguno a lo *relictum*. En tal caso, o bien debería deducirse de ello que éste no sería heredero, que no se ha producido delación a su favor, y en tal hipótesis no sólo el *relictum* de 50, sino todo aquello que apareciese posteriormente como perteneciente al patrimonio del difunto debería corresponder al instituido en el testamento; o bien, si, para evitar esta inaceptable consecuencia, se quiere mantener la cualidad de heredero (del legitimario), en tal caso no es comprensible cómo todo lo *relictum* deba ir a parar al heredero testamentario. Se había creído explicarlo como efecto de la imputación de la donación que el legitimario debe realizar a su cuota, lo que daría derecho al coheredero de retirar previamente (*prelevare*) otro tanto de lo *relictum*, en el ejemplo puesto, de absorber todo lo *relictum*. No habían advertido que esto presupone aquella identificación de reserva y legítima que negamos: presupone, por tanto, que el legitimario y el instituido deben dividirse entre ambos la masa *relictum-donatum*. Si, por el contrario, el derecho del instituido se refiere sólo a lo *relictum*, y si sobre esto concurre con el legitimario por cuotas iguales, tendrá derecho a 25 y no podrá ver aumentado este resultado concreto de la división por efecto de la imputación, puesto que no se sabría por qué título adquiriría el exceso."

"La imputación, en efecto, es prescrita por la ley al legitimario que ejercite la reducción. En el ejemplo puesto no hay acción de reducción porque no hay lesión en la legítima."

"La atribución de todos los 50 al heredero testamentario se justifica generalmente con el concepto de porción disponible, en cuanto se estima que, habiendo ya conseguido el legitimario la legítima con la donación, el testador puede disponer libremente de todo lo *relictum*:

(130) Cíci: op. y part. últ. cit., cap. VII, n. 3, pp. 275 y ss.

y esto podría corresponder a la *mens legis* en cuanto en el artículo 556 se habla de la determinación de la porción disponible, de cuota de la que el difunto podía disponer. Pero esto presupondría que no sólo la legítima, sino incluso la disponible fuese cuota de lo *relictum-donatum*; lo que hemos demostrado es inadmisible.”

Y añade otros ejemplos:

— “*Relictum*, 100; *donatum* al legitimario, 50. Cuota de legítima, 75; cuota de reserva, 50. También en esta hipótesis, según la opinión que combatimos, todo lo *relictum* debería corresponder al heredero testamentario: si, en efecto, en su cuota de *relictum* de 50 el legitimario imputase 50, a nada más tendría derecho de lo *relictum*. En cambio, es lo cierto que si bien la donación le ha sido hecha a él, le es calculada en la reunión ficticia. Correspondiéndole, por tanto, en lo *relictum* 50, la legítima estaría lesionada en 25; pero, ejercitando la acción de reducción contra el heredero testamentario, debería imputar los 50, por lo que nada podría pretender. Se objetará que de tal modo consigue 100 en lugar de 75; pero para negarle este derecho, para atribuir consiguientemente al instituido 75, haría falta admitir de nuevo que la cuota deferida a éste fuera cuota de la masa ficticiamente reunida, o bien que sea cuota de 3/4 de lo *relictum*. Se objetará aún que de ese modo no es posible satisfacer la legítima con donaciones. Replicamos que la ley conoce al legado en lugar de la legítima; y que cuando el artículo 552 habla de donaciones a cuenta de la legítima obliga a su imputación solamente cuando el legitimario ejerza la acción de reducción.”

— “*Relictum*, 100; donación al legitimario, 50; institución de heredero universal y legado de 60. Legítima, 75. Estando gravada la cuota hereditaria del legitimario de 50 por el legado en 30, restan 20; ejercitando la acción de reducción contra el instituido y el legatario para conseguir 75 de legítima, debiendo imputar 50 y habiendo conseguido 20, puede pedir cinco.”

“Puesto que la lesión de cinco resulta de la valoración de los bienes referidos al momento de la apertura de la sucesión, si, en el momento de la división de lo *relictum* de 100, éste tuviese un valor superior, ello no eliminaría la lesión, porque siendo la imputación operación conexa con la reducción y no con la división, no es afectada por la modificación de valor de los bienes hereditarios.”

14. La transcripción de estos párrafos de Cicc, en los que el autor se enfrenta con unos problemas concretos de aplicación justa, nos pone en evidencia el círculo lógico cerrado en el cual se circunscribe a moverse en sus razonamientos, de los que descarta todo cuanto no se apoye en los únicos conceptos que *a priori* acepta. Tanto es así, que cuando analiza la posición contraria no lo verifica desde el punto de vista en que se intuye la lógica del adversario, sino en el propio campo lógico aunque aquél lo rechace. Colocada así la discusión no puede confluir en punto alguno de entendimiento.

Por lo demás, hemos visto la crítica hecha a los puntos de apoyo

en los que Cicu basa su teoría, por lo cual no vamos a volver a repetirlo ya explicado. Ahora sólo tratamos de ponderar con cánones de aplicación justa los resultados a que su tesis nos llevaría, subrayando su diferencia con los consiguientes a la común opinión. Para ello comenzaremos por examinar aquellos aspectos en los que Cicu critica la solución corriente, para concluir por analizar la coherencia y equilibrio de los resultados que el autor de la teoría estima ajustados.

a) En cuanto a los defectos señalados por Cicu a los resultados que atribuye a la aplicación de la doctrina comúnmente aceptada, es fácil apreciar que se encierran en los siguientes argumentos:

1.^º Puesto que el extraño instituido heredero no puede pedir la reducción de las donaciones verificadas por el causante, por consiguiente no tiene derecho alguno a la masa formada por la suma de *relictum* y *donatum*, sino tan sólo lo tiene circunscrito a lo *relictum* y, por tanto, en caso de que el testador no hubiese dejado nada de lo *relictum* al legitimario a quien le hubiese hecho donaciones como anticipo de la legítima por valor igual al de ésta, el heredero instituido no puede calcular su porción —que sólo recae sobre lo *relictum*— de la suma de *relictum* + *donatum* (131). Por lo cual, pregunta a qué título obtendría éste el exceso de lo *relictum* que recibiría además del que le correspondería con la aplicación, tan sólo a éste, de su cuota (132).

Pero este razonamiento cierra el paso a todo examen de lo que realmente entiende la interpretación usual. Confunde el hecho de que el heredero testamentario sólo tenga derecho a lo *relictum* con el hecho de que el cálculo de lo que le corresponda en lo *relictum* se efectúe idealmente con relación a la suma de *relictum* + *donatum*, pero para aplicar el resultado sólo a lo *relictum* en cuanto en él cupiere. Esta distinción, Cicu, o la ignora o bien la quiere ignorar, por lo cual no discute en su verdadero contenido la posición contraria.

2.^º Si el legitimario no recibiese nada de lo *relictum* por tener su legítima cubierta con donaciones, no sería heredero y, por tanto, no tendría derecho a participar de los bienes ignorados en principio que ulteriormente apareciesen como integrantes del caudal relicto (133).

Pero, con independencia de la discusión de si el legitimario que ha cubierto totalmente sus derechos con donaciones pueda ser o no considerado como heredero, según los conceptos del Derecho italiano o del francés o del romano, es lo cierto que la aparición de otros bienes, no conocidos al hacer la computación de *relictum* + *donatum*, obligaría a revisar la operación hecha con tal error, y, en virtud de tal revisión, el legitimario ya no resultaría totalmente saldado de su legítima con las donaciones recibidas y tendría que coparticipar de lo *relictum* en cuanto le faltare para su completa satisfacción.

3.^º Que —según Cicu— el legitimario sólo debe imputar las do-

(131) Cicu: cap. VI, § 1, n. 3, pp. 235 y 236.

(132) Cicu: cap. VII, n. 3, p. 276.

(133) Cicu: loc. y p. últ. cit.

naciones por él recibidas del causante si ejercita la acción de reducción (134).

Pero esta afirmación, verificada en tanto se discute y rechaza la certeza de la distinción por él pretendida entre cuota de reserva y cuota de legítima, nos parece que entraña una clara petición de principio. Naturalmente, choca con la opinión de todos aquéllos que —conforme antes hemos visto— estiman necesario, en todo caso, el ejercicio de la acción de reducción para que el legitimario preferido pueda obtener su cuota hereditaria, y que no admiten que le baste el ejercicio de la *petitio hereditatis*, ni siquiera para obtener una cuota hereditaria igual a la aplicación a lo relictio de la asignada como legítima o reserva, conforme la norma correspondiente de los artículos 537 y siguientes del *Codice*.

Por otra parte, el artículo 553, tratándose de concurso de sucesión legítima y de legitimarios, al disponer la reducción proporcional de aquélla en los límites necesarios para integrar la *cuota reservada* a éstos, añade que éstos “devono imputare a questa (*la quota riservata*), ai sensi dell’art. 564, quanto hanno ricevuto del defunto in virtù di donazioni o di legati”.

Claro que Cíci pretende salvar su teoría asegurando que esa integración se ejerce mediante el ejercicio de la acción de reducción, apoyándose para ello —saliéndose aquí de la letra del artículo 553— en que con relación a “si riducono” dice “che spetterebbero” y no “che spettano”, y que luego habla de imputar “per integrare la quota riservata” y no “la quota di legittima”.

Pero lo que ciertamente no parece discutible es que al legitimario, que con la sola aplicación de las normas de la sucesión intestada no tenga cubierta su cuota de reserva, debe serle ésta integrada reduciéndose para ello en lo necesario las cuotas de los sucesores *ab intestato*, pero que él deberá imputar las donaciones que hubiese recibido del *de cuius*. Y siendo así, ¿por qué habría de ocurrir otra cosa en caso de sucesión testada? ¿por qué en este supuesto la reducción de la universalidad o de la cuota de institución, aunque se operara automáticamente *ipso iure*, no deberá requerir igualmente la imputación de lo donado? ¿Qué *ratio* —que no implique una petición de principio— existe para que se haga cosa distinta en uno y otro supuesto?

4.^a Que el resultado práctico de la tesis contraria, en caso de ser *donatum* 50 y *relictum* 100, es —siempre, según Cíci (135)— que el legitimario imputa a su legítima los 50 recibidos por su donación, con lo cual no recibe nada de lo *relictum*, que el instituido retiene íntegramente.

Pero no es cierta esa aseveración, pues es más cierto que, según la tesis corrientemente aceptada, la imputación de los 50 se hace a la suma de *relictum* + *donatum*, es decir, a 150, con lo cual el legitimario, mediante el ejercicio de la acción de reducción, tendrá derecho

(134) loc. y p. últ. cit.

(135) loc. últ. cit., p. 277.

a 25 más, deducidos de lo *relictum*, para completar con ellos los 75 de su legítima.

b) Por lo que concretamente se refiere a los resultados a que Cicu llega, conviene precisar:

1.^a Para analizar los casos en que sólo hay institución de un no legítimario y es un único hijo legítimario el preterido que, sin embargo, fue favorecido con una donación, plantea Cicu tres ejemplos, a saber:

— *relictum* 50, *donatum* 50; cuota de reserva 25; cuota de legítima 50, que resulta satisfecha con la donación; así obtiene 75 y el instituido 25 (136).

— *relictum* 100, *donatum* 50; cuota de reserva 50; cuota de legítima 75, a la que, imputada la donación de 50, restan 25 obtenibles de la cuota del instituido por la acción de reducción; así obtendría el legítimario 125 y 25 el instituido (137).

— *relictum* 100, *donatum* 50; cuota de reserva 50; cuota de legítima 75; cubierta ésta en 50 por la cuota de reserva, faltan 25, que el legítimario no podrá reclamar porque, en caso de ejercitar la acción de reducción, tendría que imputar los 50 a él donados; así, el legítimario obtendrá 100 y el instituido 50 (138).

Prescindiremos del segundo ejemplo, que tiene igual planteamiento que el tercero, pero respecto al cual ofrece resultado diferente, suponemos que por error o tal vez simple errata. Por ello, comentaremos sólo los ejemplos primero y tercero.

En ambos observamos:

a) que el legítimario, en contra de la voluntad del testador, se lleva, según el criterio de Cicu, una cantidad que excede de lo que, según el mismo Cicu, le corresponde por su cuota de reserva y más también de su cuota de legítima.

β) que una donación otorgada como anticipo de legítima resulta imputada tan sólo en cuanto a la mitad (en el tercer ejemplo) y la conserva al legítimario también en la otra mitad, a pesar de que se le entrega la mitad de lo relictum, *contra testamentum*, además de lo que recibe *ultra legitimam*.

γ) que, con este criterio, el padre, cuanto más generoso fuese con sus hijos, menos patrimonio de libre disposición tendría, ya que se le disminuiría no sólo por aquello que le restara la donación otorgada, sino porque además, indirectamente, le sería disminuida al calcular y deducir la reserva sólo de lo *relictum*, en forma que al no admitir que sea imputado lo donado a la cuota de reserva se disminuirán a prorrata esta cuota y la disponible *mortis causa*, pero sin restar la legítima. Es decir, que el padre que, sin haber donado al hijo, podría disponer libremente de 75, a la par que éste tendría 75 como legítima

(136) Cicu: cap. VI, § 1.^a, n. 3, p. 236.

(137) Cicu: loc. ált., cit., p. 237.

(138) Cicu: cap. VII, pp. 277 y s.

o reserva, en cambio, en el caso de haber donado a éste 50, vería reducida su parte disponible a 50, mientras el hijo acrecentaría su derecho hasta 100, es decir, 50 por su reserva y 50 por la irrevocabilidad de su donación al no ejercitar la acción de reducción.

La injusticia de esta consecuencia es lo que detuvo a Barassi (139), quien después de aceptar la distinción entre “*quota di riserva*” y “*quota di legittima*”, se inclinó por entender que el cónyuge viudo, instituido heredero en la parte disponible, tiene derecho a que se le calcule sumando idealmente las donaciones hechas a los hijos. A su juicio, hay que destacar que el artículo 556 debe estimarse aplicable no sólo en el caso “*in cui la ricostituzione della massa ereditaria sia fatta allo scopo di riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni, ma anche a quello in cui la ricostituzione della massa occorra solo per determinare l'ammontare della disponibile*”. Tanto más —como añade líneas después el mismo Barassi— cuanto que el vigente artículo 556 del *Codice* se refiere en su preámbulo a la determinación precisamente de la porción disponible.

2.^o Para los casos en que el testador, además de instituir heredero universal a un no legitimario, haya dispuesto algún legado a favor de un extraño, Cicu propone y resuelve el siguiente problema (140):

— *relictum* 100, donación al legitimario 50, institución de heredero universal y legado de 60: cuota de reserva 50; cuota de legítima 75; gravada en 30 (1/2 del legado) la cuota de reserva, quedan 20 al reservatario. Ejercitando éste la acción de reducción contra el instituido y el legatario para conseguir los 75 de su legítima, “debiendo imputar 50 y habiendo realizado 20, puede reclamar 5”.

Así, según ese ejemplo, el resultado será: 75 para el legitimario; 20 — 1,25 (es decir, $1,25 = 5 \times 20 : 20 + 60 = 18,75$); y 60 — 3,75 (es decir, $3,75 = 5 \times 60 : 20 + 60 = 56,25$), para el legatario. En suma, 75 para el legitimario y 75 en conjunto para el instituido y para el legatario no legitimarios.

Creemos interesante cotizar este resultado con el obtenido en el supuesto anterior. La diferencia entre lo que obtiene el legitimario en el uno y en el otro caso es de 25. Siendo así que al causante le dejó en igual situación en ambos supuestos; que lo *relictum* y lo donado al mismo, respectivamente, coincidían en ambos casos y que su cuota de legítima era de 75 en los dos.

¿Cómo explicar, pues, la diferencia de resultado? Sólo teóricamente, partiendo de conceptos preconcebidos e inflexibles, y de la aplicación a rajatabla de la regla —no demostrada convincentemente— de que el legitimario sólo si ejerce la acción de reducción tiene que imputar lo que le donó el *de cuius*, imputación que —según otra regla tampoco demostrada— no se le exige que la verifique a su cuota de reserva si ésta no le hubiese sido gravada con legados.

Por otra parte, con ese criterio, quedaría en manos del causante,

(139) BARASSI: op. cit., n. 96, pp. 271 y s.

(140) CICU: cap. VII, n. 3, p. 278.

y no de la ley, el dar lugar a uno o a otro resultado. Así, conforme al mismo, en caso de no instituir heredero al legitimario, el no legitimario instituido recibiría tan sólo 50, mientras que si el testador le instituyera conjuntamente con el legitimario y le gravase a éste con un legado equivalente al valor total de lo relictio al mismo, el extraño instituido obtendría 75.

Diferencia debida solamente a que, para salvar un preconcepto, en un caso se da lugar a la imputación y en el otro no, por estimar —para salvar el mismo preconcepto— que en un caso el legitimario, para integrar su derecho, necesita ejercitarse la acción de reducción y en el otro no le hace falta.

Diferencia que, por cuanto dar lugar a ella quedaría en manos del causante y de sus asesores, no parece justificada en una materia que es de derecho necesario.

3.^o Para los supuestos en que la partición se haga en un momento posterior a la delación, habiéndose incrementado en ese lapso el valor de lo *relictum*, propone y resuelve, siempre Cicu, el siguiente supuesto (141):

— *relictum* 100, donación al legitimario 50; valor de lo *relictum* cierto tiempo después, al dividirse la herencia, 300. Para la solución calcula la cuota de legítima en el momento de la delación

$$\frac{50 + 100}{2} = 75; 75 - 50 \text{ (donación al legitimario)} = 25, \text{ a}$$

reclamar. Y calcula de nuevo en el momento de la división, estimando que del incremento se han de beneficiar por igual el reservatario y el heredero instituido; que se ambos tenían derecho a 50, ahora tendrán derecho a 150, pero al tener que imputar 50 el legitimario, le restan 100, más los 25 a que tenía derecho desde el momento de la delación por el ejercicio de la acción de reducción, de modo que en total al partir le corresponden 125 de lo *relictum*.

Confesamos que no entendemos el porqué de esa solución de Cicu. Especialmente porque al referir el cálculo al momento de la delación no imputó lo donado a la cuota de reserva (ya que sólo la imputó idealmente para calcular si le restaba algo a reclamar para cubrir su cuota de legítima); y, en cambio, luego, al referirlo al momento de la división, imputa efectivamente lo donado a su cuota de reserva. Con lo cual, en ese segundo momento, el extraño recibe 200 de los 300 de lo *relictum*, o sea 200 de 350 de la suma *relictum* + *donatum*. Y con lo cual el legitimario, que en el primer momento hubiese recibido —según su criterio— una cuota mayor que la de su legítima, es decir, de la mitad de *relictum* + *donatum*, ahora pudiera ser que recibiese en menor proporción bienes del caudal partible.

Por otra parte, su explicación de que “la imputación siendo operación conexa con la reducción y no con la división, no es afectada por la modificación de valores de los bienes hereditarios”, no parece

(141) Cicu: cap. VI, § 1, n. 3, p. 237.

convinciente si la cuota de legítima es *pars bonorum*. Al parecer, le ocurre a Ciccó que confunde la *pars bonorum* propiamente dicha con una *pars valoris* fijada nominalmente en moneda en un momento determinado (el de la delación) a abonar en bienes relictos. Y esto no corresponde al concepto romano justiniano, recogido por el Derecho común, de la legítima como *pars bonorum*; y ni siquiera al de la legítima *pars valoris bonorum* según había sido entendida en los regímenes en los que se había admitido la posibilidad de abonarla en metálico, como, v. gr., fue en Derecho catalán, a partir de la Constitución de las Cortes de Monzón de 1595 (142).

Es ésta una cuestión de la que nos ocupamos ampliamente en la primera parte de nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" (143). Allí distinguimos: a) la legítima "*pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet*", que calificamos como "una *pars bonorum* no concretada en una cuota alícuota, sino fijada en el valor nominal —en moneda en curso— que aquella cuota tuvo en la fecha del fallecimiento del causante", en cuya calificación el nominal de su valor "queda inamovible en su equivalencia dimeraría una vez que haya muerto el causante"; y b) la legítima propiamente "*pars bonorum*", la cual, al ser la legítima *porción de bienes*, "deberá sufrir todas las alteraciones de valor que éstos sufran", y por eso "no puede fijarse su valor en el sentido de dejarlo "fijo" e "inamovible", sino que es "el contenido del caudal y de su activo libre —del que ha de sacarse aquella cuota— lo que debe fijarse en ese sentido", "no su valor, que sólo puede fijarse en el sentido de calcularlo, de determinar su montante, con relación a un momento dado, pero sin implicar su petrificación".

Es decir, que con el criterio clásico de la legítima *pars bonorum*, el cálculo se haría del siguiente modo:

Valor de lo relicko en el momento de la delación, 100 + donatum 50 = 150. Legítima = 75, porción disponible = 75. Distribución de lo relicko: heredero instituido, 75; legitimario, 25 (que con lo donado completaría 75); es decir, 3/4 y 1/4. Valor de lo relicko en el momento de la división de la herencia, 300, que distribuido en aquella proporción, determinada en el momento de la delación (o con relación al mismo), de 3/4 y 1/4, dará: heredero instituido, 225, y legitimario, 75, independientemente del valor que pudiere tener en la fecha de la partición lo donado a éste (que posiblemente se habrá también incrementado), ya que su individualización igualmente individualiza los respectivos *periculum et commodum* (144).

(142) Cfr. los autores catalanes que citamos en la nota 308 de nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, parte I, § 16 (ed. separada. Madrid, 1955), pp. 97 y ss., y A. D. C., IV-II, abril-junio 1951, pp. 513 y ss.

(143) Loc. cit., ed. separada, pp. 92 y ss., y A. D. C., IV-II, pp. 508 y ss.

(144) Observemos que si el resultado que alcanza Crevi, con su suma de 50 (*donatum*) + 25 (*relictum* obtenido con el ejercicio de la acción de reducción con relación al momento de la delación) y + 100 (de *relictum* menos *donatum*, valorado aquél en el momento de la partición y éste fijado desde antes inamoviblemente), es decir, con una suma de valores heterogéneamente medidos (en momentos distintos y, posiblemente, mediando alteración del valor de la moneda de

EN CONCLUSIÓN

Cicu formuló la tesis que distingue “*quota di riserva*” y “*quota di legittima*” con el plausible deseo de resolver la contradicción que, a sus ojos, representaban su consideración de que la *legittima* del Código civil era trasunto de la *reserve* del Código napoleónico, es decir, atribuida por delación legal *ipso iure*, y la comprobación de que, según había demostrado Santoro Passarelli, la acción de reducción presuponía que, mientras no fuese ejercitada, el atributario de la porción inoficiosa era titular de la misma, aunque estuviese sujeto a sufrir las consecuencias del ejercicio de dicha acción. De lo que este autor deducía que el legitimario preterido no era heredero mientras no la ejercitase con éxito. Cicu pretendió soslayarlo aplicando dicha distinción, por él ideada, y según la cual la “*quota di reserva*” sería una cuota de caudal relictio, directamente atribuida por la ley, razón por la cual toda disposición testamentaria del causante a título de herencia que la contraviniere sería radicalmente nula; y la “*quota di legittima*” sería una cuota ideal de la suma, puramente contable, de lo relicito y de lo donado, el complemento de la cual —en caso de no quedar cubierta con la “*quota di reserva*”, más los legados y las donaciones otorgadas a favor del legitimario, deducido el importe de los legados que gravasen su cuota hereditaria— podría exigirse mediante el ejercicio de la acción de reducción.

Pero no parece que la tesis de Cicu que distingue “*quota di riserva*” y “*quota di legittima*” haya sido aceptada en el derecho italiano por la doctrina dominante, ni que deba serlo, puesto que no responde a los antecedentes históricos invocados, ni la abona la letra de los textos positivos, ni se halla de acuerdo con la jurisprudencia, ni da lugar a soluciones justas.

Sólo puede aceptarse la distinción (prescindiendo de si es o no más cierta la tesis de Azzariti) si apartamos su idea de la nulidad *ipso iure* de la disposición testamentaria que lesiona la cuota de reserva y si la circunscríbimos a considerar como cuota de reserva la cuota hereditaria que corresponda al legitimario, es decir, aquella parte de la legítima que se recibe con cargo a lo relicito por ministerio de la ley, considerada como una cuota variable determinada en lo *relictum*, en cuanto quepa en el mismo, a través de los siguientes cálculos precios: a) *Relictum* más *donatum*, dividido por la cuota del legitimario, igual a legítima. b) Legítima menos donaciones hechas al legitimario, igual a la legítima exigible. c) Legítima exigible de la *relictum*, igual a *cuota de reserva*, a la que hay que imputar las atribuciones a título de herencia o de legado a cuenta de la legítima ordenadas por el testador.

uno a otro instante), ha coincidido aparentemente (sólo numéricamente) en este caso, con el que obtendríamos si pretendiéramos sumar los 75 de lo *relictum*, valorado en el momento de la división, y los 50 de lo *donatum*, ha sido sólo por pura coincidencia.

II. ¿CABE TAL DISTINCIÓN EN EL RÉGIMEN LEGITIMARIO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL?

15. De la tesis de Cicu que distingue *cuota de reserva* y *cuota de legítima* habíamos hablado hace ya años (145).

También se ha ocupado de ella nuestro querido compañero Manuel de la Cámara, en un magnífico trabajo comenzado a elaborar hace varios años, aunque recientemente publicado (146), en el cual, al respecto, observa que: "La distinción entre cuota hereditaria y cuota de legítima, a mi juicio bien fundada, no parece haber tenido mucha aceptación en Italia, pues después de Cicu casi nadie la recoge." Sin embargo, es de notar que, pese a su transcrita observación, Cámara se abstiene de aplicar tal distinción a nuestro Derecho.

El intento de aplicar la distinción entre *cuota de reserva* y *cuota de legítima* al régimen del Código civil español, es trabajo reciente de Guillermo García Valdecasas (147). Este autor, según ha afirmado, pretende disipar la confusión conceptual, introducida por la abundante producción científica, estimando que el camino adecuado para ello es "*distinguir entre la legítima como parte de herencia reservada por ley al heredero forzoso, y la legítima como cuota de valor que el mismo tiene derecho a percibir*". (147 bis).

A su juicio, con esa distinción, "tal vez sea posible restablecer la armonía con la doctrina y la jurisprudencia que tradicionalmente vienen considerando al legitimario como heredero y a la legítima como una cuota o parte de la herencia".

Así vemos que, como Cicu en Italia, Guillermo G. Valdecasas, en España, aplica la teoría para defender un criterio aceptado *a priori*. El método es el mismo en ambos autores. Emiten una hipótesis, que estiman demostrada por el hecho de armonizar lógicamente los preconceptos doctrinales de los que parten como si fuesen postulados que no necesitan demostración.

(145) *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo*, en "Revista del Instituto de Derecho comparado", n.º 3 (julio-diciembre 1954), p. 61, y *Apuntes de Derecho secesorio*, Parte III, § 10, A, 1.^o, a) (ed. sep., p. 437), y "An. Der. Civil", VIII-II —abril-junio 1955—, p. 273), y B (ed. sep., pp. 447 y ss y A. D. C. cit., páginas 283 y ss.).

(146) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, n.º 3 y nota 14, en *Estudios con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III, vol. I, n.º 6, pp. 727 y ss. (Madrid, 1964).

(147) GUILLERMO G. VALDECASAS: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en "Rev. Der. Privado", vol. XI.VII (noviembre 1963), pp. 957 y ss.

(147 bis) Escrito ya el presente trabajo ha aparecido una monografía de nuestro compañero ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA: *La legítima en el Código civil* (Oviedo, 1964), que analiza la tesis de G. G. VALDECASAS (especialmente en las pp. 63 y ss.), que rechaza en sus líneas principales, aunque acepta algunas de sus observaciones.

Pero, para no incurrir también nosotros en apriorismos, es preciso que examinemos atentamente esa tesis con el apoyo de la cual se pretende construir, en nuestro Derecho, la expresada distinción.

16. Conviene, sin embargo, que previamente subrayemos algunas de los diferencias cualitativas que presenta el sistema legitimario del *Código civil español* con respecto al del *Codice civile italiano*.

Aparte la existencia de la *mejora* en el Código civil español (artículos 808, § 2.^a, y 823 y ss.), desconocida en el *Codice civile italiano*, conserva aquél dos piezas básicas del sistema legitimario romano, que no conocieron los sistemas germánicos de delación legal directa y que en Italia desaparecieron con la codificación. Se trata de la *preterición* y de la *desheredación*.

Según el artículo 814, § 1.^a: “*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas o mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*”

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

Por otra parte, a diferencia del artículo 536 del *Codice civile* —donde se lee que “la legge riserva una *quota di eredità*”—, el artículo 806 del Código civil dice que “*Legítima es la porción de bienes...*”. No es que demos demasiada importancia a esa dicción; pero creemos que tampoco es conveniente olvidar que esa referencia parece más favorable a la tesis que conceptúa la legítima como *pars honorum* que a la que la conceptúa como *pars hereditatis*.

También es de notar que, en lugar de regular —como el *Codice civile* en sus arts. 550 y 551— los legados en *sustitución* y a *cuenta* de la legítima, el Código civil, en su artículo 815 —del que luego deberemos ocuparnos— dice que: “*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.*”

Pero, especialmente, es de observar que: mientras en el Derecho italiano —con algunas excepciones, como vimos— predomina la opinión de que la legítima regulada en su *Codice civile* no es la tradicionalmente regulada por el Derecho común y estudiada por los juristas italianos anteriores a la codificación, sino la *reserve coutumières* recogida con modificaciones por el *Code de Napoléon*, de donde la tomaron —también con modificaciones— los autores del *Codice* de 1865; en cambio, con respecto al Código civil español nos impide esta interpretación el texto explícito de la Ley de Bases de 11 mayo 1888.

La Base 1.^a ordenó que: “*El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se haya contenido en éste el sentido y capital pensamiento del Derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación sin otro alcance y*

propósito 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, en vista de las exposiciones de principios o de todo hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores."

La Base 15.^a siguió este criterio en lo referente al tratado de sucesiones; y la Base 16, en su § 2.^a, señaló reformas solamente cuantitativas en materia de legítimas, que determinaron su reducción con respecto a las del Derecho histórico, y que, según Alonso Martínez (148) nos ha explicado, fue fruto de una fórmula de transacción con el Derecho de las regiones forales.

Creemos haber demostrado hace años (149), sin que nadie hasta ahora nos haya rebatido, que a partir de las Siete Partidas los autores castellanos "explicaron esta institución de las legítimas sobre la base del *Corpus Iuris* y de las Partidas, como lo demuestran las numerosísimas citas continuamente referidas a estos cuerpos legales. La construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El Derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue el regulador de la medida. El Derecho romano, en su fase justiniana, explicó su naturaleza. Basta recordar, al efecto, cómo Antonio Gómez, en sus *Varias* (150), se ocupa de la legítima en el capítulo que titula "De successione contra testamentum" (es decir, de la *successio contra tabulas*, según la terminología romana), que dedica a tratar, sucesivamente, de la preterición, la desheredación, la *querela inofficiosi testamenti*, la legítima como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*".

Y también, después de las investigaciones que entonces realizamos, estimamos probado —y continuamos estimándolo mientras nadie nos demuestre que aquella investigación fue errónea, o deficiente— la conclusión a que entonces llegamos (151)— que la obra codificadora "sólo quiso alterar, y así lo verificó, ciertos extremos concretos, como los referentes a la reducción cuantitativa de la legítima (arts. 808 y 809), a la validez de su otorgamiento por cualquier título (art. 815), a la posibilidad de que cristalice total o parcialmente en *pars valoris* (artículos 821, 822, 829, 840, § 2.^a, y 1.056, § 2.^a). Aparte de las variaciones establecidas en los elementos personales de la relación legitimaria".

(148) MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales* (2.^a ed. Madrid, s. f.), p. 146.

(149) *Apuntes de Derecho sucesorio*, I parte, § 2.^a (ed. separada, p. 19, y A. D. C. IV-II [abril-junio 1951], p. 435).

(150) ANTONIO GÓMEZ: *Variæ Resolutiones Juris Civilis Communis et Regii*, Lib. I, cap. XI (cir. pp. 133 y ss. de la ed. Lugdtni, 1701).

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

Añadiremos, que nuestro acatamiento a la interpretación tradicional española del Código civil y nuestro respeto al criterio de la Ley de Bases no significa que nos aferremos al *ser* y huyamos del *deber ser*.

Para nosotros, uno y otro, andan emparejados en este caso. No sólo porque el Derecho es algo demasiado serio para dejarlo al aire de las modas de los teóricos de cada generación, que quisieran reconstruirlo *ex novo* sin tener que molestarse en estudiar las experiencias vividas por las anteriores. Sino, especialmente, porque creemos que la legítima romana elaborada por el Derecho común ofrece una flexibilidad que armoniza la voluntad del testador con el interés de los legitimarios protegidos por la ley; en lugar del automatismo de la delación forzosa germánica. No creemos que el Derecho deba sujetar por mero afán de dominación la voluntad del *de cuius*; sino por una *ratio*, una finalidad, para proteger un interés legítimo. Y siendo así: toda labor de artesanía jurídica que reduzca a sus límites necesarios estas sujeciones, será un progreso; y todo automatismo, una regresión.

17. Guillermo G. Valdecasas (152) se detiene, como es natural, ante el artículo 658 del Código civil, según el cual: “*la sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley*”. Las consideraciones que este precepto sugiere a dicho autor vamos a tratar de sintetizarlas:

“La prevalencia de la delación testamentaria sobre la legítima es una manifestación más del principio de la autonomía de la voluntad que domina en el Derecho privado”... “Pero la precedencia de la sucesión testamentaria sobre la legítima no es absoluta, pues esta última, a su vez, se sobrepone a aquélla cuando los sucesores legítimos están unidos al causante por vínculos familiares tan íntimos que la ley considera necesario atribuirles una parte —siquiera sea mínima— de la herencia, aun en contra de la voluntad del testador (sucesión necesaria o forzosa)”.

Así...: “La ley (artículo 806 y sig. del C. c.) reserva a favor de dichos sucesores una parte de la herencia, menor de la que le correspondería abintestato, de la cual no puede disponer el testador (artículos 806, 813, 763, ap. 2.º). Si éste, infringiendo la prohibición legal, dispone de ella en favor de otros, la institución es nula si el heredero forzoso fue preterido totalmente (art. 814), o será nula sólo en parte si el testador le dejó algo. (...) En el primer caso, se abre la sucesión intestada, la cual tiene carácter forzoso en cuanto es contraria a la voluntad del testador. En el segundo, la institución testamentaria es nula sólo en la medida necesaria para dejar a salvo la cuota hereditaria que la ley reserva al heredero forzoso, y que en este supuesto es deferida por la misma ley contra la voluntad del testador”.

(152) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., n. 2, pp. 958 y ss.

Antes de proseguir, no podemos dejar pasar por alto dos afirmaciones contenidas en las transcritas frases: “*La institución es nula*”, o “*será nula sólo en parte... si el testador dejó algo*”... El Código civil no dice esto, sino que la preterición “*anulará la institución de herederos*” —en el artículo 814—, y —en el artículo 815— que el heredero forzoso a quien el testador dejó algo, “*podrá pedir el complemento*”.

Si no hay *ipso iure* total *nulidad* automática, sino que al preterido le cabe invocar el defecto que entonces la *anula*, la delación legal *contra tabulas* no se produce automáticamente sino una vez impugnada con éxito la institución viciada de preterición, aunque esta delación legal se retrotraiga al momento del fallecimiento del causante. Y si tampoco hay nulidad en parte, sino derecho a *pedir el complemento*, es que no hay en este caso delación legal, sino un derecho a reclamar contra el favorecido a quien corresponda dirigirse.

La letra del Código viene confirmada por los precedentes de los que sus artículos son expresiones sintéticas. En efecto:

a) La delación legal, *en caso de preterición*, tiene lugar *ab intestate*, una vez impugnada la institución de heredero, lo cual sólo cabe al preterido o a sus herederos, mientras su acción no haya prescrito y en tanto no haya aprobado el testamento, expresa o tácitamente, o renunciado a impugnarlo.

Así, Accursius (153), en su glosa al § *Et generaliter* de la ley *Si quando*, anotó que “Item consensus filii praeteriti facit tenere quod alias ipso iure esset nullum: ut arg. ff. de iniust. test., l. filio praeterito (Dig., XXVIII-III, 17), et de iure dot. l. si res, § 1.º (Dig., XXIII-III, 12, § 1.º), quia pacisci potuit consentiente filio ut ff. de libe. et posthu., l. filio (Dig., XXVIII-II, 23) est non nullum testamentum, si hoc filius dicat patre consentiente ut aliis habeat bona filii decedentis”.

Lo mismo expuso Paullo de Castro (154) al decir que si, muerto el padre, el hijo preterido o desheredado, en lugar de pedir la nulidad o ejercitar la querella, respectivamente, aprobase el testamento, ese testamento reconvalescería por equidad pretoria, de acuerdo con la ley *filio praeterito*, *ff. de iniust. test.*

Pasando a Castilla, si bien la ley 1.^a del título VIII de la Sexta Partida remitió la *querela inofficiosi testamenti* a la desheredación injusta y aplicó a la preterición el *ius dicendi nullum*, interpretando en este sentido la Novela CXV, cap. III, con el razonamiento de que en este caso “*pues que non deve valer non se puede quebrantar*”, no

(153) ACCURSIUS: *Codicis Iustiniani...*, gl. a la palabra *iudicium* de la ley XXXV, Cod. III-XXVIII (cfr. ed. Venecia, 1575, t. III, col. 577, c).

(154) PAULUS CASTRENsis: *Commentariorum in Codicem Iustinianorum*, Pars prima, Tit. *De inoff. testamen.*, L. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 4 (ed. 1531, fol. 140 vuelto).

obstante Gregorio López (155) —en su glosa a las palabras de dicho título “quebrantundo” (“Quelrantando seyendo el testamento por alguna de las razones sobredichas en leyes de este título”) y “lo quebrantasse” (“Lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas”)— opinó que debía entenderse “sive ex causa exhereditationis, sive ex causa praeteritionis”, “et quod it dicit quebrantando, intellige largo modo, et procedat etiam evacuat, seu annullato testamento ex causa praeteritionis” (glosa 1.^a) y “Sive per querelam sive per ius dicendi nullum, vel per bonorum possessionem contra tabulas” (glosa 7.^a).

Además, la ley 24 de Toro (ley 8, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilación) equiparó totalmente la preterición y la desheredación injusta. Lo que Sala (156) comenta favorablemente, pues dice que “lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena más allá del particular en que ocurrió la iniquidad o sin razón que la motivó”. Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, en su versión del Febrero (157), anotan que éste, “en este lugar y caso hace sinónimas las palabras romper y anular”, y aún añaden: “No puede negarse que esta doctrina es más cómoda y sencilla y que evita otras muchas discusiones: La inobservancia de las solemnidades externas hacia totalmente nulo el testamento entre los romanos y lo hace todavía entre nosotros; pero aquéllos conocían además solemnidades internas, cuya omisión inducía la misma absoluta nulidad: tales eran la institución de heredero común a todos los testadores, y la particular de los ascendientes que tenían herederos, conocidos con el nombre de suyos, de haberlos de instituir o desheredar”... Esta segunda solemnidad interna “era muy dudosa en cuanto al efecto de inducir nulidad, aun por las mismas leyes de Partida, en el día nos parece que no debe serlo ya por la mencionada ley 1 [tít. 18, lib. 10, Novísima Recopilación], ya por la 8, tít. 6, lib. 10, y ya porque el espíritu de todas las leyes recopiladas tiende a desembarazar nuestra legislación de las sutilezas, más o menos plausibles, que las de Partidas habían copiado servilmente de las romanas”.

No sólo se convalidaba el testamento y, por ende, la institución por renuncia expresa a impugnarlo por parte del legitimario afectado, sino tácitamente, v. gr., por el hecho de que aceptase un legado el legitimario no instituido heredero (que, conforme la Novela 115, se entendía preferido de no haber sido desheredado justa o injustamente). Así resulta de los textos de Marcelo, Modestino y Paullo, recogidos

(155) GREGORIO LÓPEZ: glosas 1 y 7 al título 8.^a de la Sexta Partida (cfr. ed. castellana Saponts y Barba, Martí de Fíxalá y Ferrer y Subirana, Barcelona, 1843, t. III, pp. 562 y ss.).

(156) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho Real de España*, Lib. II, Tít. V, n. 3 (cfr. ed. Madrid, 1820, t. I, p. 151).

(157) FLORENCIO GARCÍA GOYENA Y JOAQUÍN AGUIRRE: *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escrivábanos*, Lib. I, Tít. IX, sec. IV, adición al n. 1138 (cfr. ed. Madrid, 1852, t. I, p. 348).

en el Digesto, V-II, 10, § 1.^a, 12, 31 y 32. El primero declaró “illum notissimum est, eum, qui legatum precepit, non recte de inofficiose testamento cícturum, nisi id totum alii administravit”.

En las Partidas la ley 5, tít. VIII, P. 6.^a, recogió esta doctrina al disponer: “Mas si aquella parte la dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, entonce podría quebrantar el testamento. E esto se entiende si el fijo non recibiesse aquella parte que le era mandada. Ça si la recibiesse e non la protestasse diciendo que le fincasse en salvo la querella que avia de tal testamento non podría después quebrantarla”.

Antonio Gómez (158) planteó directa y concretamente la cuestión: “Item quaero, an filius praeteritus possit approbare testamentum nullum, in quo est praeteritus ut valeat, et convalescat?” Su respuesta fue contundente: “et breviter et resolutive dico, quod de iure civile non potest, sed de iure praetorio, et eius aequitate, potest”. Y añadió que dicha aprobación puede hacerse “expresse et etiam tacite”. Expresamente, “quando formaliter approbat illud, et promittit aliquo iuris, remedio contra illud non agere”. Tácitamente, “quando se abstinuit ab hereditate patris vel ascendentí, qui eum praeterivit, testus est in d. 1. *filio praeterito*, verb. 1 et ibi communis opinio”.

Sin embargo, a este autor le quedó una duda: “Advertendum tamén, quod praedicta debent intelligi, quando filius praeteritus approbat testamentum sine praecidicio institutorum, quia alias possunt succedere ab intestato, forte instituti in minori portione quam ab intestato, essent habituri: quia non obstante consensu, et approbatione filii praeteriti possunt pro *iure* suo dicere testamentum nullum ita probat textus formalis et expressus *in l. post. mortem § fin. de bon. poss. contra tab...*” (159). Naturalmente, tuvo que enfrentarse con la solución contraria para caso de desheredación, que dispuso el § *Exhereditati* de la misma ley *Si post mortem* (160), y señaló la siguiente *ratio* de la diferencia: “cuando el hijo es preterido, el testamento es nulo por defecto de solemnidades”, “et omnibus est quae situm ius nullitatis, unde quilibet, cuius interest, potest agere”, en cambio, “cuando verdaderamente el hijo es desheredado, el testamento bienamente vale: ya que es guardada la forma y la solemnidad requerida, y sólo al hijo desheredado es hecha la injuria”, “unde ipse solus potest agere et querelam intentare”. Razonamiento en el que dice seguir a Franciscus Curtius (*in l. posthumo nato, C. de bonor. possess. contra tabul.*

(158) ANTONIO GÓMEZ: op. y cap. cits., n. 6 (ed. cit., pp. 137 y s.).

(159) Dig. XXXVII-IV, 10, § 6: “Los que por causa de otros pidan la posesión de los bienes contra el testamento, no esperen que los preteridos reciban la posesión de los bienes, sino que también ellos mismos pueden pedir la posesión de los bienes contra el testamento; porque una vez que por el beneficio de los otros hayan sido admitidos a este beneficio, ya no se entiendan de que aquéllos pidan, o no, la posesión de los bienes.”

(160) Dig. XXXVII-IV, 10, § 5.^a: “Los hijos desheredados, así como no dan lugar al edicto, así tampoco, habiéndose dado lugar al Edicto por otros, entrarán con ellos en la posesión de los bienes, y les queda una sola querella, la de que acusen de inoficioso el testamento.”

o col., n.^o 6), y en el que le sigue el jesuita Luis de Molina (161).

Evidentemente, la *ratio* invocada por Gómez desaparece en el Derecho Real, desde el momento en que el testamento deja de ser nulo por falta de tal solemnidad interna. Válido formalmente el testamento, no queda sino la lesión inferida al legitimario como causa de la nulidad de la institución, que—desaparecida aquella invalidez formal—sólo tiene por *ratio* el interés del legitimario. Las razones dadas para explicar que la renuncia a la querella, por el legitimario injustamente desheredado, hace inimpugnable la institución, sin que ningún otro interesado pudiese aprovecharse de aquél defecto, a no ser que a su vez hubiese sido injustamente desheredado y accionase en consecuencia, pudieron trasladarse a la preterición desde el momento en que desapareció como *ratio* de la nulidad el defecto de forma y solemnidad del testamento. Conviene que recordemos aquí, al efecto, los juiciosos comentarios de Sala y de Aguirre y García Goyena, que antes hemos transcritos.

No es, pues, de extrañar que el Tribunal Supremo haya declarado en S. 26 junio 1903 (162), en su primer considerando:

“... que el hijo indebidamente preterido, como el injustamente desheredado, puede a su libre arbitrio conformarse con el testamento, ejer-

(161) LUIS DE MOLINA, S. J.: *De Iustitia et Iure*, Tract. II, Disput. CLXXV, n. 28 (cfr. ed. novissima, Collonia Allobrogum, 1733, t. I, p. 392), donde subraya que la distinción más que entre hijo *preferido* e hijo *desheredado*, debe establecerse entre hijo preterido o desheredado sin *expresión de causa* e hijo preterido o desheredado con *expresión de causa*: “Dixi, sine causa inserta; quemadmodum si praeteritus aut exhereditatus esset inserta causa, tunc quia testamentum non esset ipso iure nullum, sed solum filio ita praeterito aut exhereditato concedetur querela ad illud amillandum nisi causa sufficiens probaretur; utique si talis filius illud approbasset reliqui heredes improbare illud non possent, ut cum Francisco Curtio ibidem recta Anton. Gom. subiungit.”

(162) El supuesto de hecho de la S. 20 junio 1903 fue el siguiente: Doña F. de P. M. y F. falleció en 1862 bajo testamento en el que declaró tener cuatro hijos, a los que instituyó herederos. La demanda fue interpuesta por un nieto y heredero de Luisa A. M.—otra hija de dicha causante—que pidió la nulidad de la institución de herederos, porque dicha hija de la testadora había sido preterida por ésta. Se contestó, y en lo fundamental se probó, que a favor de dicha hija preterida, cuando ésta contraió matrimonio, constituyeron sus padres, a cuenta de su legítima, dote estimada; que los padres, por consideraciones de carácter privado, decidieron que sus herencias se repartieran en cuatro porciones iguales entre sus otros cuatro hijos, a los cuales ordenaron que extrajudicialmente entregaran, entre todos, a su hermana Luisa, una participación igual a la que ellos percibieran, lo que cumplieron entregándole 5.000 reales, que, unidos a los recibidos de la madre por la aportación dotal, sumaban un valor superior a lo que le correspondía por su legítima; y que desde la fecha del fallecimiento de la madre a la defunción de su hija Luisa transcurrieron diecinueve años. El Juzgado y la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada absolvieron de la demanda, por lo que el demandante interpuso recurso de casación, alegando como primer motivo infracción de las leyes 8, tít. 20, lib. 10 Nov. Recopil., y 17 tít. 1, Part. 6.^a, según las que “los hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, son herederos forzosos de sus padres y ascendientes legítimos, toda vez que al absolver de la demanda de nulidad del testamento combatido en la demandada, se reconoce la subsistencia y validez de éste, y, por tanto, se deniegan los derechos del recurrente como hijo de la preterida doña...”

citar o no la acción de nulidad derivada de la preterición y renunciar a su ejercicio, ya expresa ya tácitamente, por medio de actos que impliquen esa conformidad y renuncia; entendiéndose hecha de esta última manera, según el recto sentido y espíritu de la ley 6.^a, tít. 8.^o de la Partida 6.^a, aplicable al caso de este pleito, cuando, conociendo el testamento y sin exigir que previamente se declare o reconozca la nulidad de la institución de herederos que se hubiese hecho en su perjuicio, recibiese el preterido de esos herederos en pago de su haber otro tanto de lo que por consecuencia y efecto de la nulidad le había correspondido como legitimario en la herencia del padre; porque ese acto implica necesariamente, no tan sólo aquella renuncia, sino también su conformidad en cuanto al modo escogitado por los interesados para dar satisfacción a su derecho.”

Aparte de que éste es el Derecho vigente y de cuál es su trayectoria histórica, nos parece que ésta significa un avance hacia una mayor perfección. En efecto:

Pretender que toda disposición testamentaria que prescinde de un legitimario es *ipso iure* nula, o bien que tal disposición no pudo abarcar la legítima, nos parece que es acudir a soluciones toscas y primitivas, faltas de la flexibilidad que caracteriza el progreso jurídico. Si la *ratio* de la norma es proteger al legitimario y éste, expresa o tácitamente, se conforma, ¿por qué reputar nula la disposición y beneficiar a otras personas? No es tanto mayor la perfección jurídica en materia sucesoria cuanto más fina sea la armonización de la voluntad del testador con las normas prohibitivas, de tal forma que aquélla sólo deje de ser eficaz en tanto en cuanto la *ratio* de éstas lo exija, pero no fuera de ella? Si es así, si en consecuencia vale la disposición testamentaria si el preterido no reclama, es que aquélla no es automáticamente nula *ipso iure*, es que no hay una delación legal que excluya sin más la delación testamentaria en la porción legítima. Labor de artesanía de siglos, que algunos quieren deshacer para volver a las más primitivas páginas del Derecho, para que encaje mejor en unos esquemas conceptuales, con olvido de la realidad concreta, más compleja, de la vida jurídica.

b) La *actio ad supplementum*, tampoco puede configurarse, como presupone Guillermo García Valdecasas, como una consecuencia de la nulidad parcial de la institución en cuanto ésta rebase de la parte disponible. Toda su trayectoria histórica desniente esta construcción; la cual, por otra parte, tampoco nos parecería un progreso, sino una regresión, como luego veremos.

Es sabido que la *actio ad supplementum* —o acción complementaria, supletoria o expletoria— nació para mitigar los efectos de la *querela inoficiosi testamenti*, es decir, para culcificar los efectos negativos de ésta, totales y duros (163).

(163) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, § 8.^o (ed. sep., pp. 67 y ss., y A. D. C. IV-II, pp. 483 y ss.).

Acerca de su naturaleza no se planteó siquiera que fuese el fruto de una delación legal, sino que contrariamente la discusión giró en torno a si participaba de la naturaleza de la *querela inofficiosi testamenti*. El examen de esta disputa puede ayudarnos a ver claro. Fundamentalmente se refirió a si esta acción debía entenderse prescrita a los cinco años como la *querela*; a si, como ésta, era intransmisible a los herederos cuando su ejercicio no lo hubiere iniciado en vida su titular, y a si debía estimarse renunciada en virtud de la aprobación del testamento o por al aceptación de algún legado.

Las tres cuestiones fueron contestadas negativamente. Antonio Gómez (164) rechazó al efecto la razón “*quod subrogatur loco querelae*”, pues “*est introductam odio eius ad eam submovendam, et merito non sapit eius naturam*”.

¿Cuál era, pues, la naturaleza de la acción supletoria? ¿Cómo se adquiría el suplemento?

Gregorio López (165) explicó “que si bien el suplemento se verifica de derecho, es esto bajo la condición de que se pida por la parte, como dijo una glosa notable de la cit. l. 36, princ. (*Cod. VI-XXVIII*, 36, pr.), con la que están allí de acuerdo Alberico, Bartolo y Paulo de Castro, y lo mismo quiere Baldo allí respecto de la adquisición immutable que tiene lugar mediante la aceptación. Saliceto es el único que allí opina que el suplemento se verifica *ipso iure*, sin necesidad de que se pida por parte interesada; y fundase en que, de otra suerte, tendríamos una condición, esto es, un gravamen en la legítima, contra lo dispuesto en la ley 32 C. d. tit.; si bien que, según él, no se transmitiría el suplemento a los herederos si no se hubiese pedido, 1.65. § 1, D. *de legat*, 1, y, por último, reconoce que en la esencia no aprovecharía el suplemento, si no se pidiere por el hijo, o por su heredero...”

A Rodrigo Suárez le acusó Gregorio López, en la misma glosa, de seguir la opinión de Saliceto. Pero igual que éste, limitaba notablemente su criterio. Así decía Suárez (166): “*Verum esse quod dictum gravamen quantitatis relictum et ipso iure fit repletio, tamen quod realem effectum acquisitionis est impossibile quod acquiritur, nisi petatur*”; y, en otro lugar (167), diferenciándolo de los gravámenes en la cualidad —como son la condición o el plazo—, que *ipso iure* estima no puestos, cree que en el gravamen *in quantitate* “*impossibile est supplementum fieri, nisi petatur: et sic quod esentiam et effectum acquisitionis, nullo modo potest fieri suppletio nisi petatur...*”.

También Antonio Gómez (168) observó que, no obstante “*repletio*

(164) ANTONIO GÓMEZ: *Pariae...*, cap. cit., n. 23, vers. *Nec obstat* (ed. cit., p. 140).

(165) GREGORIO LÓPEZ: glosa a las palabras “*gelo cumpliesen*” de la ley 5, tít. VIII, 6.^a Partida (32 de dicho título, vers. castellana cit., vol. III, pp. 667 y s.).

(166) RODRIGO SUÁREZ: *Repetitionis Legis* “*Quoniam in prioribus*”, *Declaratio Legis Regni*, *Additio VI*, n. 2 (cfr. “*Opera Omnia*”, ed. Donaci, 1614, p. 498).

(167) RODRIGO SUÁREZ: op. cit., *Ampliat. decima*, n. 8 (ed. cit., p. 413).

(168) ANTONIO GÓMEZ: loc. ult. cit., vers. *Nec obstat etiam*.

legitimae fit ipso iure per legem"..., "respectu realis, et actualis effectus acquisitionis non potest quaeri sine partis petitione".

La naturaleza de la *actio ad supplementum*, según el mismo Rodrigo Suárez (169), era personal: "quia ius agendi ad supplementum petitur per conditionem ex lege, ut ait gloss. in d., § si conditioni" (*Dig.*, V-II, 8, § 10). En sus adiciones a Suárez, Jacobo Valdés (170) dedujo de su carácter de *conditio ex lege* que es "*actio in rem scriptan*". Y Antonio Gómez (171) entendió que para lograr el suplemento "*competit actio personalis, vel in rem scripta*", conforme la glosa ordinaria a la ley *Omnimodo* (*Cod.*, III-XXVIII, 30).

Por otra parte, se negó que el suplemento se recibiese a título de herencia. Así Bartolo (172) afirmó que "hodie cum agitur ad supplementum non sit locus simili successioni universalis: et sic cessat ius accrescendi". Al argumento de que al pedirse el suplemento se reclamaba una cuota, respondió que esto sería cierto si *pro cuota* se transmitieran los "onera debitorum et creditorum", pero que, de no ser así, "non videtur esse successio". Premisa mayor, a la cual enlaza como premisa menor: "sed ista legitima datur aere elieno deducto... ergo habetur ut particularis successio".

Finalmente, se discutió si el suplemento debía pagarse en bienes hereditarios o podía satisfacerse en dinero. Petrus Antonius de Petra (173) terció entre estas dos tesis contrapuestas, para concluir que: "si legatum in pecunia pro legitima factum sit acceptatum per filium tunc enim supplementum pariter in pecunia fieri debet, secus si non fuit legatum acceptatum, et ita puto posse has opiniones conciliari". Es decir, que podía pagarse en metálico si se reunía la doble circunstancia de que el causante hubiese ordenado un legado en metálico para pago de la legítima (no suficiente para cubrirla) y de que el legitimario lo hubiese aceptado.

Hoy los supuestos de posible pago en metálico del suplemento vienen notablemente ampliados (174), de conformidad con los artículos 821, 829 y 1.056, § 2, aparte de los casos de las legítimas del cónyuge viudo y de los hijos naturales (arts. 839 y 840, § 2.º).

Parece, pues, inferirse de lo expuesto que el derecho al suplemento: es de naturaleza indemnizatoria, significa un resarcimiento al legitimario por el incumplimiento por el *de cuius*, de su deber de atribuirle su íntegra legítima; que debe satisfacerse en bienes hereditarios.

(169) RODRIGO SUÁREZ: *Declaratio y Addit.* cit., n. 2, (p. 498).

(170) JACOBO VALDÉS: *Additio C* al n. 7 de la *Ampliatio undécima*, de las citadas *Repetitionis* de RODRIGO SUÁREZ (ed. cit., p. 436).

(171) ANTONIO GÓMEZ: loc. tit. cit., vers. *Secundo deditur*.

(172) BARTOLO DE SAXOFERRATO: *Commentarii in primam Digesta veteris partem*, tit. "De inoficioso testamento", *Iex Pater filium*, nn. 15 y 16 (cfr. ed. Iagelloni, 1547, fol. 180).

(173) PETRUS, ANTONIUS DE PETRA, PLACENTINI: *Tractatus de Fideicommissis*, *Quaest.* XV, 94 (cfr. ed. Francofurti, 1669, p. 574).

(174) Cfr. al respecto el magnífico trabajo de nuestro compatriero MANUEL DE LA CÁMARA ALVARUZ: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, loc. cit., pp. 914 y ss.

rios, conforme al carácter de *pars bonorum* de la legítima, salvo en los casos en que está autorizado su pago en metálico; y que está asegurado con una acción *in rem scriptam* que le concede efectos reales.

Siendo así, no hace falta alguna acudir a la nulidad parcial de la institución, ni a la delación legal directa, pretendidas por Guillermo G. Valdecasas, de las que ni los precedentes históricos ni nuestro Código civil tampoco justifican su vigencia, su necesidad ni su conveniencia.

18. Volviendo al examen que de las formas de delación hace Guillermo G. Valdecasas (175), éste expone que aun cuando "algunos autores conciben la delación forzosa como un tercer tipo ("tertium genus") de delación, junto a la testamentaria y la legítima, la mayoría estima que es una subespecie de la legítima, la cual en unos casos actúa en defecto de testamento, o de que el testador haya dispuesto de todos sus bienes, mientras que en otros casos actúa en contra del testamento...".

A su juicio: "Es innegable que proviniendo de la ley tanto la delación intestada como la forzosa, ambas son legítimas y pueden considerarse comprendidas dentro del artículo 658... Es como si el llamamiento que la ley hace con carácter supletorio en la sucesión intestada se concretase con carácter forzoso y por una cuota más reducida, en el círculo restringido de los más íntimos parientes, cuando el testador les priva de esa mínima participación en la herencia"... "ese punto de vista es el más conforme al Código civil, que en su artículo 658 sólo conoce dos tipos de delación: la testamentaria y la legítima".

Pero, a seguido, agrega: "De ello precisamente han pretendido deducir algunos autores la inexistencia de delación forzosa en nuestro Derecho, olvidando aquellos supuestos que acabamos de indicar..., de delación legítima en contra del testamento".

Unas páginas después (176), refiriéndose a la invalidación en parte de la institución por desheredación injusta, observa que: "Algunos autores insinúan que en la parte de herencia respecto de la cual se anula la institución de heredero, se abre la sucesión intestada. Si así fuera, caso de existir otros herederos forzosos concurrirían a la sucesión intestada junto con el desheredado, el cual no lograría nunca la cuota reservada". Y, en nota, transcribe un párrafo nuestro --en el que escribimos (177): "en los supuestos citados en el artículo 851, la sucesión intestada sólo se filtra parcialmente por el boquete de la nulidad parcial de la institución, hueco que exclusivamente deja paso al llamamiento otorgado concretamente en favor del injustamente desheredado y en la medida de su respectiva legítima". --

(175) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., p. 959.

(176) G. G. VALDECASAS: loc. cit., p. 968 y nota (20) de dicha página.

(177) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Parte I, § 3.º, cfr. ed. sep., pp. 44 y s., y A. D. C. IV-II, pp. 460 y s.

para dedicarnos este comentario: "El autor habla de sucesión intestada, pero al describir los efectos jurídicos refleja la delación forzosa de la cuota reservada."

¿Son coherentes las observaciones que hemos transcrita en los dos inmediatos párrafos anteriores con el criterio del mismo G. G. Valdecasas, que trasluce en los textos que le hemos transcrita en los precedentes? ¿Hay delación forzosa diferente de la intestada? ¿Basta, para soslayar que exista ese *tertium genus*, con decir que no se trata sino de dos supuesto de la delación legítima prevista en el artículo 658?

Pero... el artículo 658, § 1.º, en relación con su § 2.º, define como delación legítima la manifestada a falta de testamento por disposición de la ley. Sin que obste el § 3.º, que se refiere al supuesto de testamento que no agote el caudal hereditario sea por la causa que sea, bien por no haber dispuesto el testador de todos sus bienes (arts. 763, § 1.º, 764 y 912, § 3.º), o bien porque la institución se anule en la parte que perjudique al injustamente desheredado (art. 851).

Según G. G. Valdecasas, al describir nosotros los efectos de la delación intestada producida, en parte, en virtud de la anulación parcial prevista en el artículo 851, reflejamos la delación forzosa de la cuota reservada. Sin duda, opina así porque cree (pues así nos lo dice el mismo en el texto correspondiente) que, en caso de tratarse de delación intestada, ésta beneficiaría a todos los herederos legítimos y no sólo al injustamente desheredado.

¿Se trata, pues, tan sólo de un problema semántico si los dos hablamos de lo mismo dándole diferentes nombres? ¿Es una mera cuestión nominal?

No, por cierto. G. G. Valdecasas necesita defender que existe una delación legal forzosa *ipso iure*, automática, independiente de la voluntad del testador y de la actuación del legitimario a quien por aquél no se le hubiese reconocido su derecho. Tal vez, es por esto que no puede admitir que sea sucesión intestada la producida por la anulación parcial de la institución prevista en el artículo 851 C. c., ni tampoco que ésta pueda producirse sólo a favor del injustamente desheredado sin dejar de ser sucesión intestada; aunque en virtud de una especial situación jurídica lo sea: sólo en parte y para una de las partes, el reclamante.

Sin embargo, eso que él no puede admitir ha sido una realidad desde hace más de mil años, y lo fue en el Derecho romano, a pesar del obstáculo del principio romano "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*". Ha sido un hecho real... tanto si éste nos parece conceptualmente correcto como si no.

En efecto, en Roma, como nos ha explicado Bonfante (178), la *querela* "tiene un carácter prejudicial; con ella se obtiene la resci-

(178) PIETRO BONFANTE: *Instituciones de Derecho Romano*, trad. castellana de la 8.ª ed. italiana por L. Bacci y A. Larrosa, revisada por Campuzano, Madrid, 1929, pp. 627 y ss.

sión del testamento, después de lo cual el legitimario podrá pedir su cuota con la *actio hereditatis petitio ab intestato*, y el testamento puede ser rescindido tanto total como parcialmente; en esta segunda hipótesis se tiene una nueva excepción al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

En efecto, se admitió que, en caso de ejercicio de la *querela*, pudiese invalidarse el testamento sólo en parte en los siguientes casos:

1.^o Ejercicio de la *querela* por un hermano del testador, en supuesto de pluralidad de instituidos cuando sólo uno de éstos fuese *turpis persona* (179), o siempre que por cualquier otra razón la *querela* de un legitimario prospere contra algún heredero y fracase contra otro u otros (180).

2.^o Ejercicio con éxito de la *querela* por sólo alguno o algunos de los varios legitimarios injustamente desheredados (181).

3.^o Existencia entre los instituidos, sujetos a los efectos de la *querela*, de un legitimario que no reciba mayor porción de la que le correspondería *ab intestato* (182).

Conformes con este criterio vemos, entre los clásicos castellanos, a Gregorio López (183) —“et natura querelae est, quod non datur contra illum qui erat successurus ab intestato, et non habet ultra quod sibi tengat ab intestato”— y a Antonio Gómez (184)— “si vero fiat restitutio pro parte hereditatis, et non in totum: pro ea tantum potest intentari; et pro ea rescindetur testamentum”.

La *querela* era una acción rescisoria; que: prescribía a los cinco años; como acción de injurias; no se transmitía a los herederos del injustamente desheredado, a no ser que éste tuviese preparado el ejercicio, y podía renunciarse, no sólo expresa sino también tácitamente, lo cual se entendía por el solo hecho de recibir éste algo de lo que se le hubiese dejado en el testamento, que, en otro caso, hubiese dado lugar al ejercicio de aquélla. Doctrina que vemos reiteradamente repetida hasta el período compilador (185).

Actualmente la querella rescinde, quebranta (186) o anula la ins-

(179) Dig. V-II, 24.

(180) Dig. V-II, 15, § 2; y 25, § 1, Cod. III-XXVIII, 13.

(181) Cfr. WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, § 584, nota 24, trad. italiana con notas de Fadda y Bensa, Torino, 1930, vol. III, p. 265.

(182) Cfr. A. J. BOYÉ: *Essai critique sur une "croix iuris"*; *La loi mater* (Dig. V, 2, 19) *et le papirus de Haildelberg* 1272, en “Revue d’Histoire du Droit”, vol. V, 1924, pp. 464 y ss.

(183) GREGORIO LÓPEZ: glosa a las palabras de la *herencia*, 7.^a de la ley 1.^a, tít. VIII, Partida VI (cfr. la cit. ed. castellana, vol. cit., p. 563).

(184) ANTONIO GÓMEZ: op. cit., Lib. I, cap. XI, n. 15 (ed. cit., p. 142).

(185) Cfr. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico exegético del Derecho romano comparado con el español*, 4.^a ed., Madrid, 1869, t. I, p. 476.

(186) Quebrantar el testamento es la expresión de la ley 1, título VIII de la Partida 6.^a, que dice: “El hijo o el nieto del testador, o alguno de los otros que descenden del por la línia derecha, que oviesse derecho de heredarle si muriese sin testamento, si lo oviesse desheredado a tuerto, e sin razón, puede fazer querella delante del juez: para quebrantar el testamento en que lo oviesse desheredado.”

titución solamente en la parte en que perjudica la legítima estricta del desheredado (Ss. 23 enero 1959); y, en cuanto a esta parte, deja filtrar la sucesión intestada *a favor exclusivamente de éste*.

Gregorio López (187) había insistido en aclarar que la herencia a la que era llamado el legitimario a consecuencia de su ejercicio victorioso de la querela debía entenderse “*de la parte que le correspondería ab intestato*”; pero hoy debe entenderse solamente en aquella parte de la que le correspondería ab intestato *que equivalga a lo que le reste por percibir para cubrir su legítima estricta*.

Escribió nuestro querido maestro Alguer (188): “La delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual, allí donde se admite, y la legítima. El llamamiento forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario”. Límite que, en caso de desheredación injusta, actúa dando lugar a la anulación de la institución en cuanto perjudique la legítima del injustamente desheredado, y dejando así paso, en la porción invalidada, a la sucesión intestada sólo *a favor del propio desheredado y en cuanto a una participación igual a la cuota hereditaria invalidada*.

Volvemos a insistir en que también aquí esta solución es en ese caso la más perfecta. No hay por qué invalidar en la parte más mínima el llamamiento testamentario a título de herencia, si el injustamente desheredado renuncia a su acción, o se da por satisfecho en cualquier otra forma, o si simplemente no reclama. Siendo así, hay que entender inicialmente válido el llamamiento testamentario por mientras no sea invalidado, en todo o en parte; y, en consecuencia, el llamamiento hereditario a la porción forzosa sólo puede estimarse deferido cuando sea ejercitada la querela por quien pueda actuarla con éxito, aunque esa delación tenga entonces lugar con retroacción de sus efectos a la fecha del fallecimiento del *de cuius*.

19. Prosigue el estudio que comentamos G. G. Valdecasas (189), formulando la proposición de que “la legítima como cuota de valor responde al concepto que de ella se formó en el Derecho romano postclásico, la legítima como *pars hereditatis* es reflejo de una concepción hondamente arraigada en el Derecho de los pueblos germánicos...”. Pero que “nuestra legítima tiene un claro enlace con el Derecho justiniano, no ya sólo en cuanto cuota de valor, sino también en cuanto cuota hereditaria”.

Esta última afirmación creemos que merece ser precisada en dos aspectos:

(187) GREGORIO LÓPEZ: glosa últ. cit., inciso primero, y también glosa 1.^a a las palabras “*que ouiescen derecho a heredarlo*”, de la misma ley 1, l. t.

(188) JOSÉ ALGUER: *Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho Civil*, VI, “Rev. Jurídica de Catalunya”, XXXVIII (enero-junio 1931), pp. 132 *in fine* y 133.

(189) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., n. 3, p. 960.

a) Aun cuando la legítima justiniana debía dejarse a título hereditario no era directamente deferida por delación legal; sino tan sólo por sucesión intestada y en los siguientes casos: a falta de testamento válido; de institución de heredero, o por rescisión total o parcial de ésta o de aquél. Así acabamos de comprobarlo.

Sucedía, pues, de modo muy diverso que en la reserva germánica, en la cual la delación legal forzosa impedía el juego de la delación testamentaria fuera de la parte de libre disposición. El heredero forzoso justiniano, si bien lo era por mandato de la ley; en cambio, no lo era por delación legal primaria; sino: *secundum tabulas*, por cumplimiento voluntario por parte del *de cuius* de su deber de instituirlo; o bien *ab intestato*, ya fuera *praeter tabulas*, a falta de testamento, o bien, ya fuera *contra tabulas*, mediante la previa anulación o rescisión—en todo o en parte—del testamento inoficioso.

Esta doctrina quedó fielmente reflejada en la sexta Partida. En ese sentido, la ley 17 de su título I, con referencia a que la legítima debía dejarse por mandato de la ley, decía que “e por eso es llamada esta parte legítima, porque la otorga la ley a los hijos”. Con relación al deber del *de cuius* de instituir en su legítima a sus herederos forzosos, explicaba la misma ley 17: “E a esta parte legítima dizen en latín, *parte debita iure naturae*”. Idea que resalta en la glosa de Gregorio López (190) a las palabras “*deuen auer*” de esta ley, cuando expresa: “si pater reliquit filio titulo institutionis *legitimam eis debitam*”. Es él padre quien *deja* la legítima *debida* a los hijos: no hay delación legitimaria legal. Y, si no cumple este deber, es supletoriamente que la reciben abintestato, después de quebrantarse o anularse la institución testamentaria, en todo o en parte. Y Antonio Gómez —recordémoslo otra vez— se ocupa de la legítima en el capítulo que tituló “De Successione contra testamentum”, en el que trató sucesivamente de la preterición, la desheredación, la *querela inofficiosi testamenti*, la legítima, como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*.

b) Aun cuando —repetimos— la legítima justiniana debía dejarse a título de heredero, no debía necesariamente ser atribuida como *pars hereditatis*, sino que, en cuanto a su contenido fundamental, era una *pars bonorum*.

Así lo aceptó Bartolo (191), siguiendo en este punto el criterio de Martinus Sillimanus y de Jacobus Butrigarius con respecto a la no conceptualización como heredero del hijo instituido *in re certa*. El opuesto criterio de quienes arguyeron que, siendo suficiente para satisfacer la legítima, conforme las Authenticas (Novela CXV, cap. V), su atribución por una institución *ex re certa*, los hijos “habet illam rem loco

(190) GREGORIO LÓPEZ: glosa a las palabras “que deuen auer” a la ley 17, tít. I, 6.^a Partida (gl. 93 de dicho título).

(191) BARTOLO DE SAXOFERRATO: *In Primam Infortiati Partem...* Tít. “De hereditibus instituendis”, ley XXXV, “Ex facto”, n. 2 (cfr. ed. Venetiis, 1585, fol. 109 vuelto).

legitimae, hoc est tertiae, vel quartae et si deficit suppletur sibi: ergo videtur institutus in quarta, merito habetur loco heredis", lo comentó Bartolo añadiendo "Istud displicet mihi plus", y argumentó: "Nam legitima filii sit quota bonorum, deducto aere alieno et funeris impensis *l. Papinianus*, § *Quarta*, ff. *De inoff. testam.* (Dig. VI-II, 8, § 9) sed quota bonorum aere alieno deducto non est pars hereditatis, *l. non amplius § final.*, ff. *De legat. I* (Dig. XXX, inciso 26, § 2) y *l. si quis servum, § fin. cum l. seq. ff. De legat. II* (Dig. XXX-único, 8, § 5, y 9), ergo non habetur loco heredis".

La posibilidad de atribuir en Castilla la legítima mediante una institución *ex re certa* fue reconocida por los autores (192), afirmándose que, en este caso, aun cuando se le hayan designado coherederos universales, no se le tiene por legatario, sino por heredero (193). Pero es de notar que ello sólo se estimó así, en cuanto "ne corruiat testamentum patris", dado que se reunen los requisitos de conferir el honor del *nomen* (194) y el *commodum* del *ius accrescendi* (195).

No obstante, es de notar una evidente resistencia por algunos auto-

(192) Cfr. GREGORIO LÓPEZ (glosa 31 al título VIII de la Partida sexta a las palabras "en su testamento como a heredero" de la ley 5.^a de dicho título, apoyándose en las palabras de dicha ley determinantes de que haya preterición si lo dejado fuese "non como heredero, mas como en razon de manda"; y DIEGO COVARRUBIAS DE LAIVA (*In titulum de testamentis interpretatio*, caput. *Raimuntius* 16, § 1.^a, n. 6 y n. 9, cfr. "Opera Omnia", ed. Lugduni, 1583, vol. II, p. 71). También *contrario sensu* JUAN MATIENZO (*Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Lib. V, tit. IV, ley 1.^a, glosa 10, n. 57, cfr. ed. Mantuae-Carpetanae, 1580, fol. 81) y FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA (*Dc successione creatione progresu effectuque, et resolutione, tractatus*, Prima partis, Lib. III, § XX, n. 245 (cfr. ed. Salmantica, 1599, vol. II, fol. 250 y ss.). De modo directo, explican que el instituido en cosa cierta en menos de su legítima no puede ejercitar la *qucrela*, sino sólo accionar *ad supplementum*: el jesuíta LUIS DE MOLINA (*De Iustitia...* Tract. cit., Disput. CLXXVII, n. 1; cfr. ed. y vol. cits., p. 402) —que declara "idque sive portio, in qua institutus, sit quota hereditatis, sive res aliqua certa: sed tantum permittitur illi actio ad supplementum usque ad integrum legitimam portionem"— y DIEGO AYLLÓN LAÍNEZ (*Illustrationes sive additiones eruditissimae ad Variac Resolutiones Antonii Gomesii*, Ad. Lib. I, cap. II, n. 24, cfr. ed. Venetiis, 1747, p. 15). DIEGO SPINO (*Speculum testatorum*, glosa 17 *principalis*, cfr. ed. Francofurti ad Mēnum, 1600, pp. 721 y s.), después de discutir la cuestión y exponer los argumentos negativos (nn. 34 y 35), concluye por resolver el problema concreto que le ocupa, afirmando: "igitur sufficit quod in sola dote filia instituatur, et pro residuo aget ad supplementum" (n. 36).

(193) AYLLÓN LAÍNEZ (loc. cit.), refiriéndose al hijo "instituto in re certa, dato coherede universalis", observa "hic enim filius, sicut in re certam etiam aliena, institutus non pro legatario, sed pro herede reputandus est, ne corruiat testamentum patris ob preteritionem".

(194) La Novela CXV en su cap. III, inciso tercero, explicó por qué exigía que la legítima se dejase a título de herencia, aun permitiendo que se concretase en cosa cierta, por el honor del *nomen*: "Sola enim est nostrae serenitatis intentione, a parentibus et liberis iniuriam præteritionis et exhereditationis auferre".

(195) DIEGO COVARRUBIAS: loc. cit., n. 9, págs. 71: "institutus in re certa heredis nomen, et commodum habet quod ius accrescendi: herede etenim universaliter repudiante, tota hereditas accrescit hinc in re certa instituto".

res (196) a considerar la legítima como *pars bonorum*, aun reconociendo que ésta era la común opinión de los autores. Para contradecirla se apoyaron en que la legítima debía ser atribuida a título de heredero, en que toda cuota del "as" era *pars hereditatis* (197) y en que la legítima castellana era *toda la herencia excepto el quinto, respecto los extraños, y el tercio, respecto a los hijos* (198).

El primer argumento en realidad mezcla dos cuestiones que nunca se confundieron totalmente en Derecho romano, sino que propiamente se superpusieron en la Novela 115: 1.^a, el carácter de *pars bonorum debita* de la legítima, y 2.^a, el *título de heredero* por el cual debía atribuirse.

Una prueba de que sólo se trató de una superposición nos lo brinda el hecho, antes comprobado, de que la renuncia a la *querela inofficiosa testamenti* no significó la renuncia a la *actio ad supplementum* si el hijo no instituido hubiese recibido algo como donación o como legado que no cubriera totalmente su legítima. La legítima subsistía; debía cubrirse. Pero ni se había recibido a título de herencia en la parte cubierta; ni la la parte por cubrir se debía a dicho título, como también vimos.

Además, es de observar que aquel criterio discrepante sólo observa los supuestos normales de llamarse al legitimario "*ex asse*" por el testador, o por la ley a falta de institución testamentaria válida o en

(196) Cir. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA: op., pars, cap. y § cits., nn. 211 y 212 (cfr. ed. cit., vol. cit., fol. 216 y s.). MATIENZO (op. y glos. cits., n. 62, fol. 82); FRANCISCO SARMIENTO: *Interpretationem Selectarum*, lib. VIII, "Ex § Si cui certam cum 1. sequenti" [de la ley *Si quis servum del tit. De legis secundo*] n. 18 (cfr. ed. Antuerpiæ 1616, pp. 446 y s.); JUAN YÁÑEZ PARLADORIO: *Quotidianorum differentiarum sesqui-centuria*, Diff. CXLVI, n. 6 y ss. (cfr. ed. Collonia Allobrogum, 1761, pp. 384 y s.).

(197) SARMIENTO (loc. cit. vers. *Sed haec opinio mihi numquam placuit*, p. 447) refiriéndose a la opinión común afirmó: "immo evidentissimo est falsa unica ratione, cui nemo unquam poterit satisfacere legitima filio iure isto debet titulo institutionis relinqui... non ergo est quota bonorum, alioqui impossibile esset eam solam relinquere titulo institutionis, cum institutus in quota bonorum legatarius sit, non heres... item institutus in re certa cum legatarius sit, non heres, praeteritus dicitur". Y, "ut in aliqua parte filius institui debeat, scilicet hereditatis non bonorum et ita institutus in legitima parte heres est, institutus autem in quota bonorum parte praeteritus est cum legatarius sit, denique ubicumque legitima titulo institutionis debetur, quota est hereditatis, ubi vero titulo legati poterit esse quota bonorum".

(198) PARLADORIO (*Diff.* cit., n. 9 y 10, p. 384), despitós de advertir respecto el criterio de la ley *l'apinianus*, que "longa diversa est hodie ratio inter haec, quam quae fuit olim, at que proinde diversum ita statuendum esse apparet", observa "id quod secundum nostrates Regias leges probandum puto, secundum quas omnia bona parentum sunt legitima filiorum excepto Quincuncae, respectu extraneorum, et Triente, respectu filiorum...". Pero, su argumento habibiese probado demasiado, como se ve a continuación (n. 11), al añadir: "Secundum quae, et illud probandum puto, praeceptionem, seu praelegatum quadrantis et quinquicis (vulgo appellamus *mejora de Tercio y Quinto*) non esse partem bonorum, sed partem hereditatis, licet nostrates interpres aliud hanc tenus sibi persuasum haberint, cum manifeste iuris sit, Trientem, et Quincunca, Assis esse partes... ergo ad hereditatis partes referendi sunt".

caso de rescisión de ésta. Y, tal vez, fue distinto el enfoque del doctor Diego Segura (199) o del doctor Luis de Molina Morales (200) cuando dicen que la legítima es *pars bonorum* (201).

No hay que olvidar el método tan diverso utilizado por los autores de esa época con respecto al conceptualismo actual. El suyo no les invitaba a extender a supuestos diversos la calificación dada para un caso concreto. Eso nos explica que Melchor de Valencia (202) nos refiriera que la legítima pudiese ser, a la vez, *quota bonorum*, “respectu ad aeris alieni deductionem”, y *pars vel quota hereditatis*, a efectos de concederse la *petitio hereditatis* y competir el *iudicium familiae erescundae*. En paralelo sentido, Spino (203), al tratar nuestra cuestión, expuso: “quod institutus in re certa, dato sibi coherede universalí, nec est omnino heres nec omnino legataritus, sed est tertiam

(199) Doctor DIEGO DE SEGURA: *Repetitionem decem in diversiis materiis*, “Repet. I. *Cum patronus, ff. De lega II*”, n. 49 (cfr. ed. Salamanca, 1520, fol. CXXX, col. III y IV y fol. sig. col. I). Después de discutir en el n. 48 (folio CXXX, col. III) si el llamado a la legítima estaba obligado con los acreedores de la herencia, distinguiendo según hubiese sido instituido “in quota hereditatis” o “in quota bonorum”, en el n. 49, expuso: “immo quod legitima filliorum est quota bonorum et non hereditatis ex eo quia bona intelliguntur deducto primo aere alieno in 1. subsignata [1. si quis servum] in § bona, et in 1. *princeps, ff. de verbo, signi*, et legitima filiorum debetur prius deducto aere alieno et funeris impensas 1. *Papinius* § quarta et § cunctum autem ff. de inoff. testa. ergo est quota bonorum et non hereditatis”... citando a Bartolo, Baldo, Iason... Luego de rebatir argumentos en contra, terminó admitiendo dos excepciones (fol. CXXXI, col. I), a saber: “Fallit primo nisi testator dicat instituto filium meum vel patronum meum in sua legitima pro parte hereditarum” y “Fallit secundo quando filius vel patronus, solus est institutus in sola legitima nullo dato sibi coherede per dicto § si ex fundo...”.

(200) Doctor LUIS DE MOLINA: *De primogenitorum Hispanorum Origine ac natura*, Lib. II, cap. XV, n. 19 (cfr. ed. Lugduni, 1749, p. 406), donde dice que el *ius accrescendi* se otorga al legitimario en virtud de que “in legitima heres institutus sit”, a pesar de que “quoniam legitimam quotam bonorum, non autem quotam hereditatis esse dicatur”.

(201) Un amplio resumen de la opinión de los autores de derecho común respecto este tema puede verse en MERCURIAL MERINO: *De legitima tractatus Absolutissimus*, Lib. I, tit. I, Quæst II (cfr. ed. Genevae, 1652, pp. 3 y ss.), donde señala como argumentos principales de la opinión contraria a la comúnmente aceptada: 1.^o) que la *Authentica Novissima*, Cod. *De inofficio testamento*, dice que la legítima est *portio ex substantia*, palabra referida a la *universalidad*, 2.^o) Que la legítima se define como *portio successionis intestate*, 3.^o) Que en ella tiene lugar el *ius accrescendi*, 4.^o) Que al hijo por su legítima se le concede la *actio petitionis hereditatis* (n. 2).

Pero, contraargumenta: Al 1.^o, que la palabra “*substantia*” debe entenderse a tenor de la ley *Papinius*. Al 2.^o “quod est quota successionalis ab intestato quoad nomen, et ad modum capienda, et sic quoad iura, et actiones, non quoad effectum. Al 3.^o y al 4.^o “quoad actionis et ad commoda, non quoad prædictum tertii”. Es decir, diferenciando los efectos beneficiosos del título, de una parte, y el contenido, de otra.

(202) MELCHOR DE VALENCIA (*Illustrum Iuris Tractatum*, Lib. III, tract. I, cap. ult. n. 5, cfr. ed. Colloniae Allobrogum, 1730, p. 337).

(203) SPINO: op. y gl. cits., n. 34 (p. 721).

species, et vocatur institutus in re certa, qui participat ab utroque” (204).

En resumen la legítima debía dejarse a título de herencia e iba, en principio, referida a una cuota de herencia; pero no sólo era para calcular su suficiencia que se comparaba idealmente a un activo líquido, sino que, además, podía cubrirse efectivamente con una *pars bonorum* en diversos supuestos, como: en la *institutio in re certa* (205) de un legitimario concurrente con otros herederos llamados *ex asse*; en la institución de la hija en la dote que ya le había sido donada *ex causa* (206), y en los supuestos en que el hijo no instituido renunciaba a la *querela* al aceptar un legado que no cubriese totalmente su legítima, con lo cual le quedaba la posibilidad de ejercitar la *actio ad supplementum*, si no hubiese renunciado expresamente a reclamarlo (207).

Luego veremos cómo, en el régimen del Código civil, al no ser necesario atribuir la legítima a título de herencia, aquélla no sólo es *pars bonorum* en los supuestos excepcionales en que el título no concuerda totalmente con el contenido, sino siempre que se deje a título diverso del de heredero.

En resumen: podemos afirmar que el origen justiniano en cuanto al contenido (no así en cuanto la medida) de la legítima castellana anterior al Código civil, no abona que esta implique una cuota de reserva, ni que requiera delación legal directa a título de heredero *ex lege* —que no existió, sino a falta de testamento o en caso de invali-

(204) Notemos que esta opinión ya había sido expuesta por BARTOLO al comentar la ley *Ex facto* (*In primam Infortiatum...*, I. cit., n. 2, vers *Quid ergo*, fol. 109 vto, ed. cit.), donde califica al *heres ex re certa*, ni como heredero ni como legatario, sino como “una *tertia species*”, que “participa parte de la naturaleza del instituido y parte de la del legatario”, de la primera en cuanto goza del *ius accrescendi* y puede por su propia autoridad “*accipere rem*”, y de la segunda “*quod non tenetur creditoribus*”. Contra esta calificación se declaró SARMIENTO (*loc. cit.*, n. 18, vers. *Neque plucere potest*, p. 447, ed. cit.), “quia falsum est [quod “tertia constitutuar species”], cum institutus ex re certa simpliciter sit heres, vel legatarius”, según haya o no otros herederos.

(205) Al argumento de que la legítima atribuida por institución *ex re certa* era *pars bonorum*, replicó VÁZQUEZ DE MENCHACA (*loc. cit.*, n. 211, vers. *Secundo*) invocando la lex *Ex facto* del título *De heredibus instituendis* (Dig. XXXVIII-V, 35). Pero este texto sólo se refiere a supuestos de institución de varios *heres ex re certa* sin ningún instituido *ex asse*. Por eso, el mismo autor (vers. *Ouod si filius*, n. cit., fol. 217 vuelto), pasa a hacerse fuerte en que “nisi coheredes universalis reputariuntur, nam tunc universa hereditas accederet videretur heres tam esset instituti, puta in domo vel fundo... tunc successor singulare intelligeretur”, en el supuesto de la lex *Quoties certi quidem* (Cod. VI-XXIV, 13).

(206) Cfr. Doctor LUTS DE MOLINA: *De Primo genitorum...* Lib. y cap. cits., n. 20 (p. 406); LUTS DE MOLINA, S. J. (*De Iustitia...* Disp. (TVI, n. 2 (p. 206, ed. cit.); SPINO: gl. cit., n. 36 (p. 722).

(207) Ver supra n. 15, b). Ya lo observó Raphael Fulgosius: *Consilia utriusque Raphaelis*” (Cittanova y Fulgosio), consil. LXXXIII, n. 2 (cfr. ed. Lugduni, 1548, fol. 120), que la aceptación de su legado impide la *querela*, pero no la *actio ad supplementum*. Luego, veremos cómo, conforme Bartolo, ese suplemento no podía recibirse a título de heredero.

dez y de rescisión del mismo—, ya que esta es incompatible con la subsistencia de la legítima en caso de renuncia a pedir la invalidez de la institución viciada de preterición o de desheredación injusta.

20. Llegados al régimen del Código civil español y para centrar nuestra cuestión, conviene que veamos cuál es el enlace de los preceptos en que se articula la protección de la legítima con respecto a las disposiciones romanas y castellanas que habían sido aplicadas hasta el momento de su entrada en vigor. Nosotros lo vemos así:

a) El artículo 814 regula la *preterición*, siguiendo el criterio expuesto por García Goyena (208), al glossar su antecedente el artículo 644 del Proyecto de 1951.

“La ley 24 de Toro —comenta García Goyena— u 8, título 6, libro 10, Novísima Recopilación, dice: “Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de preterición o exheredación, etc., no por eso deja de valer la mejoría del tercio y quinto”. *Ex causa exhereditationis vel praeteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, cactera namque firma permanent.* Auténtica, título 28, libro 6 del Código.”

“El artículo da mayor claridad y latitud, o por lo menos fijeza, a estas disposiciones Patria y Romana.”

Y después de explicar las dudas suscitadas por los autores que opinaban no corregidas las leyes que estimaban que la preterición por el padre de un heredero suyo anulaba enteramente el testamento, agregó: “el artículo hace sencillo y claro lo que hasta ahora ha sido embrollado y dudoso. Su justicia resalta por lo exorbitante de nuestra legítima actual, comparada con las de los Códigos antiguos y modernos; por esto deberá regir, aun cuando el testador ignorare la existencia de heredero forzoso, contra lo que opina Gómez, número 3 a dicha ley 24.”

Es decir, que el antiguo régimen de la desheredación injusta es aplicado no sólo a la preterición intencional expresa, sino también a la preterición tácita, incluso si es errónea. Por tanto, parece muy clara la aplicación en el Derecho vigente a la preterición del régimen rescisorio de la institución de heredero, sólo exigible por el preterido, formulado en la *Authentica* “*Ex cuasa*”, y que antes hemos referido en sus líneas fundamentales.

b) En relación con el artículo 813, § 1, el artículo 851 regula la *desheredación injusta*, restringiendo sus efectos tradicionales recogidos en el artículo 669 del Proyecto de 1851, en cuanto reduce la anulación de la institución de herederos sólo “en tanto perjudique al desheredado”. García Goyena (209) dice que el artículo 669 del Proyecto de 1851 recoge la querella regulada por la Novela 115 y las leyes 1 y 7, título 8, Partida 6, resolviendo claramente que su doctrina sería aplicable a la desheredación hecha sin expresión de causa.

(208) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cits., art. 644, pp. 94 y ss.

(209) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cits., art. 669, pp. 112 y ss.

Reducida la rescisión sólo a la parte de la institución que perjudique a la legítima del injustamente desheredado, queda clara la aplicación en ese ámbito más reducido de la doctrina tradicional, antes expuesta, acerca de la *querela inoficiosi testamenti*.

La necesidad de impugnación, para que sea efectiva la anulación de la institución en cuanto perjudique al injustamente desheredado, es presupuesta en la letra del precepto, puesto que, al tratar de la desheredación hecha con expresión de causa legal, si bien exige que esta sea probada, supedita este requisito al supuesto de "que fuere contradicha". Es decir, que la desheredación por causa no probada (y análogicamente también en las demás) perjudica al desheredado en tanto éste no la contradijere, aunque, en caso de contradecirla, la carga de la prueba de su realidad y su justicia compita al demandado; mientras, de conformidad a la tesis de la delación legal forzosa, no debería afectarle en tanto en cuanto no fuere vencido en juicio interpuesto por el heredero que quisiere hacer valer la desheredación y que probare la certeza de su causa.

c) El artículo 815 regula la *actio ad supplementum*. Así lo proclamó García Goyena (210), al glosar su precedente el artículo 645 del Proyecto de 1851, quien, sin embargo, destacó que se había introducido en ella una innovación importante. Leamos su comentario:

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

Creemos que esa aplicación no deja lugar a dudas acerca de dos extremos fundamentales: a) que el 815 recoge la *actio ad supplementum*; y b) que reconoce la posibilidad de satisfacer la legítima "por cualquier título" (211).

d) El artículo 817 recoge la *acción de reducción* de las disposiciones testamentarias, así como los artículos 656 y 819, § 2.^º, recogen la acción de reducción de donaciones inoficiosas, regladas ambas, en cuanto al orden de reducción, por el artículo 820. Notemos que éste, al detallar, sólo concreta y distingue *mandas* y *donaciones* reducibles, sin aludir a la reducción de la *institución de heredero*. El modo de reducción de las mandas lo regulan los artículos 821 y 822, que claramente sólo se ocupan de la redicción de legados.

Este criterio responde igualmente al sistema romano. La institución podía quebrantarse pero no reducirse, pues el remedio de la institución en menor cuota no era sino la *actio ad supplementum*, que

(210) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cts., art. 645, p. 96.

(211) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, 2.^a ed., sep. pp. 23 y ss. y A. D. C. IV-II, pp. 439 y ss.

—como vimos— era una acción personal *in rem scripta*, dirigida a exigir la *pars bonorum* por cubrir, pero no una acción de nulidad parcial de la institución excesiva: No se reclamaba, con ella, una parte de herencia, sino tan sólo los bienes necesarios para cubrir la *pars bonorum* no satisfecha. Abstracción hecha de que quien ejercitase tal acción fuese un legitimario instituido en cuota menor, o *in re certa* insuficiente, o instituido en su dote, donación *propter multias* u otra *ob causa*, o preterido intencionalmente si hubiese preferido renunciar al *ius dicendi nullum* o a la *querela* y aceptar un legado que fuese insuficiente para cubrirla aun después de hecha imputación de las donaciones imputables a la legítima.

En cambio, la acción de reducción presuponía: o bien, la atribución testamentaria o ab intestato de la legítima y su gravamen inoficioso con mandas o legados, si se trataba de una lesión cuantitativa; o bien, la insuficiencia de lo relictio para cubrirla debido a la inoficiosidad de donaciones otorgadas por el *de cuius*.

García Goyena, al glosar el artículo 647 del Proyecto de 1851 (212), precedente del artículo 817, señala como antecedentes las leyes 26 y 28 de Toro, 10, títulos 6, y 8, título 20, libro 10, Novísima Recopilación. Es de observar que estas leyes no se ocupan propiamente de la reducción, sino, la 28, del límite de la oficiosidad, y la 26, del modo de interpretar las mejoras del tercio y quinto. Pero interesa destacar que la 26 se refiere a la donación hecha “en testamento o en otra cualquiera última voluntad, o por algún otro contrato entre vivos”, y la ley 26 habla de “hacer donación” y de “mandar”, “en vida o en muerte”. Se plantea, pues, el límite de oficiosidad de las donaciones y de las mandas (o sea, de los legados); pero no de las disposiciones a título de institución, que tenían otros remedios peculiares, según hemos visto.

Y al comentar el artículo 971 (213) del Proyecto —al que se remite en su glosa al art. 647—, cita como antecedentes las nueve leyes del libro 3, título 29 del Código, *De inofficiosis donationibus*, y la ley 8 al fin, título 4, Partida 5. Y observa:

“Los que tienen herederos forzados no puedan donar en vida ni dejar en muerte más que la parte de bienes que reste después de cubierta la respectiva legítima de aquéllos: en lo que de éstos excedieren las donaciones y mandas se llaman inoficiosas y quedan sujetas a reducción.”

La reducción se extiende, pues, según este pensamiento, a donaciones y *dejas* o *mandas*, es decir, a donaciones y legados, pero no a la institución.

Esta diferencia tiene su germen en dos Constituciones de Justiniano de los años 528 y 529 que eliminaron la *querela*, una de ellas en el caso de atribución insuficiente (*I. Omnimodo*, Cod. III-NXVIII, 30), y la otra, en caso de gravámenes que afecten al *quantum legitimi*.

(212) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cits., art. 647, p. 97.

(213) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cits., art. 971, pp. 314 y ss.

mario (*i. Quoniam in prioribus*, Cod. h. t., 32), que se emparenta de ese modo a la reducción de donaciones inoficiosas. Lo cual explica la relación que entre ambas existe, aunque sin llegar a confundirse (214).

e) El artículo 813, § 2.^o, defiende la legítima de los gravámenes en el *quale* o *in qualitate*: declarándola liberada de los mismos: "Tampoco podrá (el testador) imponer sobre ella (es decir, sobre la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie...".

Equivale al artículo 643 del Proyecto de 1851, que declaraba: "La legítima no admite gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie."

García Goyena (215) citó como precedentes la ley 32, título 28, libro 3 del Código, es decir, la *Quoniam in prioribus*, y las leyes 17, título 1, y 11, título 4, de la Partida Sexta.

De la ley *Quoniam in prioribus* transcribió su parte dispositiva, en la que dice: "si condicionibus quibusdam, vel delationibus aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducenti, eorum iura (la legítima) immunita esse videatur, ipsa condicio vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quocunque omis introducens, tollatur et res ita procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset".

De sus citas de Partidas transcribió: "Libre e quita, sin embargo, é sin agravamiento, e sin ninguna condición; e si las ponen, non empescen al fijo heredero, magüer non las cumpla", y comentó: "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."

En la misma línea de la *Quoniam in prioribus* debemos colocar la ley *Scimus*, § *Cum autem* (Cod. h. t. 36, § 1.^o), que aplicó la supresión de la dilación en la adquisición de la legítima a quien no había sido designado heredero, sino sustituto fideicomisario universal.

Aquí hallamos la distinción de gravámenes *in quantitate* y gravámenes *in qualitate* que, en el siglo xv, Salyceto (216) remite a un autor de principios del siglo anterior, al bolognés Jacobus Butrigarius. Distinción de la que se derivaron varias consecuencias prácticas. Si bien es de notar que al hacer tal contraposición —como vamos a ver— los autores le hacen comprender el caso de atribución insuficiente, al

(214) Es de observar, sin embargo, que esa distinción no aparece en la ley *Scimus* (Cod. h. t., 36, pr. vers. *Sancimus*) que sin distinción aplica la *actio ad supplementum* "sive ab initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualitercumque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleri". No es extraño pues que se asimilease por algún autor —como, v. gr., Rodrigo Sáez op. cit., Ampl. décima, n. 8, ed. cit., p. 413— al gravamen en cantidad la atribución de menor *quantum* ("tibi apponitur gravamen in quantitate legitimae: puta quia filio relinquitur minus legitima") aplicando a ambos el remedio de la *actio ad supplementum*.

(215) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cits., art. 643, p. 94.

(216) BARTHOLOMEUS DE SALYCETO: *In secunda subter III et IV Codicis partem*, Lib. III, *De inoff testam.*, 1. *Quoniam in prioribus*, n. 8 (cfr. ed. 1541, fol. 40).

que asimilan el propiamente dicho gravamen *in quantitate*. Así, Rodrigo Suárez (217), quien después de señalar como gravamen *in quantitate*, “*puta quia minus legitima filius fuit relicturn*”, añade a contrario, al referirse al gravamen *in qualitate*, “*aliquid gravamen non in quantitate nec in condicione dandi vel faciendi*”. El gravamen *in qualitate* es expresado positivamente por el mismo autor afirmando que se da “*quando integra legitima relinquitur sed minus tempore, vel alias propter aliis onus filio appositorum*”.

Se señalaron las siguientes diferencias entre ambos tipos de gravamen:

1.” La necesidad de reclamar el suplemento cuando el *quantum* dejado fuese menor que la legítima y la innecesidad de accionar para que se entendiese por no puesto el gravamen en el *quale*. Así distinguió Rodrigo Suárez (218): “impossibile est supplementum fieri, nisi petatur; et sic quod essentiam et effectum acquisitionis, nulli modo potest fieri nisi petatur”... “Sed ubi apponitur aliud gravamen, puta condicione vel dilationis, ad illud tollendum non est necesse facere aliquam actum facti, prout in casu superiori, quia ex se removetur, et filius absque aliquo actu consequitur effectum retentionis”... “ad hoc tale gravamen removetur, non habet necesse filius aliquid petere: neque aliquam actum facti facere: cum ipsa sit possessor, cuius contrarium est in petitione supplementi” (219).

2.” En el supuesto de atribuirse un legado bajo la condición de no reclamar el suplemento de legítima, o bien un gravamen que no fuera de cantidad, se distinguía estimado aplicable sólo en el primer caso el § *et generaliter* de la ley *Si quando*, pues —según razonamiento de Rodrigo Suárez (220)— “non est licitum arguere nec extendere legem quae disponit, quando filio relinquitur legitima minus re, id est, quia minuitur in quantitate, ad casum, quando integra legitima relinquitur sed minus tempore, vel alias propter aliis onus filio appositorum, cum simus in materia correctoria, dato quod agatur de favore testamenti”.

3.” En lo referente a la prescripción de la acción para que el legítimario reclame, hemos visto antes que, a diferencia del término de cinco años señalado para la *querela*, se estimó en treinta años el plazo de prescripción de la *actio ad supplementum*, pero se señaló una diferencia fundamental para los gravámenes *in qualitate*. Veamos cómo la explicó Del Castillo Sotomayor (221): en el caso de que “*filio minus legitima relictum fuisset*”, la prescripción era posible si dejaba pasar el

(217) RODRIGO SUÁREZ: op. cit., Ampliat. décima, nn. 47 y 48 (pp. 425 y ss.).

(218) RODRIGO SUÁREZ: Ampliat. tít. cit., n. 8 (p. 413).

(219) En igual sentido se expresó JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: *Quotidianorum controversiarum Iuris*, Lib. V, *De conjecturis et interpretationis ultimarum voluntatum*, cap. CVII, nn. 39 y ss. y n. 60 (cfr. ed. Nova Colloniae-Allobrogum, 1752, pp. 753 y ss. y pp. 772 y ss.).

(220) RODRIGO SUÁREZ: *Ampl. Décima*, n. 47 (p. 425).

(221) CASTILLO SOTOMAYOR: op. y lib. tit. cit., cap. CVII, n. 41, vers. *Itaque* (p. 755).

plazo sin reclamar el suplemento y, por tanto, su silencio podía perjudicar a sus herederos si hubiese llegado a prescribir su acción antes de su óbito; pero en el supuesto de haberse puesto un gravamen *in qualitate*, "tunc quidem gravamen reiicitur ipso iure, nec habet filius necesse petere, quod tollatur, idque etiam si filius simpliciter agnoscet, et per mille annos tacuerit...; non ergo sufficeret triginta annorum lapsos, et taciturnitas, ad hoc ut gravamen firmum remaneret et filio praeiudicaret".

¿No se ve así clara la contraposición a esos efectos entre lo previsto en los artículos 815 y 817, de una parte, y en el artículo 813, § 2.^a, de otra? El artículo 815 dice que quien haya recibido menos de su legítima "podrá pedir el complemento de la misma", y el artículo 817, que "se reducirán a petición de éstos" las disposiciones que menguan la legítima de los herederos forzados. Y, en cambio, no exige esa petición en el artículo 813, § 2, ni tampoco en el artículo 782 respecto de las sustituciones fideiconmisarias. Estos gravámenes en el *quale*, conforme al criterio tradicional, deben estimarse por no puestos; por lo cual basta que el legitimario, si está en posesión de los bienes, no cumpla el gravamen cualitativo y acepte una posición defensiva en caso de ser demandado para que los soporte.

Esa diferencia corresponde a una lógica realista. El suplemento y la reducción deben fundarse en una atribución insuficiente o en un gravamen cuantitativo de los que debe demostrarse, en aquel caso, su insuficiencia (222) o, en el segundo, la excesividad del gravamen; y ambas se apoyan en sendas acciones personales, aunque *in rem scripta*, contra el asignatario de los bienes o participaciones. En cambio, en los gravámenes cualitativos, es contrario a la economía procesal y al buen sentido que el legitimario en posesión de los bienes que integran su legítima tenga que pedir la remoción de aquéllos si nadie le exige su cumplimiento. Se trata de razones prácticas pero fundamentales para todo Derecho si éste ha de ser adecuado a la vida real.

21. Guillermo G. Valdecasas prescinde de todos estos precedentes para levantar *ex novo* su construcción. Sigámosle, para ver cómo concebe y explica la protección del heredero forzoso.

Al efecto, distingue: la protección de la cuota de reserva y la protección de la cuota de legítima.

a) La protección de la cuota reservada se realiza, a su juicio, por los siguientes medios:

1.^a) La *anulación total* de la institución de heredero, si hubo preterición total (223).

2.^a) La *anulación parcial* de la institución de heredero, mediante la cual el testador, habiendo sobrepasado la parte de libre disposición,

(222) Incluso en caso de institución en menor cuota ha de probarse la insuficiencia; pues cabe que el legitimario haya recibido donaciones imputables a su legítima, que habrán de computarse e imputarse para comprobar si sufre o no lesión en ella.

(223) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., II, 2, pp. 965 y s.

priva al heredero forzoso de la cuota hereditaria que la ley le reserva”, “no habiendo preterición”. En ese caso, “la institución de heredero será nula solamente en la medida en que infringe la prohibición legal de privar al heredero forzoso de su cuota hereditaria; en lo demás, la institución es válida” (224).

“La nulidad parcial de la institución de heredero —precisa (225)— es radical y se produce *ipso iure* en el momento del fallecimiento del testador, que es también el momento en que se defiere y transmite al legitimario la cuota reservada”.

Afirmaciones acordes con la de páginas antes, cuando nos dice (226) que se produce “la delación forzosa de la cuota reservada si la institución de heredero hecha por el testador, sobrepasa la parte de libre disposición en perjuicio de la legítima del desheredado”.

b) La protección de la *cuota legítima* tiene lugar, según nos dice (227), a través de la *acción de reducción*, que califica como “la acción protectora característica de esta última”.

En cambio, estima que “la acción de nulidad parcial de la institución de heredero es la protección específica que la ley dispensa a la cuota hereditaria reservada”. Ello le invita a cotejar ambas protecciones, dictaminando que mientras “la primera sólo persigue la declaración de una nulidad operada por ministerio de la ley (es acción de nulidad, pero no de anulación), la acción de reducción 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”.

“La acción de reducción se puede dirigir (legitimación pasiva) contra los herederos, legatarios y donatarios”. Pero cuando la acción se dirige contra los herederos testamentarios, “su objeto es el haber o porción de bienes que éstos adquirirían en virtud de su participación hereditaria. La reducción no afecta a esta última, la cual, no excediendo de la parte de herencia disponible, fue asignada válidamente por el testador. Contra la institución de heredero existe la acción de nulidad total (caso de preterición) o parcial (caso de privación de la cuota reservada sin que haya preterición), pero no la acción de reducción” (228).

Como podemos ver, la construcción de G. G. Valdecasas discrepa notablemente de la que los antecedentes del Código civil nos muestran. ¿En qué fundamenta, pues, este autor, su formulación? Para mayor comprensión, ezcurremos de momento nuestro examen a su explicación de esta acción de nulidad parcial, que, según nos afirma, se produce *ipso iure*, “operada por ministerio de la ley”, y “es acción de nulidad y no de anulación”. Veamos cuáles son sus razones:

“Ello es una consecuencia inevitable de la prohibición impuesta al testador de disponer de la legítima (es decir, de la cuota reservada)

(224) G. G. VALDECASAS: II-3, p. 968.

(225) *Ibid.*, p. 970.

(226) P. 967.

(227) G. G. VALDECASAS: III-3, p. 975.

(228) Pp. 975 *in fine* y 976 *principium*.

(artículo 806), privando de ella al heredero forzoso (art. 813). Si los actos ejercitados contra lo dispuesto en la ley son nulos (art. 4.^o del Código), nula será la institución de herederos mediante la cual el testador, habiendo sobrepasado la parte de libre disposición, priva al heredero forzoso de la cuota hereditaria que la ley le reserva... Si con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.^o del mismo artículo 813, hay que considerar nulos los gravámenes impuestos por el testador sobre la cuota reservada, con mayor razón habrá que considerar nula la institución de heredero en cuanto implica disponer de dicha cuota en perjuicio del heredero forzoso, que se vería privado de ella" (229).

El razonamiento busca apoyo positivo en los artículos 806, 4 y 813 del Código civil. Conviene, por tanto, comprobar si efectivamente le ofrecen base para ello.

1) El artículo 806 le presta la expresión "de que el testador *no puede disponer* por *haberla reservado* la ley a determinados *herederos* llamados por esto *herederos forzados*". Literalmente son las palabras subrayadas las que mejor apoyo le brindan. Pero de precisar su sentido ya nos habíamos ocupado hace bastantes años (230). Ahora, sin perjuicio de remitirnos a lo que allí expusimos, sólo sintetizaremos los resultados de aquel análisis:

a) La expresión "de que el testador *no puede disponer*" no cabe tomárla en sentido total ni absoluto. En efecto:

— No alcanza a los actos verificados a título oneroso.

— Tampoco es absoluta, en sus efectos, respecto a las donaciones *inter vivos* que resulten lesivas a las legítimas, ya que aquéllas no son nulas, total ni parcialmente, sino tan sólo reducibles —a solicitud de quienes determina el artículo 655— en la medida estrictamente necesaria para que dicha lesión desaparezca y sin obstar los efectos prevenidos en el artículo 654.

— Y ni siquiera es absoluta tratándose de disposiciones *mortis causa*: 1.) Porque de esa "porción de bienes de que el testador *no puede disponer*" —según el artículo 806—, que respecta de los hijos y descendientes legítimos es de dos terceras partes del haber hereditario del padre o madre —según el § 1.^o del artículo 808—, "sin embargo —según el § 2.^o de este artículo—, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos". 2.) Porque explica su sentido relativo, el artículo 763 C. c., al decir: "El que tuviere herederos forzados sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección quinta de este capítulo". Lo que perfectamente "admité que el causante —como razona Roca Sastre (231)— pueda disponer de sus bienes, o sea, de todos ellos, si bien debiéndolo

(229) P. 968.

(230) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, § 3 y § 4 (cfr. ed. sep., pp. 25 y ss. y 36 y ss. y A. D. C. IV-II, pp. 441 y ss. y 452 y ss.).

(231) ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en Rev. Der. Priv. XXVII (marzo 1944), p. 194.

efectuar *en la forma* y con las limitaciones que el Código civil establece en materia de legítimas".

b) Las palabras "*por haberla reservado la ley*" no pueden tomarse en el sentido técnico que en Derecho francés tiene la voz "*réserve*", es decir, da la "*pars reservata*" característica de la legítima germánica directamente atribuida por la ley a los herederos forzosos. No podemos olvidar que el sustantivo "reserva" y el verbo "reservar" tienen un significado técnico distinto en el Código civil español en sus artículos 811 y 968 y ss. Ningún artículo usa, en cambio, la palabra *reserva* como equivalentes a *legítima*.

Por tanto, hay que considerar que el término "reservado" se usa en el artículo 806 del Código civil en su acepción gramatical. La del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, más adecuada al caso: "*Destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso, o personas determinadas*" y "*Separar o apartar uno algo de lo que se distribuya, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro*".

Ni *destinar*, ni *separar*, ni *apartar*, equivale en nuestro idioma a *transmitir* ni a *disponer* en su sentido técnico. Según las acepciones del mismo Diccionario aplicables al caso. "*Destinar*" es "ordenar", señalar, determinar una cosa para algún fin o efecto"; "*Separar*" significa "poner una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otro" o "distinguir unas de otras, cosas o especies"; y "*Apartar*" equivale a "separar, dividir".

Así queda confirmado que: a) el testador no puede disponer de esa porción de su herencia fuera del destino señalado a la misma por la ley; b) pero que puede hacerlo respetando ese destino.

c) La denominación "*herederos forzosos*", como reconoció De Buen (232), es usada en el Código civil y por nuestra jurisprudencia "en un sentido muy general".

Esta denominación era la tradicional en el Derecho de Castilla antes de la promulgación del Código civil y, sin duda, se ha conservado por esa razón, a pesar de resultar terminológicamente rezagada ante los cambios normativos operados (233). Entonces resultaba totalmente exacta y coincidía con la calificación de "legitimarios", pues no lo eran ni le cónyuge viudo ni los hijos y padres naturales —hoy enumerados en el número 3 del artículo 808 entre los que "son herederos forzosos" y la legítima debía dejarse a *título de herencia*, conforme la Noyela CXV y no "por cualquier título", como hoy se desprende del artículo 815 C. c. (234).

(232) DEMÓFILO DE BUEN: Notas al *Curso Elemental de Derecho Civil* de A. Colín y H. Capitán, t. VIII (Madrid, 1928), p. 330.

(233) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, 3.^a ed. sep., pp. 25 y ss. y A. D. C. IV-11, pp. 441 y ss.

(234) JOSÉ PUIG BRUTAVI (*Fundamentos de Derecho Civil*, vol. V-III, Barcelona, 1964, I, 2, III (pp. 13 y ss.) nos recuerda que: "En materia de interpretación de contratos existe abundante jurisprudencia que afirma que han de calificarse por su propio contenido y no según la denominación más o menos acertada que las partes le hayan dado. Una verdad tan elemental debe regir también en la interpretación de la ley. Los preceptos legales deben interpretarse

Recordemos que Escriche (235), en su *Diccionario*, definió: "Heredero forzoso o necesario: el que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal... Dícese *forzoso* y *necesario*, porque el testador no puede prescindir de nombrarle heredero y, en cierto aspecto, se llama también legítimo, porque la ley prohíbe que se le prive de la herencia".

La evolución del concepto, aun conservándose la misma denominación, se constata al leer el artículo 640 del Proyecto de 1851 (antedecedente del art. 806 del Código civil) que decía así: "Llámense herederos forzosos aquéllos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción, de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima".

Es decir: *Ya no se definen como aquellos que el testador no puede prescindir de nombrarlos herederos, sino como aquellos a quienes no puede privarlos de cierta porción de bienes.*

Por lo demás, queda clara la raigambre romana en la glosa de García Goyena (236) "porque la legítima es debido natural, *debitum naturale*, según le expresión de las leyes 17, título 1; 7, título 11, Partida 6, y la 36, párrafo 2, título 28, libro III del Código".

Las tres referidas expresiones nada deciden, pues, en contra de la interpretación a la cual, conforme el Derecho tradicional, en lo que no haya sido claramente modificado en el Código, nos llevan los precedentes que hemos examinado antes (n. 20).

II) El artículo 4.^º del Código civil ofrece a G. G. Valdesasas el siguiente razonamiento: Si los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley son nulos, "nula será la institución de heredero mediante la cual el testador habiendo sobrepasado la parte de libre disposición, priva al heredero forzoso de la cuota hereditaria que la ley le reserva. Pero si en el caso de preterición es total, no habiendo preterición la institución de heredero será nula solamente en la medida en que infringe la prohibición legal de privar al heredero forzoso de su cuota hereditaria".

El razonamiento, a primera vista, parece demasiado simple para poder ser aceptado sin matizaciones. La interpretación del artículo 4 C. c. no es tan sencilla. La vida jurídica es más compleja y tiene muchos matices que captar, los cuales nos obligan a continuos distingos en busca de lo más adecuado y más justo.

Nos ahorra la respuesta nuestro querido maestro Federico de Castro (237), al comentar el artículo 4.^º de quien transcribimos:

y calificarse por su propio e intenso y efectos con independencia de como hayan sido calificados por el legislador. Por ello, a pesar de que el art. 806 habla de herederos forzosos, sostendemos que no se encuentran propiamente herederos de esta clase en el Código civil".

(235) Joaquín Escriche: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (3.^a ed. Madrid, 1847, t. II, p. 15).

(236) GARCÍA GOYENA: Op. y vol. cits., art. 640, p. 92.

(237) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España, Parte General* (3.^a ed. Madrid, 1955), parte V, cap. I, V-2, p. 599.

"Sería erróneo deducir la nulidad, automáticamente, del hecho que un acto no refina los requisitos señalados en la ley o de que esté, en parte o su conjunto, prohibido por una ley. No debe olvidarse que el derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos. En términos generales, la nulidad se produce de modo inmediato y necesario cuando la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito. Hay, en cambio, bastantes casos en los que la ley rechaza tácitamente la sanción de nulidad; así, por ejemplo, cuando la ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral; cuando se señale otro tipo de sanción, más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión."

Los efectos de los actos verificados por el causante en contra de la prohibición del artículo 806, están determinados por normas particulares y concretas, como los artículos 813, § 2; 814, 815, 817 y ss., 851, 654, 782, etc. Por lo cual no parece necesario acudir a la regla general si tenemos reglas específicas que, en cada caso, nos determinan el alcance del incumplimiento del deber de respetar la legítima. Reglas específicas, elaboradas artesanalmente por los juristas, adecuándolas a las necesidades de la realidad y evitando todos los excesos respecto la *ratio* concreta en cada supuesto.

III) El artículo 913 le invita a deducir, de menor a mayor, que: "Si con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.º del mismo artículo 813, hay que considerar nulos los gravámenes impuestos por el testador sobre la cuota reservada, con mayor razón habría que considerar nula la institución de heredero, en cuanto implica disponer de dicha cuota en perjuicio del heredero forzoso, que se vería privado de ella."

Pero este razonamiento, puramente lógico formal, que de menos a más deduce que si lo menos es nulo, más nulo aún será lo más, olvida cuál es la *ratio* de la nulidad de los gravámenes cualitativos puestos a la legítima asignada por el mismo testador a uno de sus legitimarios. Pero, aparte de que es dudoso que pueda considerarse más lo cuantitativo respecto de lo cualitativo, antes hemos visto cómo fue explicado por Rodrigo Suárez tal diverso efecto, y hemos ido aprendiendo por qué mientras la *querela* debe ejercitarse en breve plazo y no es transmisible a los herederos si, por lo menos, no la hubiese preparado quien pudo ejercitárla, y que se extingue por la aceptación de cualquier legado, en cambio la *actio ad supplementum* puede ejercitarse en mayor lapso, no se extingue por la aceptación de un legado insuficiente y es transmisible a los herederos mientras no haya preseritio, y por otra parte, como en caso de imposición de gravámenes *in qualitate* sobre la legítima, no le hace falta al legitimario, que posea los bienes correspondientes, entablar reclamación alguna, sino que le basta desconocer el gravamen.

La genealogía respectiva de los artículos 813, § 2; 815 y 851 C. c.

también inutiliza el argumento que criticamos, al indicarnos que entre uno y otro de esos supuestos no existe conexión lógico formal ni lógico conceptual, sino conexión lógica vital, de razón práctica e incluso de economía jurídica.

22. Además de buscar los apoyos positivos que hemos examinado, G. G. Valdecasas, para justificar su tesis de que en el régimen sucesorio del Código civil existe una cuota de reserva, necesita remover el obstáculo que le ofrece el artículo 815.

“De él —nos dice (238)— se pretende deducir que el heredero forzoso a quien el testador haya privado de toda participación en la herencia, si ha recibido del mismo alguna liberalidad a título de legado sólo podrá pedir el complemento de su legítima, conservando plena validez la institución de heredero.”

Pero, a su juicio, no es así. Veamos cuáles son las razones que al efecto aduce:

“De nuevo nos encontramos con las funestas consecuencias de no distinguir entre la legítima como cuota hereditaria y la legítima como cuota de valor. El artículo 815 se refiere a esta última estableciendo que el heredero forzoso que no alcance a cubrirla con lo que el testador le haya dejado por cualquier título podrá pedir el complemento de la misma. Ahora bien, es evidente que de este principio tan elemental como indiscutido no se deduce que el testador pueda privar al heredero forzoso de la participación hereditaria que le reserva la ley. Tan exagerada deducción tiene, sin embargo, su explicación: la palabra *complemento* empleada en el artículo 815 ha despertado en la memoria de los autores el recuerdo de la antigua acción de complemento...” “Todas estas conclusiones serían válidas si se logra demostrar que el artículo 815 recoge en toda su pureza la *actio ad supplementum legitimam* tal como se conocía en el Derecho romano anterior a la Novela 115 de Justiniano. Mientras tanto nosotros no vemos en el artículo 815 más que el reconocimiento del derecho de todo heredero forzoso al complemento de su legítima cuando lo adquirido del testador a título gratuito (herencia testada e intestada, donación o legado) no basta para cubrir aquélla. La acción de que dispone el legitimario para completar su legítima es la acción de reducción. No existe en el Código civil una acción de complemento autónoma y perfectamente diferenciada de la acción de reducción...” “La posibilidad de dirigir la acción de reducción contra los herederos testamentarios está reconocida implícitamente en el artículo 817.”

En este supuesto G. G. Valdecasas no sólo va contra los precedentes del precepto, sino incluso contra su letra (“*podrá pedir el complemento de la misma*”). Da por transformado el efecto característico de la *actio ad supplementum* romana, vigente hasta el momento de la promulgación del Código civil, en otro efecto distinto que considera como típico de la *reserva*.

(238) G. G. VALDECASAS: Loc. cit., II-3, pp. 968 y ss.

Pese a no demostrar tal transformación y a que, al parecer, ésta contradeciría la letra del precepto, este autor pone una condición para aceptar la opinión contraria: que le sea demostrado que el artículo 815 recoge, en toda su pureza, aquella acción romana. Y aun, en contra de esta posibilidad, anota lo siguiente (239):

“Según la Novela 115, el legitimario debía ser instituido heredero aunque fuera en una cuota inferior a la legítima, pues en otro caso, existía preterición y se abría la sucesión intestada. Así, pues, el legitimario era siempre heredero, pudiendo ejercitarse la acción de complemento cuando la cuota testamentaria era inferior a la legítima. Este régimen era el vigente en el Derecho español inmediatamente anterior al Código civil. Pero mientras en el Derecho romano la nulidad parcial de la institución de heredero era impedida en vía de principio, por la imposibilidad de concurrencia de la sucesión testada y la intestada, en el Derecho español nada se opone a la nulidad parcial.”

Subrayemos, en primer lugar, el defecto lógico que, a nuestro juicio, significa la negación de que se conserve una acción si no se mantiene “en toda su pureza”, y así como, también, la afirmación consecuente con la que da por prejuzgado el cambio total del sistema en tanto estime no demostrado que una de las piezas antigua se haya mantenido “en toda su pureza”. Exigencia que supone el olvido de que, en caso de conservarse la pieza antigua aunque no sea en toda su pureza, es más lógico entender que el sistema anterior solamente habrá sido modificado, pero no transformado en otro contrapuesto al mismo.

Por otra parte, la razón alegada de que por haber desaparecido la necesidad de ejercitarse la *actio ad supplementum*, debido al hecho de la desaparición del principio *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, debe estimarse establecida la acción de nulidad parcial de la institución, tampoco nos resulta de rigor lógico. Para ello haría falta demostrar: 1.º, que la *actio ad supplementum* fue una consecuencia de aquel principio y que no tenía otra justificación; y 2.º, que la abolición de aquel principio dejó esa acción sin justificación, de tal modo que el cambio de ésta por la de nulidad hubiese sido una consecuencia inevitable.

La primera demostración, es tanto más improbable que pueda conseguirse por cuanto es evidente que aquel principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada fue precisamente exceptuado en el Derecho romano en ciertos supuestos (que antes hemos recordado) de ejercicio *pro parte* de la *querela*.

Y, además, nos parece que es muy fácil constatar que la *actio ad supplementum* es recogida “en toda su pureza” en el artículo 815, pese al cambio que estimamos operado en el concepto de preterición, que antes —conforme a la Novela CXV— sólo requería la no institución como heredero de un legitimario, aunque a éste se le dejase algo a título de legado, mientras que hoy, conforme al artículo 815, la

(239) G. G. VALDECASAS: Loc. cit., nota 23, p. 969.

preterición creemos que requiere que algún legitimario sea totalmente omitido en el testamento del *de cuius* (240). Es decir, que nos parece perfectamente compatible el hecho de que el artículo 815 innove, en cuanto a eliminar de la preterición los supuestos en que el testador haya dejado algo a un legitimario a título diverso del de heredero, con la apreciación de que la *actio ad supplementum* se conserva en toda su pureza.

No hay antinomia entre ambas afirmaciones. Lo prueban así: el hecho, antes comprobado por nosotros, de que podía optarse por el ejercicio de la *actio ad supplementum* en lugar de ejercitar la *querela* o el *ius dicendi nullum*; que, conforme la ley *Si quando*, § *Et generaliter* (Cod. III-XXVIII., 35, § 2.^a), la aceptación de un legado por el hijo no instituido le vedaba el ejercicio de estas dos acciones y, por el contrario, conservaba la acción de suplemento. Es decir, que la posibilidad de ejercicio de la *actio ad supplementum* no dependía de que no hubiese habido preterición. Y, además, el complemento no se recibía a título universal de heredero, puesto que —según frase de Bartolo (241)— conforme la ley *Papinianus*, § *Quarta* (Dig. VI-II, 8, § 9), dicho suplemento “*datur acre alieno deducto... ergo habetur ut particularis successio*”.

Por lo demás, no sólo tenemos el testimonio de García Goyena, antes invocado (cfr. supra 20, c, y nota 210), del que resulta muy claro que el artículo 645 del Proyecto de 1851 —del cual, conforme el criterio de la Base 1.^a, se tomó el vigente 815— recoge la *actio ad supplementum* y reconoce la posibilidad de satisfacer la legítima “por cualquier título”, superando la vieja preocupación de atender “más al honor del título que a la realidad de la cosa, o al valor de lo dejado”. También los primeros comentarios del Código civil nos confirman unánimemente que éste fue el sentido del artículo 815. Así puede verse en Manresa (242) —que, como es sabido, formó parte

(240) La cuestión de si es suficiente haber recibido algo por donación intervivos para que entre en juego el art. 815 y para que se excluya la aplicación del 814, nos parece insuficientemente planteada, si no se precisa si el donatario ha sido o no mencionado en el testamento del *de cuius*. La segunda hipótesis se daba en el supuesto de hecho de la S. de 17 de junio de 1908, la cual, por lo tanto, no puede aducirse para los casos comprendidos en la primera hipótesis (cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, III, § 1.^a, cf. ed. separada, pp. 307 y ss. y A. D. C., VII-III, julio-septiembre 1954, pp. 657 y ss.).

(241) BARTOLO: loc. cit., I, *Pater filium*, n. 16 (fol. 180).

(242) JOSÉ MARÍA DE MANRESA Y NAVARRO: *Comentario al Código Civil Español*, art. 814, *comentario*, 1.^a B y art. 815, *prevéntives* (cfr. t. VI, 6.^a ed. Madrid, 1932, p. 349 y pp. 356 y ss.), donde respectivamente dice:

“Podría discutirse en el art. 814 si era o no necesario que se reconociese el derecho del heredero como tal heredero, pero el art. 815 desvanece esta duda.”

Y después de citar los antecedentes de la ley 5.^a, tit. 8.^a; ley 30, tit. 28, libro 3.^a del Código y Novela 118, destaca que: “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”.

de la Comisión Codificadora—, Bofarull (243), Navarro Armandi (244), López R. Gómez (245), Bonel (246), Sánchez Román (247), Scaevela (248), Falcón (249), Burón (250).

(243) MANUEL DE BOFARULL: *Código civil español*, art. 815 (cfr. 3.^a ed. Madrid, 1889, p. 259, nota 4), donde habla en *protérigo* al aludir a la nulidad del testamento en caso de no institución como heredero del legitimario y a la procedencia del complemento solamente si se reunía este requisito, según la legislación anterior (así dice "era nulo", "solo procedía el complemento"). La comparación del artículo transcrita con sus precedentes indicarlos en la nota, refiriéndose las diferencias, parece que no deja lugar a suponer que dudara de que se hubiera operado un cambio.

(244) MARIO NAVARRO ARMANDI: *Cuestionario del Código civil Reformado*, t. III, art. 814, cuestión 2.^a, pp. 306 y ss. (Madrid, 1890): "El heredero forzoso a quien se deja su legítima a título de legado, ¿podrá pedir la nulidad de la institución? Concretamente resolvió este caso la ley de Partidas optando por la nulidad a menos que el legitimario aceptase el legado sin protesta de ejercitarse su acción. La razón era que se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado. El Código se ha separado, y ha hecho bien, de ese rigorismo, como puede verse en las palabras "por cualquier título:" que se leen en el artículo siguiente".

(245) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ: *Tratado teórico-legal del derecho de sucesión*, t. I (3.^a ed. Madrid, 1916), pp. 524 y 525; donde concluye que "el heredero al que por cualquier título, como el de legado, se le deje menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma..."

(246) LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ: *Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente*, art. 815 (Barcelona, 1890, t. III, p. 428); donde después de exponer la doctrina del artículo, coloca la preposición "mas" antes de evocar los antecedentes que, para que no hubiese preterición, exigían que se hubiera dispuesto a título de heredero a favor de quien en otro caso podría invocarla; los cuales, al igual que el ejemplo que al final expone para explicarlos, refiere en tiempo de *protérigo*.

(247) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. 2.^a, cap. XV, n. 111 (2.^a ed. Madrid, 1910, p. 937), después de indicar que, en el Derecho vigente antes del Código civil, sólo cuando el legitimario "era instituido heredero en parte o cantidad inferior a lo que le correspondiera por legítima, era cuando bastaba el ejercicio de la acción *ad supplementum* para completarla", observa que: "El art. 815 se aparta de este criterio estricto y se ajusta a la única necesidad que lo inspira, cual es la de que se complete la legítima del heredero forzoso, a quien por cualquier título se le haya dejado menos de lo que le corresponda".

(248) MARIUS SCAEVOLA: *Código civil, comentado y concordado extensamente*, t. XIV, arts. 813 a 817, III, C (cfr. 6.^a ed., Madrid, 1944, p. 429 y ss.), dice que:

"Una diferencia de importancia existe entre la doctrina derogada de la legislación alfonsina y la vigente del Código. Conforme la primera, era menester, para que procediese la acción *supletoria o de complemento*, que lo dejado al que la ejercitaba fuese a título de heredero; de ser en otro concepto, procedía la nulidad del testamento, su quebrantamiento".

"El Código ha mitigado este rigorismo. Atento a lo principal, a que el heredero forzoso perciba a la muerte del causante la porción que le corresponde por legítima, prescinde de la modalidad de la disposición y le computa a cuenta de la legítima lo que le haya dejado el testador *por cualquier título*; esto es, lo mismo por herencia que por legado, manda o donación."

(249) MODESTO FALCÓN: *Exposición doctrinal del derecho civil común y foral*, lib. III, cap. III, sec. II, párrafo V, n. 11 (cfr. 5.^a ed. Barcelona, 1897, t. III, p. 238), expuso:

"Cabe un término medio entre la institución de los herederos legítimos y

¿Puede quedar duda alguna, respecto estos extremos, después de leer el comentario de García Goyena al artículo 645 del Proyecto de 1851 y de los referidos comentaristas, coetáneos a la promulgación del Código civil, que hemos transcrita en las notas anteriores?

Si alguna modificación indican estos comentarios respecto la pureza con que es recogida la *actio ad supplementum* en el artículo 815, se refiere al hecho de que esta acción ya no puede resultar innecesaria, por el ejercicio de la *querela*, cuando el testador les haya dejado algo a título singular, al haber sido excluido en este supuesto el ejercicio de la *querela*. Nosotros hemos anticipado que esto no afecta a la pureza intrínseca de la acción de complemento, sino que tan sólo repercute extrínsecamente al eliminar un recurso de mayor fuerza superpuesto y antepuesto a aquél, en caso de atribución a título distinto al de heredero, a partir de la Novela CXV. Repetimos que esta posibilidad no había afectado a su esencia, como lo demuestra la conservación de la acción de suplemento aun después de haber renunciado el legitimario —expresa o tácitamente por la aceptación de un legado— a reclamar la nulidad de la institución o a ejercitar la *querela*. Como vimos, la acción de suplemento, cabía si la legítima se hubiera asignado cuantitativamente incompleta a título de legado, siempre y cuando el legitimario no pretendiera remediar su lesión más contundentemente con el ejercicio de la *querela*.

Pero, aun cuando no fuera así, y el cambio operado por el artículo 815 afectase a la pureza de la *actio ad supplementum*, ¿podría deducirse de ello una consecuencia de un sentido opuesto al de la modificación? ¿Se puede negar que el artículo 815 autoriza a dejar la legítima por cualquier título y, a la vez, opinar que dicha posibilidad excluye que dicha acción haya sido recogida con toda su pureza? Y, partiendo de su no recepción en toda su pureza, ¿cabe alegar que no ha sido recogida de modo alguno, sino que la ley atribuye directamente la legítima a título de herencia, y que el artículo 815 sólo regula la acción de nulidad parcial de la institución con su consiguiente reducción? Sentimos no hallar base suficiente para apoyar ese resultado, ni camino lógico para llegar a él.

su preterición por el testador: cabe que el testador les deje por vía de legado, donación u otro título legal una parte de la legítima, sin completarla. En este caso asiste a los herederos legítimos, que en tales circunstancias se encuentran, el derecho a pedir el suplemento de la legítima. La institución de heredero no se invalida en este caso, porque no hay verdadera preterición de los herederos forzados."

(250) GREGORIO BURÓN GARCÍA: *Derecho Civil Español, según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, § 973 (ed. Valladolid, 1898, t. III, p. 811), comparó: "El heredero forzoso a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la legítima que le corresponda, pude pedir el complemento de la misma. Para esto exigía antes la ley precisamente, tratándose de la legítima de los hijos, que el padre dejase a alguno de éstos *alguna cosa como heredero*, y no fuera bastante para completar su porción legítima, pues si se lo dejaba a título de legado, entonces podría quebrantar el testamento por medio de la queja de inoficioso testamento si el

23. Todavía encuentra G. G. Valdecasas otro obstáculo a destruir para dejar franco el camino a su tesis. Oigámosle (251):

“Uno de los argumentos empleados con más insistencia por quienes niegan al legitimario la cualidad de heredero se basa en la errónea suposición de que el legitimario no sucede en las deudas hereditarias. Se pretende obtener esta suposición del artículo 818...”

Pero, a su juicio, ... “se basa en una equívocada interpretación del artículo 818, cuya única finalidad es determinar el valor de la cuota de legítima, a efectos de averiguar si las liberalidades del causante son o no inoficiosas. La deducción de las deudas (*no su liquidación*) es una simple operación de contabilidad hecha solamente sobre el papel”.

Sin embargo, en el Código civil parece necesario el cálculo de la legítima, como *pars honorum*, no sólo a efectos de la reducción de donaciones y legados, sino también a los del cálculo del complemento, previsto en el artículo 815 —antes examinado—, cuando se hubiese recibido por cualquier título menos de la legítima.

¿Existe alguna base en la letra, en la sistemática, en la lógica institucional o en los antecedentes históricos del Código civil para estimar que el cómputo de la legítima de que habla el artículo 815 difiere del explicado en el artículo 818? Hasta ahora hemos visto desmentida esta idea. Nos viene precisamente a la mano un texto de Febrero (252) en el que leemos: “La imputación o computación es un remedio introducido por Derecho para excluir la querella de inoficioso testamento. En virtud de este remedio, puede el hijo, a quien su ascendiente deixó menos que la legítima que se le debe, intentar el suplemento de ésta, con tal que reciba en cuenta, y se le impute en ella lo que su padre, o ascendiente le dio.”

El precedente inmediato del artículo 818 es el artículo 648 del Proyecto de 1851. García Goyena (253), al glossar las palabras “*Al valor líquido*”, invoca las leyes 39, tít. 16, libro 50 del Digesto; 8, tít. 33 de la 7.^a Partida, y 8, § 9, tít. 2, lib. 5 del Digesto.

Es de notar que entre la primera y la segunda leyes citadas hay una interesante trasposición, que creemos aclara el sentido del artículo 806 del Código civil, y con éste los demás del mismo cuerpo legal referentes a la legítima.

El texto de Ulpiano recogido en el Digesto L-XVI, 39, § 1.^o, dice que: “Bona” intelliguntur etiisque, quae deducto aere alieno superstint”. En cambio, la ley 8, tít. 33 de la 7.^a Partida emplea, en lugar de “Bona”, la palabra “Heredicia”.

“Heredicia —dice— es, la heredad, e los bienes, e los derechos de algund finado; sacando ende las debidas que devia, e las cosas que fallaren agenes.”

fijo non rescribisse aquella parte, o recibiéndola protestase diciendo que le fincase en salvo la querella”.

(251) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., pp. 963 y s.

(252) JOSEF FEBRERO: *Librería de Escribanos*, parte segunda, lib. II, cap. III, § 1.^o, n. 3 (cfr. ed. Madrid, 1781, II^a-II^o, pp. 185 y s.).

(253) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: op. y vol. cits., arts. 648 (pp. 97 y s.).

El artículo 806 del Código, al definir la legítima, no habla de *porción de herencia*, sino de *porción de bienes*, expresión más exacta al referirla a un activo líquido de bienes. García Gayena había comentado, antes de hacer la cita de esas dos leyes: “*porque no se entiende por bienes sino lo que resta hecha esta deducción y pago.*”

El tercer texto citado por este autor es uno de Ulpiano, conocido por *Iex Papinianus*, § *Quarta* (Dig. V-II, § 9), que concreta la legítima: “autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensis”.

Bartolo (254), precisamente de esta I. *Papinianus*, § *Quarta*, dedujo “sed ista legítima datur aere alieno deducto”, “ergo habetur ut particularis successio”, aplicando esta conclusión a la *actio ad supplementum*.

La legítima, como medida, fija una *pars honorum*, no una *pars hereditatis*. Determinado el montante de esa *pars honorum* sirve de módulo; tanto para el complemento de lo asignado como para la reducción de las mandas y donaciones inoficiosas.

Antes —bajo el régimen de la Novela CXV— había que cotejar esta *pars honorum*, una vez fijada: a) ya fuese con la *pars hereditatis* —atribuida por el testador o abintestato— más las donaciones imputables a la legítima del cuestionante: en los casos normales de atribución de la legítima a título de herencia, en los cuales la *pars hereditatis* debía traducirse, a efectos de poder hacer tal cotejo, en su montante activo líquido; b) ya fuese con la *pars honorum*, representada por la *res certa* del instituido en ella, concurriendo con *heres ex asse*, o por el legado aceptado por el legitimario que hubiese renunciado —expresa o tácitamente, con la aceptación de dicho legado, a la *querela* o al *ius dicendi nullum*— más las donaciones imputables a su legítima que hubiese recibido.

Hoy esa *pars honorum*, pudiéndose atribuir la legítima por cualquier título —conforme al artículo 815, según hemos visto—, habrá que cotejarla, bien sea con una *pars hereditatis*, una vez calculado su valor líquido, incrementada con las donaciones y legados imputables a la legítima, en caso de haber sido instituido heredero o serlo abintestato el legitimario; o bien con una *pars honorum* si el legitimario, sin haber sido preterido ni injustamente desheredado, no fue instituido heredero, pero recibió algo a cuenta de su legítima.

24. Pero G. G. Valdecasas, además del argumento que acabamos de criticarle, añade otras razones, que conviene examinar.

“También se debe objetar —dice— que dentro de un patrimonio no es posible separar la titularidad de los derechos o activo patrimonial de la titularidad de las deudas o pasivo.²⁵⁴ Hay, pues, contradicción en afirmar que el legitimario tiene una participación en los bienes de la herencia y negar, por otro lado, que responda de las deudas here-

(254) BARTOLO DE SANOFERRATO: op. y lib. cit., I. *Pater filium* (Dig. V-II, 14), n. 16 (cfr. ed. cit., fol. 180).

ditarias... Si admitimos que el legitimario es copropietario de cada una de las fincas y del dinero, en proporción a su cuota legitimaria, tendremos que admitir también que al realizar su derecho un acreedor hereditario sobre cualquiera de las fincas, el legitimario ha respondido de la deuda con la participación que tenía en la propiedad de la finca.”

“Aparentemente—prosigue— se salvan de la anterior objeción los autores que consideran a la legítima como una participación en el superávit hereditario, es decir, en los bienes que quedan una vez liquidadas las deudas. Pero esta doctrina tiene el grave inconveniente de subordinar la adquisición de la legítima a la previa liquidación de las deudas hereditarias, cuando es lo cierto que la ley no exige tal requisito previo para que el legitimario reclame su legítima y pueda ejercitarse las acciones que la protegen. El artículo 818... habla de deducir y no de liquidar, refiriéndose con dicha palabra a una operación de contabilidad que nada tiene que ver con una supuesta exención de responsabilidades del legitimario por las deudas hereditarias. También se puede objetar que si después de hecha la liquidación aparecen otras deudas cuya existencia se ignoraba, el legitimario respondería de ellas con los bienes que se le hubieran adjudicado.”

En resumen, concluye que, “si se sostiene que la legítima es una “pars honorum”..., hay que reconocer que la legítima es una “pars hereditatis”, pues justamente lo característico de la sucesión hereditaria es la subrogación del heredero en la titularidad del patrimonio dejado por el causante”.

Esta segunda serie de razones, aducidas por G. G. Valdecasas, de probar alguna cosa probarían demasiado. De ser ciertas, demostrarían que no cabe posibilidad de distinción entre heredero y legitimario, ni entre responsabilidad personal *ultra vires* y afección *intra vires*, sea *cum viribus* o bien *pro viribus* (255).

Por otra parte, achaca este autor a la teoría optesta algunas afirmaciones que ciertamente no son sostenidas por sus defensores. Así ocurre en su imputación de admitir, éstos, “que el legitimario es copropietario de cada una de las fincas y del dinero, en proporción a su cuota hereditaria”..., con lo que sintetiza conceptualmente de un modo inexacto el derecho del legitimario a una cuota de activo líquido y la afección real a ese derecho de todos y cada uno de los bienes hereditarios, afección que no equivale, ciertamente, a tener una cuota indivisa de copropiedad sobre cada uno de los bienes. Cuota que ni siquiera se tiene en los supuestos de titularidad de una “*pars hereditatis*” (256).

También nos parece que confunde la titularidad actual de una

(255) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II parte, § 2.º, I, b, Segunda hipótesis; ed. sep. pp. 165 y ss y A. D. C., IV-IV (octubre-diciembre 1951), pp. 1396 y ss.

(256) Cfr. PÍGIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. I, cap. V, n.º 4, B (Barcelona, 1961), pp. 370 y ss.

participación sobre bienes de un patrimonio, determinable en cuanto a su montante, refiriéndola a su activo líquido aún pendiente de liquidación, con la titularidad actual, en espera, diferida para después de la práctica de la liquidación. Es decir, la diferencia que media entre un derecho actual sin determinar en su *quantum* con un derecho con su nacimiento pendiente de la práctica de una liquidación. Por otra parte, ese activo líquido puede estar ya previamente referido o no a unos bienes concretos —en caso de asignación por el causante—, sin perjuicio de las compensaciones pecuniarias consecuentes a la liquidación que se practique.

La aparición ulterior de deudas dará lugar, para el legitimario que no sea heredero, a una afeción *cum viribus*, lo mismo que para cualquier legatario, ya sea de cosa cierta o de parte alícuota.

Analicemos, al efecto, tres supuestos diversos de legitimario no heredero, con o sin derecho al complemento de su legítima:

- el padre, en su testamento, declara haber donado como anticipo de su legítima a su hijo A determinados bienes y le deja cuanto fuere preciso para complementarla;

- al legitimario B únicamente le es legada la finca Z y se le grava con el pago de un legado en metálico;

- al legitimario C su padre le lega su cuota legitimaria, predeterminando los bienes que deben integrarla.

En los tres supuestos es preciso verificar el cómputo previsto en el artículo 818 C. c.: en el primero, para calcular el complemento; en el segundo, para juzgar si hay o no lugar a la reducción del legado que grava al legitimario, y para saber si, además, debe supplementársele el que se le confirió; en el tercero, para fijar el montante líquido de bienes hereditarios que deban integrar la *quota honorum* de su legado parcial, y, en su caso, para ver si la cubren los bienes predeterminados por el testador.

Si aparecieren, después de hechos dichos cálculos, nuevas deudas del *de cuius*, el legitimario no responderá personalmente en ninguno de los casos examinados, ni siquiera *directamente "extra vires, pro viribus"*. Como expusimos hace años (257), solamente sufrirá "una afeción *cum viribus*, reforzada para el acreedor por el principio de subrogación real o, tal vez más exactamente, por el de subrogación de valor, como medio de determinación del enriquecimiento del legatario". Afeción que sólo puede ser efectiva: *indirectamente*, mediante el regreso intentado por otro legitimario, que haya sido instituido heredero, a través de la acción de reducción, o bien por un heredero voluntario, por la de enriquecimiento sin causa; o *subsidiariamente*, por el acreedor después de haberse hecho total excusión de los bienes de la herencia no legados especialmente y del patrimonio de los herederos que no hubiesen aceptado a beneficio de inventario.

Ni siquiera en los supuestos en que la legítima se recibe a título

(257) Cfr. nuestros citados *Apuntes...*, II Parte, § 6.º, F, ed. sep., pp. 300 y ss. y A. D. C. V-III (julio septiembre 1952), pp. 908 y ss.

de heredero, puede decirse que aquélla quede totalmente confundida en la *pars hereditatis* atribuida por éste. La *pars honorum* líquida calculada de conformidad al artículo 818 hace de módulo para calcular la suficiencia de la *pars hereditatis*, valorando el saldo líquido de ésta en cotejo con aquélla; y, por consiguiente, determinando, en sus casos, el derecho al suplemento o el montante de la acción de reducción, y excepcionando en este último el principio de la sumisión del heredero voluntario a los gravámenes que testador le haya impuesto.

25. Hemos visto, hasta ahora, que la concepción de la *cuota de reserva*, que nos ha expuesto G. G. Valdecasas, no corresponde a un minucioso análisis de los derechos de los herederos forzados que, según sus antecedentes históricos, se articularon en el Código civil a través del Proyecto de 1851 y conforme a la ley de Bases; y que ni la letra de los preceptos invocados por dicho autor convencen de lo contrario, ni su tesis puede superar satisfactoriamente una interpretación literal, lógica, histórica y sistemática de los artículos 814 y 815.

Vamos a ver ahora si su concepción de la *cuota de legítima* puede ser aceptada.

Aun no siendo cierto su concepto de la cuota de reserva, podría serlo, en cambio, el que nos ofrece de la cuota de legítima..., con tal de hacerlo extensivo a toda la legítima de que habla el artículo 806. Esto es lo que trataremos de constatar a continuación.

Pero antes creemos conveniente hacer notar: que el artículo 806 define la "legítima" precisamente con ese mismo nombre; que el artículo 818 sigue utilizando idéntico nombre al determinar cómo se ha de hacer su cómputo, y que los artículos 819 y 820, al hablar de la reducción de legados y donaciones, continúan utilizándolo. Ninguna distinción hace el Código para dar a entender que los artículos 806 a 815 hablan de una cuota, y los artículos 817 y siguientes, de otra. A las dos —caso de ser distintas— les da el mismo nombre y no se hace distinción ni salvedad alguna en el artículo 818, al decir cómo se computa —según esa hipótesis— sólo una de ellas. Datos que no parecen nada fáciles de comprender más que reconociendo que no hay tal duplicidad de cuotas de *reserva* y de *legítima*.

La *cuota de legítima*, según dicho autor (258) —el derecho a la cual se hace valer, a su juicio, solamente por la acción de reducción— se caracteriza por ser una *cuota de valor*. Es "el derecho a obtener un determinado valor económico sobre el patrimonio hereditario, y, en su caso, sobre las donaciones hechas en vida por el causante", que "sólo puede existir si el activo hereditario es superior al pasivo, o, en defecto de esto, si el causante hizo donaciones en vida". Valor que, "una vez fijado", según las reglas del artículo 818, para determinar si las liberalidades hechas por el causante son o no inoficiosas, es un valor mal-

(258) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., n. 3, a, b y c, p. 961.

terable que no se resiente de las fluctuaciones de valor experimentadas por los bienes hereditarios".

En definitiva, G. G. Valdecasas circunscribe a la que denomina cuota de legítima la misma tesis que Roca Sastre (259) ha aplicado a toda la legítima en su sentido usual. Según la tesis de Roca Sastre, en el Código civil "la legítima tiene un valor económico fijo, *tusado, immutable*, no susceptible de aumento o disminución, a consecuencia de las variaciones de valor que, con posterioridad al fallecimiento del causante, se produzcan en los elementos hereditarios. El aumento o depreciación de estos elementos lo recibe y soporta exclusivamente el heredero o herederos, pero no los legitimarios". Así resulta —a su juicio— del artículo 818, al disponer que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, y del artículo 654, que refiere la imputación del valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte.

Según esta tesis de Roca Sastre, parece que el legitimario no tiene derecho, en el momento de partir, a una ava parte de los bienes del haber líquido, sino únicamente a percibir una cantidad de bienes del mismo caudal, suficiente para cubrir el valor que hubiera tenido su ava parte precisamente en el momento de la muerte del causante. No a una parte alícuota de bienes, sino a una cantidad de bienes, equivalente al valor que en el momento de fallecer el *de cuius* tenía la ava parte representativa, *en aquel instante*, del moutante de su legítima. La ava parte sólo tiene interés en ese momento, en que queda traducida para lo sucesivo en un valor fijo.

Hace años discrepanos de esta opinión de nuestro querido maestro. Preguntamos entonces (260) si es eso lo que ha querido disponer el artículo 818 C. c., al decir que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador. Y nuestra respuesta fue negativa, apoyándola en las razones que a continuación sintetizaremos.

Ante todo, debe notarse que el artículo 818 dice que "se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador", pero no dice que deba atenderse "al valor que tuvieran a la muerte del testador los bienes que entonces quedaren".

Una cosa es la fijación de la legítima para congelarla concretándola en un valor nominal dado, lo que equivale a hacer una fijación de la misma en una cifra de dinero, determinada por su valor nominal; es decir, referida fijamente en una unidad de valor fluctuante. Y otra cosa distinta es determinar o fijar su valor con referencia a aquel momento dado, sencillamente para ver qué legados o donaciones han resultado inoficiosos en aquel instante, únicamente decisivo, precisamente, para: determinar la inoficiosidad; determinar la relación con el

(259) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, R. D. P. cit., pp. 199 y ss.

(260) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I Parte, § 10; ed. sep., pp. 97 y ss. y A. D. C., pp. 513 y ss.; y II Parte, § 3.º, E, d; ed. sep., pp. 222 y ss. y A. D. C., IV-IV, pp. 1453 y ss.

todo de las donaciones y legados imputables a cualquier porción del haber partible, y medir el montante del suplemento a exigir calculado con relación al activo líquido hereditario y no en una cifra dineraria.

Esta segunda finalidad es la única que persigue el artículo 818. Así parece indicarlo su colocación después del artículo 815, que regula la acción de complemento, y del artículo 817, que ordena la reducción de las disposiciones testamentarias lesivas de la legítima, y antes de los artículos 819 y siguientes, que se ocupan del modo y forma cómo debe llevarse a cabo dicha reducción.

Si los artículos 808 y 809 determinan que constituyen la legítima ciertas avas partes del haber, en tanto no se haya partido éste, aquéllas deberán seguir sus vicisitudes. La fijación en una cifra dineraria de dichas avas partes antes de su separación e individualización, daría lugar a que dos valoraciones interdependientes entre sí se tomaran con raseros diferentes.

Por otra parte, la aceptación de la teoría que discutimos contradaría el concepto de la legítima que ofrece el artículo 806 del Código civil. Si, de acuerdo con éste, es *porción de bienes*, deberá sufrir las mismas alteraciones de valor de éstos. Por eso, *no puede fijarse* su valor en el sentido de dejarlo “fijo” e “inamovible”. Es el contenido del catáud y de su activo libre—del que ha de sacarse aquella cuota—lo que debe fijarse en ese sentido. Pero no su valor dinerario, que sólo puede fijarse en el sentido de “calcularlo”, “determinar su montante”, con relación a un momento dado, pero sin implicar su petrificación.

Cálculo imprescindible para regular el ejercicio de la acción de suplemento y para averiguar si resultan o no inoficiosos los legados y donaciones que el causante haya otorgado. La ley 3, título XI. Partida 6, lo indicó claramente en su rúbrica “Qué tiempo deve ser cattado, para poder menguar las mandas, en razón de poder sacar el heredero la su parte legítima”.

Manresa (261) entendió en ese mismo sentido que “el verdadero objeto del artículo 818 es llegar a conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona para poder deducir la porción de que podrá disponer y aquella otra que, por ser indisponible, constituye la legítima. Fijada, en efecto, la legítima, queda fijada la porción libre”.

Si ambas quedan fijadas y el valor del conjunto varía..., si diésemos al verbo *fijar* el sentido de concretar el valor en una cifra de dinero, se daría el absurdo de que el falso plus valor alcanzado por los bienes por encima de aquella cifra—por depreciación de la moneda—, ni sería parte de libre disposición ni porción legítima. Por eso, además de razones de justicia y equidad, no puede darse a dicho verbo sino el sentido de “Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto”, que también admite el Diccionario de nuestra Real Academia.

(261) MANRESA: op. y vol. cits., art. 818 *Comentario*, al principio (ed. citada, p. 370).

Claramente lo había entendido así Andrés Angulo (262), para el supuesto de que un legado de cuota —como lo era la mejora de tercio o quinto— pudiese pagarse con su estimación en dinero, al dictaminar que “*hoc casu quando aestimatio quotaे bonorum solvi potest, valor bonorum attendi debet non secundum tempus mortis, sed secundum tempus solutionis*”. El incremento del valor de la cuota no se desprendía de ésta porque lo debido era el valor de la cuota, no su tasación en moneda en el momento de relacionar *relictum* y *donatum*, a los solos efectos de precisar la reducción de donaciones o su imputación a una u otra cuota (263).

G. G. Valdecasas, como antes constatamos, no acepta la tesis de Roca Sastre en cuanto la que llama *cuota de reserva*, pero sí con respecto la *cuota de legítima* en cuanto su excedente con respecto de aquélla.

Pero en la interpretación del artículo 818, que acabamos de aceptar (264), no cabe esa distinción. Efectivamente, si sumado al activo líquido el valor de lo donado a extraños, la donación absorbe toda la parte de libre disposición, ¿cómo será posible que el aumento, posterior a esa fecha, pero anterior a su individualización en el valor de los bienes relictos, pueda jugar contra los legitimarios? Y si, en el momento de fijar la legítima, ésta agotaba todo el caudal, ¿cómo una parte de dicho caudal puede escapar a la legítima en virtud de un cambio de valor ulterior?

El error de perspectiva que criticamos radica en entender que *se fija en dinero cuando se fija en una participación de bienes*. En el caso expuesto de haberse cubierto la parte libre con lo donado, la legítima abarcará todo el caudal relicito; y si lo donado a extraños cubriese la mitad de la parte disponible, se aplicará la legítima, por consiguiente, a cuatro quintos de lo relicito líquido.

26. Según G. G. Valdecasas (265): “Cuando la donación no es colacionable por haber repudiado la herencia el donatario (inciso 2.º del artículo 1.036) deberá imputarse exclusivamente a la parte dispo-

(262) ANDREA ANGULO, *Commentariorum ad leges Regias meliorationum. Lex Quarta (20 Tauri)*, glos. V (cfr. ed. Matriti, 1592, p. 363).

(263) Este criterio, por otra parte, resuelve justamente los problemas que, en otro caso, plantearía la alteración del valor de la moneda producida en el período que media entre el fallecimiento del causante y la individualización de las legítimas en bienes concretos; o su pago en metálico. De las alteraciones ocurridas entre la fecha de la donación computable y la del fallecimiento del donatario nos hemos ocupado en nuestros *Apuntes...*, III Parte, § 11, C; cfr. ed. sep., pp. 491 y ss. y A. D. C. VIII-II, (abril-junio 1955), pp. 327 y ss.; y en *La antítesis inflación-justicia*, en Rev. Jur. de Cataluña, LIX (septiembre-octubre 1960), pp. 575 y ss. y en Rev. Internacional del Notariado, nn. 50 y 51 (2.º y 3.º Trimestre 1961), pp. 102 y ss.

(264) Recientemente ha prestado apoyo a esta tesis nuestro querido compañero MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, en su repetido trabajo *El estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en los *Estudios* con ocasión del Centenario de la Ley del Notariado, Sec. III, vol. I, pp. 887 y ss.

(265) GUILLERMO G. VALDECASAS; loc. cit., III, 2, p. 974 y nota (36).

nible", y "El mismo criterio deberá seguirse cuando el legitimario favorecido por el testador con un legado acepta éste y renuncia a la herencia."

La razón con la cual el autor fundamenta estas afirmaciones se concreta en la aseveración de "que el legitimario que repudia la herencia pierde los derechos de legitimario y, por consiguiente, nada puede reclamar ni retener a título de legítima".

Sin embargo, una consideración teleológica le hace vacilar, hasta tanto no llega a creer haberla contrarrestado con otra consideración de igual especie, pero de signo contrario. Veamos cómo las plantea:

"Hay que reconocer, sin embargo —dice—, que la imputación a la parte disponible puede perjudicar a aquellos en favor de los cuales el testador dispuso con cargo a la misma. Mas, por otro lado, la imputación a la supuesta legítima del renunciante empeoraría aún más la situación de los legitimarios, ya perjudicados por la falta de colación."

La razón teleológica en contra es evidente. El acto de un tercero (el legitimario renunciante) perjudicaría a los destinatarios de la porción disponible, en beneficio de los colegitimarios, sin causa alguna que lo justificase, puesto que contrariaría la voluntad del causante y excedería de la protección legal de los demás colegitimarios.

En cambio, el argumento teleológico que esgrime a favor no nos parece consistente, pues no sabemos en qué puede empeorar en el terreno jurídico la situación de los otros legitimarios si su legítima no es mermada. No puede llamarse jurídicamente *perjuicio* a dejar de percibir algo a lo que *a priori* no se tiene derecho. La colación de un coheredero forzoso sólo puede conferirles a los demás el derecho que el inciso final del artículo 1.036 les concede en caso de *inoficiosidad*. Pero nada más. En lo demás, la renuncia a la herencia y la no colación nada les quita de su derecho originario. Ningún perjuicio jurídico, pues, puede irrogártelos. No hay, pues, razón teleológica para modificar las reglas normales de la imputación.

La razón fundamental, aducida por G. G. Valdecasas, tampoco puede llegar a convencernos si no logra desmentir lo que hemos constatado al final del epígrafe anterior. Su demostración requeriría la prueba de que la legítima necesariamente se recibe a título de heredero, que sólo puede recibirse a ese título, y que se confunde con una *pars hereditatis*. Hechos que no hemos podido ver confirmados en el análisis de su tesis que anteriormente hemos efectuado.

La vieja cuestión acerca de si se puede repudiar la herencia y exigir la legítima, casi nada tiene que ver con la opinión que comentamos. En aquélla, la cuestión no radicaba en un problema de imputación como en la tesis de G. Valdecasas. Se centralizaba en una cuestión tangente a los principios romanos de la inadmisibilidad de la aceptación *pro parte*, de la universalidad de la institución y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada; las cuales podrían dar

lugar a que con la renuncia a la herencia se renunciara también a la legítima si esta iba embebida en aquélla (266).

Recordemos que, al tratar de esta cuestión, Covarruvias (267) planteó como principio general, aplicable a la misma, que: "Hereditas vero non potest partim adire, partim repudiare, ne quis decedat pro parte testatus, et pro parte intestatus." Y la conclusión a que, al respecto, llegó Melchor Valencia (268) de que: "Nam cum legatum sit successio singularis, nec partem hereditatis contineat, diversamque dispositionem ab institutione heredis constitutam: nulla iuris ratio evincit, quominus possit heres legatum agnoscere, hereditatem vero repudiare... At vero filio ex asse, vel ex aliqua hereditatis parte herede a patre instituto, constat legitimam, partem, constituere eiusdem hereditatis, cum in bonis et dominio patris mortis tempore fuerit, ex eadem institutionis dispositione deferatur: unde succedit ratio iuris, quae supremi iudicij divisionem fieri, nimirum patitur..., nec eandem, et individualiam hereditatem pro parte agnoci pro parte vero repudiari permittit..."

En cambio, no hubo problema en cuanto a la posibilidad de renunciar al ejercicio de la querella y con ella a la *successio contra testamentum*, aceptando un legado (269), ni respecto a la imputación de éste a la legítima, puesto que el legitimario aceptante del mismo podía ejercitar la *actio ad supplementum* (270). Por otra parte, la porción del legitimario que renunciase a la legítima no acrecía a los demás legitimarios, sino al heredero instituido (271).

Hoy, conforme al artículo 895, § 2, del Código civil: "Si la parte repudiada fuera la legítima, sucederán en ella los herederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer." Esto supone, indi-

(266) Cfr. lo que al respecto dijimos en nuestro trabajo *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, I, E, b, B", vol. cit., pp. 527 *in fine* y ss.

(267) DIEGO COVARRUBIAS: *In tit. De testamentis*, Capit. *Raynntius* 16, § XI (cfr. *Opera Omnia...*, ed. cit., t. II, p. 95).

(268) MELCHOR DE VALENCIA: op. cit., lib. III, tract. I, cap. últ. n. 5 (ed. citada, p. 337).

(269) En su glosa a la palabra *iudicium* de la ley. *Si quando, § Et generaliter* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.º), Accursius (*Codicis Justiniani...*, ed. cit., volumen III, col. 577 c) anotó que "consensus filii praeterito facit tenere quod alias ipso iure esset nullum". Y la ley 5, tít. VIII, Partidas 6.º, dispuso entre otras cosas: "Mas si aquella parte la dexase en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, estoice podría quebrantar el testamento. E esto se entiende si el fijo non recibiesse aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiesse e non la protestase diciendo que le fincase en salvo la querella que avia de tal testamento no podría després quebrantarlo".

(270) Cfr. BARTHOLOMEUS DE SALYCCERO (*In secunda super III et IV Codicis partem*, lib. III, tít. De inoñ. testam. I., *Si quando, § Et generaliter*, n. 6, cfr. edición 1541, fol. 42); JASON DEL MAINO (*Prima super Codicem...*, III-XXVIII, 1, *Si quando, § Et generaliter*, n. 4, cfr. ed. Lugduni, 1553, fol. 151); RAPHAEL FERGOSIUS (*Consilia Utriusque Raphaelis*, Cons. LXXXIII, n. 2, cfr. ed. Lugduni, 1548, fol. 120); ALEXANDRUS DE IMOLA (*Liber Tertius Consiliorum*, Consil. 8, n. 21, cfr. ed. Lugduni, 1549, fol. 10); ANTONIUS FABRUS (*Codex Fabrianus*, lib. I, tít. XIX, Def. X, cfr. ed. Nápoles, 1765, tomo I, p. 182).

(271) Dig. V-II, 8 § 8.

dablemente, una modificación del Derecho hasta entonces vigente. Pero en esta innovación no hallamos fundamento para confundir la cuota hereditaria atribuida al legitimario, en satisfacción de su derecho, con la donación o el legado imputable a su legítima. Si, conforme al artículo 818, la legítima es una porción ideal matemática de la suma de lo relictio líquido y lo donado, a la cual pueden imputarse donaciones (art. 819, § 1.º), legados o una cuota hereditaria (art. 815), ¿qué relación puede tener la renuncia de la herencia verificada por un legitimario con la no imputación a su legítima de las donaciones que hubiese recibido del causante? ¿O del legado que éste le hubiese otorgado?... independientemente de a quien acreza la parte de herencia que sufra la carga de ese legado.

Sólo la confusión de la cuota hereditaria atribuida al legitimario con la medida de su legítima puede dar lugar a aquella conclusión. Esta confusión es fruto de una concepción de la legítima como cuota de reserva, atribuida directamente por la ley, que —repetimos otra vez— no hemos visto confirmada, sino desmentida en un examen cuidadoso de nuestro sistema.

Antes que G. G. Valdecasas, ya había propuesto ese resultado Espinar Lafuente (272). Además, uno y otro, llegan a una consecuencia conceptual que ninguno de los autores de *Droit coutumier* se atrevió a formular, a pesar de que su legítima correspondía, ciertamente, al más puro tipo de reserva germánica, directamente atribuida por la ley y sobre la cual el causante no tenía posibilidad alguna de disponer “mortis causa”, ni de modalizar el llamamiento legal (273).

En nuestro Derecho, la aceptación de un legado *pro legítima* no supone repudiación de cuota de herencia alguna, puesto que —según vemos— ninguna le ha podido ser deferida por la ley, de no darse supuesto alguno que, como la preterición o la desheredación injusta, deba dar lugar a su delación *ex lege*. Es más, el legitimario sólo si acepta dicho legado podrá satisfacer su legítima, salvo su derecho a reclamar el suplemento.

Como expusimos en otra ocasión (274), tal posibilidad no aparece autorizada por ningún precepto de nuestro Código. En efecto, el artículo 890 —al permitir aceptar un legado y rechazar otro (salvo si éste fuese oneroso y aquél gratuito) o repudiar la herencia y aceptar un legado, o viceversa— parte de la base de que ambas atribuciones se han verificado en forma acumulativa (legado + legado, o herencia + prelegado), pero queda fuera de su supuesto que la atribución

(272) FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE: *La herencia legal y el testamento* (Barcelona, 1956), n. 175, p. 399, nota 200: “Si el heredero forzoso no es único, entraría en juego el derecho de acrecer a favor de los otros, a menos que éstos repudiásemen también la herencia, o renunciasen a los bienes que habrían de adjudicárseles como consecuencia de la repudiación hecha por el primero”.

(273) Cfr. lo que dijimos al respecto en nuestro trabajo *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, II, A, a e (loc. cit., p. 571).

(274) *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, VI, en R. D. P. XXXII (abril 1948), p. 330.

del legado se haya hecho en sustitución de la atribución de herencia legado en lugar de legítima [más exactamente *pro legítima*]). A esta última cuestión es a una de las que alude en términos generales el artículo 815. Y este precepto a lo único que autoriza al legitimario es a pedir el suplemento de su legítima. Pero a nada más.

En síntesis:

a) La legítima puede ser satisfecha: a través de una institución de heredero; de legados; mediante donaciones, o, simultáneamente, a través de los tres títulos. Y, en todos los casos, es inseparable del título respectivo, sin perjuicio del derecho a reclamar el suplemento o de pedir la reducción de las liberalidades inoficiosas. En cualquier caso, la atribución se imputa idealmente a la cuota, también ideal, que cuantitativamente la determina en relación alicuota con la masa contable, formada por la suma de lo relictio líquido y de lo donado.

b) Puede el legitimario, en caso de simultánea institución y prelegado, renunciar a la institución o al legado y aceptar el legado o la institución; pero no le cabe rechazar la atribución testamentaria y aceptar una subsidiaria atribución legal que sólo se da en defecto de aquélla o por razón de su invalidez, v. gr., por preterición o desheredación injusta (sin perjuicio del derecho al suplemento o a exigir la reducción de lo inoficioso).

c) El derecho de los colegitimarios a la parte del que renuncie a la herencia sólo alcanzará a la porción que la renuncia deja vacante. Es decir, a la que quede después de imputar las donaciones a la masa ideal, con resta efectiva de éstas, a lo que hubiese sido su cuota hereditaria, y soportando el legado *pro legítima* que deba imputarse a tal porción.

27. Una piedra de toque de cualquier teoría se obtiene con su aplicación práctica. Sus resultados, medidos en cánones de justicia, nos darán una pauta para juzgar la verosimilitud de aquélla.

Haremos así la prueba de la tesis que comentamos mediante examinar algunos de los ejemplos propuestos por G. G. Valdecasas y las soluciones por él mismo alcanzadas con la aplicación de su tesis.

— “El testador hizo, en vida, a su hijo único una donación de 30. En el testamento instituyó heredero a un extraño, dejando al hijo un legado de 10; *relictum*, 60. Valor de la cuota hereditaria reservada, 40” (275).

G. G. Valdecasas presenta dos posibles soluciones:

Una, que rechaza: “Imputando a ella (la cuota hereditaria reservada) la donación, además del legado, el hijo sólo tomaría del *relictum* el legado, quedando para el heredero voluntario, 50. De esta manera, el hijo no llegaría nunca a cubrir el valor de su cuota legítima, que en el ejemplo citado asciende a 60.”

Otra, que propone: “La solución correcta es que el hijo, conser-

(275) GUILLERMO G. VALDECASAS: loc. cit., II, 5, p. 972.

vando la donación, perciba del *relictum* 40, que es el valor de la cuota reservada, imputando a ella, eso sí, el legado de 10. Así, pues, el hijo obtendrá un valor de 70 y el extraño 20.”

De la primera solución, choca en seguida que la imputación de la donación y del legado se efectúe a la que, el autor, llama cuota de reserva, y no, conforme al artículo 819, § 1º, C. c., a la legítima determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 818.

De la segunda solución, resalta: que incumple la voluntad del causante más allá de los límites que la ley impone a su facultad de disponer. Si, conforme al artículo 818, la legítima del hijo, en el caso contemplado, era de 60 ($60 + 30 \times 2/3$), ¿por qué se le atribuyen 70, contra la voluntad del testador? La distinción dogmático-conceptual entre cuota de reserva y cuota de legítima —aparte de su antes comprobada falta de fundamento positivo— resulta, en esta aplicación, injusta con el padre generoso para con su hijo, pues de no haberle donado nada no le hubiese debido dejar más que 60 y, en cambio, por haberle donado como anticipo de la legítima 30, deberá dejarle en total 70, con lo cual su libre disposición, en lugar de 30, se habrá reducido a 20. ¿Es esto racional? ¿Es justo? ¿Está de acuerdo con los principios de nuestro sistema?

Pero, además, cabe una tercera solución, más de acuerdo con el texto de los artículos 818 y 819, a saber: El hijo imputa a su legítima de 60 la donación y el legado que le fueron otorgados por el causante ($30 + 10 = 40$), con lo cual le quedan por cubrir, con la acción de suplemento, otros 20 ($40 + 20 = 60$); restando al instituido 30 ($50 - 20 = 30$).

¿No se ajusta esta última solución a los límites legales, sin sancionar al padre generoso, y no obedece hasta el máximo posible a la voluntad del testador?

No lo debe creer así G. G. Valdecasas (276), pues insiste en que la cuota hereditaria del heredero voluntario “es sólo de un tercio (en los dos restantes la institución era nula), cuyo valor asciende a 20; asignándole bienes por valor de 30 obtiene un exceso de 10, lo que no se sabría justificar”.

Pero, ¿no lo justifica el artículo 819? ¿No lo justifica el hecho de que no invade el límite de los dos tercios de que el causante no podía disponer?

Al autor no sólo le influencia la previa distinción, que establece como punto de partida, entre cuota de reserva y cuota de legítima, sino que, además, esgrime otra afirmación ante la cual conviene que nos detengamos.

A su juicio, la imputación efectiva de la donación a la legítima “sólo tiene lugar cuando el legitimario favorecido con la donación ejerce la acción de reducción”. “Fuera de este supuesto —prosigue explicando—, el legitimario que concurre a la sucesión con herederos voluntarios no imputará nunca las donaciones a su legítima. Por con-

(276) G. G. VALDECASAS: loc. cit., III, 2, pp. 274 y s.

siguiente, tampoco en el caso de que se le haya deferido con carácter forzoso la cuota hereditaria reservada, pues la nulidad parcial de la institución de heredero que la delación forzosa lleva consigo es distinta de la reducción de liberalidades inoficiosas. Si concurriendo con herederos voluntarios el heredero forzoso tuviera que imputar a su legítima las donaciones, el valor de ésta vendría a incrementar el caudal relictio en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios, cuya participación hereditaria se extendería indebidamente más allá del caudal hereditario, hasta comprender el valor de las donaciones si hubieran sido hechas a un extraño en lugar del legitimario."

Algo antes (277), nos expone las razones que determinan su criterio. Leámoslas:

"A diferencia de los legados, las donaciones hechas al heredero forzoso sólo se imputan a una cuota hereditaria cuando concurren a la sucesión otros herederos forzosos en beneficio de los cuales hay que colacionarlas. Concurriendo con herederos voluntarios las donaciones no se imputan nunca a su cuota reservada. La razón es que los bienes donados no forman parte del *relictum*, no son bienes hereditarios y, por consiguiente, los herederos voluntarios no tienen ninguna participación en ellos (no se olvide que la agregación del *donatum* al *relictum* prevista en el artículo 818 es puramente ficticia y se hace en beneficio exclusivo del legitimario). Imputar las donaciones a la cuota reservada equivaldría a incrementar con ellas el caudal hereditario en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios."

Con estos dos párrafos, el autor da por cancelada la más que milenaria institución de las donaciones *en anticipó de la legítima* y por limitada la imputación a ésta de aquéllas sólo a los específicos supuestos de concurrencia de otros herederos forzosos o de ejercicio de la acción de reducción por parte del mismo legitimario donatario. Pero veamos cuál es el peso de sus razones.

Es su premisa mayor, que "los bienes donados no forman parte del *relictum*, no son bienes hereditarios". La menor, que los herederos voluntarios sólo tienen derecho a lo relictio. Y su conclusión, que, "por consiguiente, los herederos voluntarios no tienen ninguna participación en ellos" (en los bienes donados).

El silogismo es correcto. Pero no sabemos qué relación directa tiene con la afirmación que, con él, quiere demostrar. Esta es diversa de la conclusión con la cual la da por demostrada.

La correcta conclusión determina que los donatarios del difunto —conforme, por otra parte, lógicamente dispone el § 3.^o del artículo 655 C. c.— "no podrán pedir la reducción (de las donaciones) ni aprovecharse de ella" (inciso este último —"ni aprovecharse de ella"— que se refiere más propiamente a los acreedores del difunto, a los que dicho párrafo menciona junto a donatarios y legatarios).

Pero no vemos que el silogismo pueda llevar a la conclusión, totalmente diversa, de que la parte de libre disposición *mortis causa*

(277) G. G. VALDECASAS: loc. cit., II, 5, pp. 272.

—proporcional a la suma *relictum* + *donatum*— deba ser tanto menor cuanto más haya donado el causante como anticipo de legítima. La imputación de las donaciones a la legítima del donatario, como la imputación de lo donado a extraños a la parte de libre disposición, no concede derecho alguno sobre las mismas al heredero extraño. Pero unas y otras sirven por adición —*computación*— para formar la masa de cálculo de la legítima y de la parte de libre disposición, y por sus-tracción —*imputación*— para determinar lo que de cada una resta en el caudal relicto. Y esto no está, en modo alguno, contradicho por el silogismo expresado por G. G. Valdecasas.

Sin embargo, insiste en que: "Imputar las donaciones a la cuota reservada equivaldría a incrementar con ellas el caudal hereditario en beneficio exclusivo de los herederos voluntarios." Precisemos, rectificándole, que el caudal hereditario propiamente dicho no se incrementa. Lo que se incrementa —conforme al art. 818— es la masa de cálculo de la legítima, y, en consecuencia, la de la parte de libre disposición, puesto que ambas son cuotas proporcionales del mismo todo. Incrementada la masa de cálculo, cuanto más *donatum* se impute a cada porción de la masa de cálculo, menos restará de la misma en lo *relicto*. Es una simple cuestión aritmética. Y de rigurosa justicia: cuanto más haya dispuesto el causante en vida a favor de extraños, menos porción disponible le ha de quedar *mortis causa*; y cuanto más haya donado a los hijos, anticipando el cumplimiento de sus deberes legitimarios, menos le faltará para cumplirlos totalmente.

Por eso, nada tiene de absurdo, en contra de lo que el mismo autor arguye como razón, que mientras lo donado a extraños perjudica al heredero voluntario, al mermarle la parte de libre disposición, en cambio, lo donado a cualquiera de los legitimarios no sólo no mermá la parte de libre disposición, sino que amplía su masa de cálculo, como toda donación computable la amplía por necesidad matemática. ¿Qué hay de anormal en ello? ¿Qué tiene que ver esta consecuencia con el silogismo ofrecido como fundamento?

¿Dónde está el punto de apoyo de la afirmación de que el legítimo sólo en el supuesto de que ejercite la acción de reducción debe imputar a su legítima lo que el causante le haya donado?

Además, si así fuese, se daría la incongruencia de que si el testador, que donó 30 a su hijo y dejó 60 de caudal relicto, disponiendo *mortis causa* de igual suma de 10 a favor del hijo y de 50 a favor de extraño, daría lugar a resultados completamente distintos *según a qué título dispusiese a favor del extraño*. Porque, conforme dice el mismo Guillermo G. Valdecasas (278): "Tampoco existe una prohibición legal absoluta de disponer por vía de legados en una cantidad superior al valor de la parte de herencia de libre disposición. Aunque excedan de ella, los legados son válidos y eficaces mientras no sean reducidos por inoficiosos. Solamente la disposición de la cuota here-

(278) G. G. VALDECASAS: loc. cit., I, 3, p. 962.

ditoria reservada determina la nulidad radical (total o parcial) de la correspondiente institución de heredero."

Aplicando este criterio al supuesto dado, si el hijo donatario hubiese sido instituido heredero y el extraño beneficiado con un legado de 50, aquél tendría —conforme a la tesis que comentamos— que ejercitar la acción de reducción para complementar su legítima y, en consecuencia, debería imputar a su legítima lo recibido a título de donación; y no, en cambio —según la misma tesis— en el caso propuesto de ser instituido el extraño y atribuirse al legitimario un legado de 10, pues al resultar —siempre según dicha tesis— nula en cuanto 40 la institución, el hijo no necesitaría ejercitar la acción de reducción, por lo cual no debería imputar su donación y sólo debería imputar el legado a su cuota hereditaria reservada.

Esa duplicidad de resultados no puede aceptarse si es analizada seriamente. Si la pretendida norma, que impediría imputar lo donado a la cuota de reserva, fuese imperativa: no podría aceptarse camino alguno que la soslayase, y si no lo es, puesto que se pretende que la imputación debe verificarse en caso de ejercicio de una acción de reducción, provocable al ordenar el testador un legado inoficioso; no se ve por qué razón hay que apartarse en otros casos de la voluntad del testador, valorando conceptos dogmáticos, en contra del principio fundamental de que su voluntad es ley de la sucesión en cuanto no choque con normas imperativas que le señalen un límite.

EN CONCLUSIÓN:

No parece posible distinguir en el régimen del Código civil español: a) una cuota de herencia reservada por la ley al legitimario e indisponible por el testador; y b) una porción legítima o cuota del valor que arroje la acumulación ideal de lo relictio y lo donado, a que el mismo legitimario tiene derecho.

El texto del Código civil no ofrece base alguna para entender que la palabra legítima tenga un significado en los artículos 806 y siguientes y otro distinto en los artículos 818 y siguientes. Pero, además, sus antecedentes históricos, que conforme a la Ley de Bases debieron articularse en dicho cuerpo legal, desmienten las propuestas construcciones de la cuota hereditaria reservada, y de la cuota legítima *pars valoris*, protegidas, respectivamente —según su formulador—, por las acciones de nulidad, total o parcial, la primera, y por la acción de reducción la segunda.

El enlace histórico de cada uno de los preceptos del Código civil, protectores de la legítima, nos muestra cómo ésta no se fundamenta en delaciones forzosas, producidas *ipso iure*, ni se protege con nulidades absolutas *opz legis*, sino en la tradicional articulación de: a) la impugnabilidad por preterición (art. 814); b) la impugnabilidad por desheredación injusta (art. 813, § 1.^o, en relación con el art. 851); c) la acción de complemento o *actio ad supplementum*, en supuesto de atribución insuficiente por cualquier título (art. 815); d) las ac-

ciones de reducción por inoficiosidad de legados y donaciones (artículos 817 y ss. y 656); y c) la nulidad de los gravámenes, condiciones y sustituciones impuestos a la legítima (art. 813, § 2.º).

El análisis de estos preceptos nos demuestra que legítima en el Código civil no es, ni en todo ni en parte, una *pars hereditatis reservata*, ni tampoco, en porción alguna, una mera *pars valoris* que nominalmente quede fijada al fallecer el causante.

Los precedentes del Código civil, de los que son trasunto los artículos antes expresados y, en especial, los artículos 815 y 818, nos configuran la legítima: a) como *pars bonorum*, aunque a veces pueda satisfacerse con la entrega en metálico del valor que esa *pars bonorum* tenga al tiempo de su solución; y b) que puede atribuirse por cualquier título, conforme la génesis y *ratio* del artículo 815 nos prueban. Es decir, que puede ser satisfecha tanto por un llamamiento *ab intestato*, *præter tabulas* o *contra tabulas*, en caso de impugnación por preterición o por desheredación injusta, o por una institución testamentaria de heredero, que, líquidos, cubran dicha *pars bonorum*, como igualmente mediante legados o por donaciones —con tal de que el causante no haya incurrido en preterición—, o bien cumulativamente por los tres medios o por dos cualesquiera de ellos.

III. ¿CABE, EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, DISTINGUIR UNA LEGÍTIMA DE LO "RELICTUM" PARA LAS DISPOSICIONES MORTIS CAUSA, INDEPENDIENTEMENTE DE LA RESULTANTE DE LA SUMA DE "RELICTUM" Y "DONATUM" SÓLO APLICABLE A LA REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS?

Si bien no propiamente para la distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima, sí precisamente para diferenciar: una legítima de lo *relictum*, aplicable a las disposiciones *mortis causa*, y otra de la suma de *relictum* y *donatum*, aplicable al cálculo de la inoficiosidad de donaciones a extraños, bien pudo hallarse en las leyes 25 y 28 de Toro un fundamento que no tiene paralelo en el Derecho italiano.

Bastaría, para comprobarlo, prestar atención a la discusión que sostuvieron en torno a la Ley XXV de Toro los clásicos castellanos del siglo XVI y que tuvo su epílogo en la polémica entre Mañresa y Morell, llenando así más de cuatro siglos de nuestra historia jurídica, y a la que hicimos eco en la tercera parte de nuestros "Apuntes de Derecho sucesorio" (279).

Nos creemos, por ello, obligados a examinar esas razones que, tal vez, podrían fortalecer por lo menos en una parte importante de la tesis que criticamos.

28. Para introducirnos en el examen de esa cuestión, conviene

(279) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, III Parte, § 5, A y B.; § 8.º, A, a y b; § 11, A. Cf. ed. sep., pp. 347 y ss.; 403 y ss. y 464 y ss. y A. D. C. VII-IV, pp. 1033 y ss. y 1085 y ss., y VIII-II, pp. 300 y ss.

que previamente recordemos que, en Derecho Romano, la *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* aparecieron bastante más tarde que la *querela inofficiosa testamenti* (280); y que, en un principio, dieron lugar a que se superpusieran dos medidas legitimarias diversas. Así:

a) A efectos de la *querela inofficiosa testamenti* sólo se sumaban a lo *relictum* las donaciones imputables a la legítima (281); es decir, además de las *mortis causa* (282), las siguientes *inter vivos*: dotes y donaciones *propter nuptias* (283), las *ad emendam militiam* (284) y las expresamente verificadas como anticipo de legítima (285).

b) A los efectos de la *querela inofficiosa donationis vel dotis* se requería un doble cómputo y sólo se daba lugar a su ejercicio si la inoficiosidad se daba en ambos cómputos, referidos, respectivamente, a la fecha de la donación y de la muerte del donante (286); pero todas las donaciones anteriores debían computarse para comprobar la inoficiosidad de las ulteriores (287), así como la del testamento del causante (288), y, entre ellas, debían computarse e imputarse a la legítima del querellante todas las donaciones recibidas por el mismo de cualquier clase que fuesen (289).

Esta duplicidad de remedios dio lugar a que la glosa plantease la cuestión de si cabía al padre donar *inter vivos* todo el montante de que podía disponer sin incidir en la inoficiosidad perseguida por la *querela inofficiosa donationis* y, además, disponer *mortis causa* de lo relicito sin tener que respetar a sus herederos forzosos más que aquella parte que frente a la *querela inofficiosa testamenti* se estimaba como porción legítima, es decir, calculándola tan sólo del montante de lo relicito, según el texto de la ley *Cum queritur* (*Cod.*, III-XXVIII, 6).

Rodrigo Suárez (290) nos explica cómo lo planteó la glosa magna en el vers. 6 *quacero* de la ley 1, *Cod. de inoffi. don.* (III-XXIX): Un padre donó diez onzas e instituyó herederos en las tres restantes a sus hijos gravándoles de legados y fideicomisos que no les gravaban en más de tres cuartos de lo relicito. ¿Disponían los hijos de algún remedio? O, ¿es que podía disponer, el padre, de tres cuartas partes

(280) Según VON MAYER (*Historia del Derecho Romano*, lib. II, sec. II, cap. IV y lib. III, sec. II, cap. IV —trad. de la 8.^a ed. alemana por W. Roces, Barcelona, 1926—, vol. II, pp. 235 y ss. y 328 y ss.) las huellas de la *querela inofficiosa testamenti* se remontan a la época de la República mientras las otras dos querellas fueron introducidas por Alejandro Severo.

(281) Cfr. WINDSCHEID: op. cit., § 581, nota 3, ed. cit., vol. III, p. 253.

(282) Instit. II-XVIII, § 6.^o; Dig. V-II, 8 § 6.^o; Cod. III-XXVIII, 36 pr.

(283) Cod. h. t. 29.

(284) Cod. h. t. 30, § 2.^o.

(285) Dig. h. t. 25, pr. y Cod. h. t. 35, § 2.^o.

(286) Novela 92, cap. I, cfr. WINDSCHEID: op. cit., § 586, ed. y vol. cits., pp. 271 y ss. y nota 7.

(287) Nov. 92, cap. I, versic. 2.^o.

(288) Cod. h. t. 1, 7 y 8 y Dig. XXXI-único, 87, § 3.^o.

(289) Cfr. WINDSCHEID: loc. cit., nota 9, p. 272.

(290) RODRIGO SUÁREZ: op. cit., *Declaratio legis regni*, § últ. *Ad lectur. I post rem iudicatam*, n. 23 a 25 (*Opera Omnia*, ed. cit., pp. 570 y ss.).

a título de donación o de otras tres cuartas partes de lo relicito por acto de última voluntad?

Había argumentos para excluir ambas querellas, y que llevarían a la posibilidad de dos porciones de libre disposición, una *inter vivos* y otra *mortis causa*: “quia querelam inofficiosae donationis non habet cum donatio novem unciarum non fuit inofficiosa: ex quo non excedebat legitimam: quia tres unciae remanserunt filio, quae erant integra: nec etiam habet querelam inofficiosi testamenti. Nam ad hoc, ut casset querela talis, sufficit quod filio relinquatur quarta de bonis, quae reperiuntur tempore mortis *l. cum quacritur, C. de inoff. test. et ind.* § *quarta*, sed cum tempore mortis solum repercibantur tres unciae sufficit quod de illis tribus uncisi habeat quartam: et per consequens residuum potuit legari”.

Pero la glosa magna lo resolvió negativamente, criterio con el cual Rodrigo Suárez muestra su conformidad: “quod debet filius habere omnes tres uncias integras reiecto onere legatorum: et sic non dicitur legitima habita consideratione ad quartam trium unciarum, quae erant: et remanserunt, tempore mortis, sed omnes tres unciae dictuntur tota legitima, et integra pro legitima debentur filio in totum, habito respectu ad bona, quae erant duodecim...”. De este modo la ley *Cum quacritur* debía completarse e integrarse con lo dispuesto en el título *De inofficiosae donationis* del propio *Coder*.

29. La cuestión así resuelta en el Derecho común se mantuvo más dudosa en el Derecho Real de Castilla.

La ley 7, tít XII, lib. III del Fuero Real prohibió a quien tuviera hijos donar más del quinto, y la ley 9, tít. V del mismo libro permitió mejorar a su muerte en el tercio y dejar un quinto “por su alma, o en otra parte do quisiere e no a ellos”. Esto indujo a la creencia de que el padre podía disponer de dos quintos, uno en vida y otro para después de su muerte, basándose en que las dos citadas leyes se hallaban en títulos distintos.

La ley 28 de Toro trató de resolver esta duda de acuerdo con el criterio del Derecho común, y así dispuso que: “La ley del fuero, que permite que el que tuviere fijo o descendiente legítimo pueda hacer donación hasta la quinta parte de sus bienes e no más, e la otra ley del fuero, que assí mesmo permite que pueda mandar teniendo hijos o descendientes legítimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda e platiqie que por virtud de una ley e de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre a ninguno de sus hijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte”.

Palacios Ruyos (291) sostuvo que esta ley sólo prohibía que a un mismo hijo pudiera dársele un quinto en vida y otro a la muerte del padre, pero no que cupiera donar un quinto a un hijo, y legar otro quinto a otro hijo.

(291) JUAN LÓPEZ DE BIVERO O DE PALACIOS RUYOS: *Glossemata ad leges Tauri, Lex. XXVIII, gloss. III* (cir. *Opera Omnia*, ed. Antuerpiæ, 1616, p. 619) y *Lex XXVI, gl. XVII* (ed. cit., p. 609).

Pero la común opinión (292) interpretó la ley 28 de Toro en el sentido de que ésta resolvía negativamente la posibilidad de disponer de dos quintos, además del tercio, a favor de los hijos, o de uno, además del tercio, a favor de los hijos y otro a favor de extraños, o de más de un quinto a favor de extraños, ni aunque fuese acumulando lo dejado en vida y lo dispuesto en testamento.

30. Hemos visto cómo en Derecho castellano se disipó la posibilidad de coexistencia de una cuota de libre disposición *inter vivos* y de otra *mortis causa*, concretándose en una sola para ambos títulos dispositivos. Ahora vamos a examinar, a la inversa, si tampoco hubo más que una sola cuota de legítima con referencia tanto a donaciones como a disposiciones testamentarias apreciadas conjuntamente, o bien si hubo dos cómputos y dos cuotas diversas, aunque complementarias entre sí.

Si la clave del anterior problema fue la ley 28 de Toro, el que ahora tratamos de examinar se centra en la interpretación de la ley 25 de Toro.

Dispuso la ley 25 de Toro que: "El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos e descendientes traieren a colación o partición."

La línea interpretativa de esta ley se bifurcó en dos cuestiones interdependientes: a) ¿Se trataba de una norma imperativa o simplemente interpretativa de la voluntad del testador? b) La expresión "*no se saque*", ¿fue empleada con significado material de *no extraer* o bien en el contable de *no calcular*, es decir, se refirió sólo a la *masa de extracción* o también a la *masa de cálculo* de las mejoras testamentarias ordenadas?

En nuestros repetidos "Apuntes..." tratamos de establecer una clasificación de las distintas opiniones de los comentaristas que trata-

(292) Así opinaron: RODRIGO SÁEZ (loc. cit., nn. 21 a 26, pp. 570 y s.); GREGORIO LÓPEZ (*Glosa a las palabras "en vida" de la ley 8*, tít. IV, Partida 5.^a, n. 48 a dicho título; cfr. ed. Barcelona, 1843, p. 50 del vol. III); TELLO FERNÁNDEZ (*Prima Pars Commentariorum in Constitutionem Taurinas*; lex XXVIII, n. 1, cfr. ed. Granatae, 1566, fol. 221); JUAN GUTIÉRREZ (*Practicarum Quaestionum Civilis*, lib. II, Quaest. LXIX, n. 1; Cfr. *Opera Omnia*, ed. Colloniae Allobrogum, 1730, t. II, p. 158); MELCHOR PERALÁZ DE MIERES (*Tractatus de matiorum et meliorumque Hispaniae*, Prima pars, Quaest. LVII, nn. 26 y 35; cfr. ed. Granatae, 1575, fol. 208 vto. y fol. 210 vto. *in fine* y s.); JUAN MATLENZO (*Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniarum*, tít. VI, lex XII, 28 Tauri, gl. III, n. 1; cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 162); ANDREA ANGULO (op. cit., lex XII, gl. única, nn. 1 y 2; ed. cit., p. 637); ANTONIO AYERBE DE AYORA (*Tractatus de Partitionibus Bonorum...*, Pars II, Quaest. VII, n. 17; cfr. ed. Granada, 1586, fol. 80); ALFONSO DE ACEVEDO (*Commentaria Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, lib. V, tít. VI, lex XI — Tauri 28 —, n. 1; cfr. ed. Lugduni, 1737, t. III, p. 201); JOSEPH FERNÁNDEZ DE RETES (*De donationibus academicis relectio*, cap. VIII, n. 16, en *Nodus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici* de Gerardus Meerman; cfr. ed. Hegae-Comitum, 1753, t. VI, p. 589).

ron de contestarlas, y de ellas, ahora, vamos sólo a ofrecer una breve síntesis:

a) Miguel de Cifuentes (293), Palacios Ruvios (294) y Diego Castillo (295), primeros comentaristas de las leyes de Toro, apoyándose fundamentalmente en que las leyes 19 y 23 de Toro referían el tercio al montante o valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, dedujeron que como corolario la ley 25 determinó que la mejora se debía extraer y calcular exclusivamente de los bienes que el causante tuviese a la hora de la muerte. Años más tarde siguió ese criterio Muñoz de Escobar (296), quien, si bien no añadió nuevos argumentos, excepto el de observar que de computarse dichas donaciones para calcular tercio y quinto, al aumentar éstos, disminuiría la legítima (argumento que sólo sería razonable si la legítima con ello disminuyera a menos de lo que debiese importar), en cambio, atacó muy duramente la opinión opuesta de Tello (297). Después, también defendió este criterio Juan del Castillo Sotomayor (298). Si bien estos dos últimos autores lo exceptuaron en el supuesto de haberse dispuesto la mejora *inter vivos* en forma irrevocable, supuesto en el que admitieron que se sacase, conforme la ley 17, de las dotes y donaciones posteriores.

(293) MIGUEL DE CIFUENTES: "Glosa... sobre las leyes de Toro", lex XXV, números 1, 2 y 3 (cfr. ed. Medina del Campo, 1555, fol. XXV-vto.).

(294) PALACIOS RUVIOS: *Repetitio Rubricae et Capituli "Per vestras". de donationibus inter virum et uxorem, Repetit. capi., § 23 Sed pulchrum est, n. 3* (cfr. ed. Lügdeni, 1538, fol. 154), y *Glossemata...*, lex XXV, gl. 1 (ed. cit., página 598).

(295) DIDACTUS CASTELLUS: *Las leyes de Toro glosadas-Utilis et aurea glossa...*, lex XXVI, n. 1 (cfr. ed. Methymnae Campi, 1553, fol. 118 vto.).

(296) FRANCISCO MUÑOZ DE ESCOBAR: *De ratiociniis administratorum et computationibus variis aliis. Tractatus praequantissimus*, Computatio I, nn. 7 a 13 (cfr. ed. Lügdeni, 1733, pp. 3 y ss.).

(297) Así le dedicó de buen comienzo este párrafo: *In hactamen difficultate, dum noster Tello per aethera et aéra divagatus esset, super penas ventorum volitasset, Icarei pelagi aquas (misere cadens) degustavat, et quedam quasi mera aeyratitudinis somnia typis mandavat, et quod pèjus est, quod dum sive opinionis inconvenientia nota habuisset, pertinaciter illam defendere non dubitavit* (n. 8); y poco después le dije *tamen ejus responsio frivola et sine fundamento est* (n. 8, in fine). Y aún añadió que Tello *ingenui confitetur [de la opinión contraria a la suya]*, *cum ab omnibus advocatis et judicibus usque ad sua tempora fuisse canonizatam, ita ut cum sacre ipse articulum istum in praxi habuisset, numquam pro sua opinione obtinere potuit...* (n. 9). (Sin embargo —como luego veremos— la tesis de TELLO, si bien mitigada con un carácter interpretativo que ya había observado RODRIGO SUÁREZ, se impuso a la rígida de MUÑOZ DE ESCOBAR. Así a ANGULO, en la segunda edición de su obra llegó a iguales resultados prácticos que TELLO. AVEREY DE AVORA la generalizó y en el S. XVIII y la aceptó FEBRERO, con las mitigaciones interpretativas de SUÁREZ, GUTIÉRREZ, MATHEZO y ANGULO, y de ella dice que es la seguida por los *partidores en particiones intelligentes de la Corte*. Y con respecto al ejemplo puesto por TELLO, que en seguida veremos, declaró MUÑOZ DE ESCOBAR que la solución *ut clara et evidenti demonstratione Mathematicus quilibet et si cœcus videri, et manibus contrectare poterit* (n. 9)).

(298) JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: op. cit., lib. IV, cap. XV, nn. 39 y 48 (ed. cit., vol. IV, pp. 126 y 129 y ss.).

A ese criterio pudo replicarse (299) que las leyes 19 y 23 de Toro en realidad no decían, respecto de la mejora de tercio, más que la citada ley *Cum quaeritur* (Cod. III-XXVIII, 6) con respecto la legítima romana, cuando esta disponía que “si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur”, y, sin embargo, en virtud de la doctrina de la inoficiosidad de las donaciones, implicó la acumulación de *donatum* y *relictum*.

Su sentido lo aclaró Juan Gutiérrez (300) al decir que las leyes 19, 23 y 29 “non dicunt tertium et quintum meliorationis intelligendum tantum fore de bonis, quae defunctus reliquit tempore sua mortis, sed quod valor bonorum defuncti ad ex trahendum tertium et quintum attendendus sit tempore mortis testatoris; quod diversum est”.

Palacios Ruyos (301) había explicado su interpretación con un ejemplo: Un padre con tres hijos tenía 100, dotó a una hija con 20, mejoró a un hijo con tercio y quinto, e instituyó a los tres por partes iguales. Su solución fue: De los 100 se desctientan los 20 dudos en dote; de los 80 relictos se deduce quinto y tercio, que suman 32; al resto de 48 se suma los 20 de la dote colacionable, y se divide la suma entre los tres hijos herederos, que tocan a cerca de 21 cada uno.

Pero este cálculo lo objetó Tello Fernández (302) contraponiendo otro ejemplo; que comentó: El padre tiene 130, donó 10 a un hijo, mejoró a otro en tercio y quinto y dejó al morir 120. Si tercio y quinto se deducen sólo de 120, resultarán 56, con lo cual, sumada la dote, se gravará a los legitimarios en más de tercio y quinto de 130: $(24 + 32 + 10 = 66)$. Y si los 10 donados se descontase de los 56 de mejora, recibiendo 46 el mejorado de tercio y quinto, o se sumasen a la legítima los 10 de dote, resultaría que ni 46 es igual al tercio y quinto de los 120 relictos, ni 56 es igual al tercio y quinto de los 130 de la suma de *relictum* y *donatum*.

b) Antonio Gómez (303) y el jesuita Luis de Molina (304) distinguieron según el tercio y quinto en cuestión tuvieran que ser módulo de disposiciones *mortis causa* o de disposiciones *inter vivos*; calculándolos en el primer supuesto, sólo de caudal relicto, y en el segundo, de la acumulación de *relictum* y *donatum*.

En contra de esta distinción, objetó Ayerve de Ayora (305): “que no ha de ser de peor condición el padre que dio en su vida a sus hijos sus legítimas, que el que no las dió hasta la muerte *maxime* que en las

(299) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, loc. cit., n. 26 (p. 571).

(300) JUAN GUTIÉRREZ; op. y lib. cits., Quaest LXII, n. 1 *in fine* (p. 148).

(301) PALACIOS RUYOS; *Glossemata...*, lex XXV, gg. XIV y XV (p. 600).

(302) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., lex XXV, n. 4 (fol. 197 vto.).

(303) ANTONIO GÓMEZ; *Opus praeclarum et utilissimum super Legibus Tauri*, lex XXV, n. 1, y lex XXIX, n. 35 (cfr. ed. Salmanticae 1575; fol. 92 y fol. 104).

(304) LUIS DE MOLINA, S. I.; op. cit., tract. II, Disput. CCXXXVI (cfr. ed. Conchae 1953, col. 1463 C).

(305) AYERVE DE AYORA, op. cit., pars. II, Quaest. III, p. 4 y 5 (ed. cit., f. 1. 76 vto y ss.).

dotes y donaciones propter nuptias se suele decir y poner en la scriptura que lo da para en cuenta de su legítima del hijo y aunque no se diga el derecho lo dice y dispone porque es donación ob causa hecha para este efecto...”, “... porque teniendo los otros hijos recibidas sus legítimas, enteramente de todos los bienes que su padre tenía y tuvo hasta el día de su muerte no pueden querellarse de inoficioso testamento... aunque el padre diese todos los bienes que le quedaron por vía de mejora a uno de sus hijos pues lo pudo hacer *legitamente*... “porque por la misma razón, que atiendo el padre en vida dade a un estranjo el quinto de sus bienes no puede después en la muerte disponer de otro quinto entre estranjos en perjuicio de sus hijos: *ut in l. 28 de Toro, l. 12, tit. 6 li. 5 reco.* por esa misma razón a contrario sensu atiendo dado el padre a sus hijos, en su vida en dote, y donación *propter nuptias*, lo que les pertenecía, y atien de atier de sus bienes en su legítima no era obligado en muerte a darles otra legítima si no tiene más bienes adquiridos al tiempo de la muerte...”

c) La tesis de que en la ley 25 de Toro el verbo “*sacar*” no debe entenderse por *deducir o calcular*, sino solamente por *detractar* y *extraer* efectiva y realmente, fue especialmente defendida por los citados Tello Fernández (306) y Ayerbe de Ayora (307), y por Alfonso de Acevedo (308). Para los tres, la *ratio* de dicha ley fue que la dote y las donaciones *propter nuptias* se imputaban a la legítima, por lo cual de ellas no se extraían las mejoras de tercio y quinto; pero, en cambio, se tenían verbalmente en cuenta para *calcularlas* (309).

Tello, aplicando este criterio a su ejemplo, que antes hemos referido, propuso la siguiente solución: de la suma de los 120 relictos y de los 10 donados, es decir, del total de 130, se debe calcular tercio y quinto, en conjunto 60 (*y pico*), de los que se han de restar los 10 de la donación, quedando 50 (*y pico*) para el mejorado (310).

Ayerbe de Ayora también puso su ejemplo: “Si un padre tuviesse

(306) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., nn. 1, 2 y 3 (fol. 195 y ss., ed., cit.).

(307) AYERBE DE AYORA: op., Pars et Quaest, cits., nn. 5 y 6, fol. 76 vto. y ss. y Pars IV, tercer exempl. partitionum (ed. cit., fol. 188).

(308) ALFONSO DE ACEVEDO, op. lib. y tit. cits., lex IX (25 Tauri), n. 8 (ed. y vol. cits., pág. 183).

(309) Entre TELLO FERNÁNDEZ, de una parte, y ALFONSO DE ACEVEDO, de otra, existió no obstante un punto de discrepancia, relativo al supuesto de que las dotes y donaciones *propter nuptias* excediesen de la legítima. Según TELLO, *icx nostra tantum loquitur quantum donati imputatur in legitimam, et est equalis legitimae vel minor in excessu vero non loquitur*. Ese supuesto, a su juicio, se halla fuera de su *ratio*; en ese exceso, conforme a la Ley 29, habría una mejora y, por ello, se trataría de una colisión de mejoras a la que debería aplicarse la doctrina general de que una donación irrevocable no puede ser disminuida por otra posterior. En cambio, Acevedo opinó *quod dotes ac donationes propter nuptias... nullo modo essent tertienda neque quintanda sive antea praecesserit melioratio tertii et quinti sive sequuntur* (lex cit. n. 2, p. 183, ed. y vol., cits.).

(310) TELLO, loc. cit., n. 4 (fol. 198).

mil quinientos ducados de hacienda y cuatro hijos a los cuales ouiesse dado en dote y donacion *propter nuptias* para en cuenta de sus legítimas a cada uno doscientos ducados que es su legítima enteramente que monta a ochocientos ducados y solamente ouiesse retenido para si el quinto para disponer por su anima y entre extraños y el tercio entre sus hijos que son los setecientos ducados que hazen el tercio y quinto de todo. Si este padre mejorasse agora a un hijo en el tercio y remanente de el quinto de todos sus bienes, o en una heredad que reservuo para si, que montava el tercio y quinto de todos sus bienes, en tal caso no podria el padre mejorar al hijo que quisiese en todo el tercio y quinto de sus bienes sino solamente de lo que posseya quando murió que es el tercio y quinto que aua reservado para disponer en su muerte del quinto libremente y del tercio entre sus hijos *quod esset absurdum et contra mentem legis*, pues este padre ha dexado ya enteramente sus legítimas a sus hijos en los ochocientos ducados que les dió en su vida y no tiene agora más patrimonio quando viene a morir de que darles mayor legítima y querrian segtin esso llevar los hijos dos legítimas una la que se les dió en su vida del padre de todos los bienes que tenia, y otra de los bienes que reservuo para si, y dexo quando murió que eran solamente el tercio y quinto de sus bienes, *quod esset iniquum et iniustum et contra leges, quae permitunt parentibus libere disponere de bonis suis, et dividere inter filios in vita vel in morte dum non minus legitima sua cis relinquant...* y asi se concluye que si el padre y madre de este hijo mejorado en el tercio y quinto de sus bienes le mejoraron en el tercio y quinto de sus bienes, y de todo aquello que le podía mejorar conforme a derecho que estas dos partidas que el padre dió a sus dos hijos... se han de juntar con su capital de el padre y hazerse cuerpo de bienes y de todo ello se ha de sacar el tercio y quinto de la mejora..." (311).

No obstante, Ayerbe de Ayora abre la posibilidad del criterio interpretativo de que en seguida vamos a ocuparnos. Fijémonos en que hace notar *condicionalmente* que: si el padre o madre "le mejorasen en el tercio y quinto de sus bienes, y de todo aquello que le podía mejorar conforme a derecho...". Pero, atin más claramente, se observa en otro lugar (312) en el que distingue "*O el padre en su testamento o scriptura de mejora dixo que mejoraria a su hijo en el tercio y quinto de sus bienes que tenia y posseya de presente, o de sus bienes absolute, o indefinitamente, y en tal caso esta mejora no se estendera a mas de los bienes que de presente tiene o touiere el tiempo de su muerte non ex defectu potestatis sed voluntatis porque el mismo se limito y no dixo mas en la mejora que hizo*" ... "pero si el padre dixesse que mejora al hijo en el tercio y quinto de sus bienes que de presente tiene, y en todo aquello que pueda mejoralle de derecho, por quanto el tiene dadas a sus hijos sus legítimas en vida, y

(311) AYERBE DE AYORA: op. cit., parr. IV, 3^{er}. exemplum partitionum (ed. cit., fol. 188 vto.).

(312) AYERBE DE AYORA, op. cit., parr. II, Quaest III, n. 4, vers in quo *puto sic distinguendum esse* (ed. cit., fol. 76 vto.).

todo aquello que anian de auer de sus bienes... en tal caso sine dubio crederem que pudo el padre mejoralle en todo el tercio y quinto de todos los bienes, ansi de los que presente tiene, como de los que tenía al tiempo que dio las dotes y donaciones propter nuptias a los otros sus hijos..."

a) Entre los autores que situaron la disposición de la ley 25 de Toro, en su aspecto de ordenación contable, en el terreno de la *presunta voluntad del causante y no en el de la limitación de su potestad*, deben ser citados Rodrigo Suárez (313), Juan Matienzo (314), Juan Gutiérrez (315), Andrés Angulo (316) y Ludovico Velázquez de Avendaño (317). Estos autores, como los del primer grupo referido, admitieron que la afirmación “*no se saquen*” tenía en la ley 25 un significado relativo al cálculo del montante de las mejoras; pero, en cambio, estimaron que *no era un precepto imperativo, sino interpretativo de la voluntad del causante*.

Así existirían dos masas de cálculo de las mejoras. Una de cálculo posible según la ley, equivalente a quinto y tercio de la suma *relictum + donatum*. Otra de cálculo presunto, para caso de *no referirse el testador a otra mayor posible*. A esa segunda masa de cálculo, y no sólo a la de extracción, se refería la ley 25 de Toro, según los defensores de esta última tesis.

Rodrigo Suárez lo expresó concisamente: “*Praesumendum est ergo cum dixit, melioro in tertia parte bonorum in eorum, non se retulisse, nisi ad bona, quae erant in suo patrimonio tempore mortis et sic affuit potestus facendi, et etiam voluntas quae coniecturatur ex dictis verbis igitur*”..., “*nisi expresse per testatorem fruisset dictum, quod dictam tertiam meliorationis posset deducere de toto acervo: tam de bonis quae ipse dimittit tempore mortis, qui etiam dotibus ex omnibus aliis, quae ipse dederat filiis suis...*”

Aquella presunción cesaba, según Matienzo, si la mejora era anterior a la dote o donación *propter nuptias*: “*Melioratio tertii et quinti prius facta extrahitur ex dote, vel donatione, quae confertur, quae meliorationem sequitur.*”

Y, con más razón aún, si la voluntad expresa del causante era otra: “*Limita tamen regulam nostrae lege —dijo Velázquez de Avendaño— quando pater expresse constituit quod melioratio dederetur ex acervo totius hereditatis vel ex omnibus praeteritis seu futuris bonis.*”

(313) RODRIGO SUÁREZ: op. cit., *Declaratio legis Regni*, § 6, *quæritur*, números 1 y 2 (ed. cit., pp. 548 y ss.)

(314) JUAN MATIENZO: op. cit., lex IX (Tauri 25), gl. I, n. 4 (fol. 156 ed. cit.) y gl. III, n. (fol. 156).

(315) JUAN GUTIÉRREZ: op. cit., lib. II, Quaest. LXII (ed. cit., p. 139).

(316) ANDRÉA ANGULO: op. cit., lex IX, gl. I y II (ed. cit., pp. 474 y ss.).

(317) LUDOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Regibus Hispaniarum felices recordationes utilissima glossa*, ad 1 XXV, n. 5 (cfr. ed Colloniae Allobrogum 1734, p. 55).

Angulo planteó lúcidamente: *En el terreno del Derecho necesario, para calcular las legítimas debe sumarse al caudal relicto el importe de las donaciones simples y causales, incluso si el donatario se abstuviera de la herencia. En cambio, no es de derecho necesario que se haga la acumulación de dichas donaciones "ob causam" para calcular tercio y quinto* (318). Pero tampoco lo es que no se acumulen las dotes y donaciones causales o simples para el cálculo de tercio y quinto, puesto que con tal acumulación no se lesiona la legítima (319): "Quod autem non laedantur ex accumulatione donatum simplicium patet ad oculum" ... (320). "Quod autem nec legitimae laedantur ex accumulatione dotum aut donationum ob causam, vel pro legitima, patet similiter" (321).

Como regla presuntiva la ley 25 de Toro es explicó, fundamentalmente, por estimarse que no era presumible que el padre al testar se refiriese a los bienes que ya habían salido de su patrimonio, por lo cual se creyó más razonable entender que la mejora dispuesta como cuota de bienes iba referida por el disponente a los bienes que le pertenecían, pero no a los que ya no eran suyos. Lo que también resultaba analógicamente —refiriéndola a la mejora ordenada en tiempo de presente— de la ley *Si ita* del tít. *De auro et argen. lega.* del Digesto (XXXIV-II, 7 [8]) (322).

Sin embargo —según concluyó Angulo—, las mejoras de tercio y

(318) ANGULO: lex, cit, gloss. II, nn. 8, 18 y 30 (pp. 482 y s. 491 y ss. y 499).

(319) ANGULO, gloss. ult. cit., nn. 9 y 15 (pp. 485 y s. y 489 y s.).

(320) *Cum donatio simplex prior sit integraliter ex dicto tertio et quinto sic extracto solvenda iuxta 1. seq. [26 Tauri]. Et sic nec ipsa minutitur iusta hunc text. nec melioratio nocet legitimas*, prosigue ANGULO, quien en el número 20 (pág. 494), propone el siguiente ejemplo.

Un padre tiene un caudal de 400, del que 186 es tercio y quinto y 214 la legítima. Hace una donación simple e irrevocable de 50 y posteriormente mejora a otro hijo en tercio y quinto. Acumulada aquella idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos siguen valiendo 186, de los que deben deducirse los 50 donados. Y si para el cálculo de dichas cuotas no se acumulan verbalmente los 50, tercio y quinto valdrán 162 y restarán 188 para las legítimas, pero al no bastar esa cantidad para satisfacer a los legitimarios se deberá añadir 26, que faltan, reduciéndose en ellos la mejora. De este modo las legítimas quedarán completadas igualmente en los 214 (= 188 + 26) y la donación simple más la mejora reducida en 26, darán 50 + (162 - 26) = 186, tercio y quinto íntegros.

Supongamos que la donación anterior a la mejora es de 100.

Acumulándola idealmente para cálculo de tercio y quinto, estos valdrán 186, de los cuales se deducen los 100 de la donación. Si no quiere acumularse idealmente para calcular dichas cuotas, tercio y quinto resultarán 140 y quedarán para las legítimas 100. Pero como la legítima íntegra es de 214, habrá que redistribuir la mejora en los 54 que faltan a la legítima, de modo que resultará que tercio y quinto también se llenarán totalmente con la donación y la mejora reducida: 100 + (140 - 54) = 186.

Es decir, que por cualquiera de los dos procedimientos, correctamente aplicados, el resultado obtenido será el mismo.

(321) N. 19 (pp. 493 y s.)

(322) RODRIGO SUÁREZ, loc. ult. cit., n. 1 (p. 548) y ANGULO, gloss. ult. cit., n. 1, vers. *Itaque* y n. 14 (pp. 486 y 488 y s.) y también n. 30 (p. 489).

quinto no sólo poían, sino que también debían calcularse acumulando dotes y donaciones *ob causam* en los supuestos siguientes:

a) Para el cálculo de las irrevocables anteriores a las dotes y donaciones causales (323).

b) Para comprobar la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones de cantidad o de cosa cierta, que no tenían otro límite que el tercio y quinto del total de *relictum + donatum*, deduciendo primero las dotes y donaciones precedentes (324).

c) Para fijar el montante de aquellas que el testador ordenó que fuesen calculadas acumulando, a lo *relictum*, las dotes y donaciones anteriores a la mejora, aunque naturalmente tuvieran la limitación de no poder perjudicarlas (325).

31. El panorama que en el período precursor al Código civil presentaba la doctrina al interpretar la ley 25 de Toro era el siguiente:

a) Josef Febrero (326) parecía seguir, en líneas generales, la tesis interpretativa, si bien desarrolló la cuestión de un modo casuístico, lo que aconseja seguirle paso a paso, en sus cuestiones y conclusiones. Así, vemos que distingüa:

1.) Tratándose de dotes, donaciones *propter nuptias, por causa de matrimonio* o a cuenta de la legítima, estimó aplicable la ley 25 en el sentido de que las mejoras de tercio y quinto posteriores no se debían sacar de ellas, en el doble significado de que no podían disminuirlas y de que ni siquiera podían ser incluidas contablemente para cómputo ni para percibir "el mejorado más, sin tocarle, por aplicársele en parte de mejora el importe de bienes que no eran del mejorante, y ser con este motivo más cuantiosa sin deber serlo". La razón básica esgrimida fue la interpretativa "de que jamás se juzga que ninguno quiere disponer, ni dispone de los agenos, sino de los propios: y no siendo del mejorante los que tenía entregados, no es visto disponer de ellos".

Pero tal regla, la limitó en tres casos:

I) Si la mejora fue hecha (n. 142) de modo irrevocable con anterioridad a la dote de donación causal, "pues entonces se deducirá, y exigirá efectivamente la mejora de la donación, no pactándose lo contrario (como se puede) al tiempo de constituir la mejora", "porque el ascendiente tiene potestad legal de mejorar irrevocablemente entre vivos a alguno o algunos de sus legítimos descendientes en el tercio y quinto de sus bienes y, de lo contrario, se vulneraría la irre-

(323) ANGULO, gl. ult. cit., n. 31 (p. 499).

(324) N. 32 y n. 34 (pp. 499 y ss.).

(325) N. 33 (p. 500).

(326) JOSEF FERRERO, op. cit., Parte II, lib. II, cap. III, § IV, nn. 142 y ss. (ed. cit. II-II, pp. 272 y ss.) Las citas correspondientes a las ulteriores versiones de la obra de FERRERO, revisadas respectivamente por JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, por EUGENIO DE TAPIA y por GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE y CARAVANTES, pueden verse en nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, III parte, notas 467 y ss. (cfr. ed. sep., pp. 405 y ss. y A. D. C. VII-IV, pp. 1091 y ss.).

vocabilidad de los mejoras que conforme la ley 17 puedan y deban serlo" (n. 145).

II) Si la dote fue inoñiosa, supuesto en el cual el exceso vuelve al donante (n. 146).

III) Para el supuesto de que el padre, "teniendo, v. g., quattro hijos, entregue a cada uno por vía de dote, o donación *propter nuptias* su legítima corta en el concepto y con expresión de tal, quedándose solamente el tercio y quinto de los bienes que a la sazón posee, y después mejora al uno de ellos, y no dexa... más bienes que los con que se quedó" (n. 167); en el cual distingue: si el padre al tiempo de su tradición expresó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo a Derecho, y que los hijos habían de colacionar sus legítimas, y acumularse a efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se acumularán, y sacará de ellas el tercio y quinto, porque con este fin se les dio, y en este concepto las recibieron. Mas si faltó la expresión referida, no, porque ya no son suyas, y el padre no puede mejorar en bienes agenos, pues lo prohíbe la ley 25" (n. 168).

2.") De tratarse de una donación simple, se sumó a la opinión antes expresada, de Tello, Ayora y Acevedo, introduciéndose en la cuestión con el mismo ejemplo que vimos planteado por el primero de estos tres autores.

Un padre que tenía tres o cuatro hijos, hizo donación simple inter vivos de diez mil reales a uno de sus hijos, o de un fundo o cosa que los valía; después, en última voluntad, mejoró a otro en el tercio y quinto, y dejó un caudal reliquo de ciento veinte mil reales (n. 148).

Y señaló que se habían propuesto cuatro criterios distintos para solucionar el problema:

I) Deducir la mejora expresa solamente de los bienes relictos, "y entonces el mejorado en testamento conseguirá como tal 56 mil reales de los 120 mil inventariados; pero de esta suerte se defraudan las legítimas en los 10 mil entregados en vida al donatario, en los cuales se entiende mejorado" (n. 149).

II) Deducir de lo donado un tercio y un quinto, y del importe de los bienes relictos otro tercio y quinto, lo que arrojaría el siguiente resultado: mejoras, $4.666 \frac{2}{3} + 56.000 = 60.666 \frac{2}{3}$; y legítimas, $5.334 \frac{1}{3} + 61.000 = 66.334 \frac{1}{3}$. Pero observó que de ese modo, si bien "en nada perjudica las legítimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento", en cambio se "perjudica al donatario" porque de lo que ya es suyo como mejora se le quita para la legítima más de la mitad... "sin estar obligado a restituirlas, por no resultar inoñiosidad" (n. 150).

III) Unir y acumular verbal y numéricamente los 10 mil reales entregados en vida a los 120 mil inventariados, con lo que sumará 130 mil, y calcular de éstos el total de la mejora $60.666 \frac{2}{3}$, deduciéndo de esta suma los 10.000 de la donación, con lo que quedan: $56.666 \frac{2}{3}$ al mejorado en testamento (n. 151).

IV) Sacar la mejora solamente de los 120 mil relictos, con lo que importaría 56.000, y restar de éstos los 10.000 donados, con lo que quedarían para el mejorado en testamento 46.000 reales, "y por consiguiente, aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legítimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo a su favor de todos sus bienes en vida, y muerte, como pudo, porque le faltan 4.666 reales y un tercio de dos, para completarla" (n. 152).

Febrero, después de haber indicado que el tercer sistema "lo observan los Contadores de esta Corte, inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe ni se perjudican ni disminuye las legítimas, ni mejora tácita ni expresa" (n. 151 *in fine*), dedicó varios números (n. 153 y ss.) a examinar los textos de las leyes 19, 23, 25 y 26 de Toro, para decidirse por uno de aquellos criterios, concluyendo que cuando estuviera clara la voluntad del testador en ese sentido se debía acumular la donación para calcular la mejora (n. 164).

3.^{a)} En cuanto al cómputo del quinto dejado en acto de última voluntad, tanto si el testador lo atribuyó como mejora o legado a un hijo o descendiente o a un extraño, opinó que sólo debía ser calculado de lo relickto, excepto que al tiempo de dar la dote, o hacer la donación, exprese y conste en ellas que las han de colacionar, y computar, para de todo el cálculo sacar el quinto, y disponer de él a su arbitrio, pues en ese caso habrá lugar a la computación y deducción de su propio importe" (n. 170).

b) Sancho Llamas y Molina (327) entendió que, en la ley 25 de Toro, el verbo *sacar* no se usaba en el sentido contable de *calcular*, sino en el sentido material de *extraer, tomar, quitar*, y que la finalidad de dicha ley se concretaba a aplicar la doctrina de que las donaciones anteriores no podían ser revocadas o disminuidas por otras posteriores. Su criterio acerca del sentido del verbo *sacar* le hizo, pues, coincidir con la interpretación de Tello Fernández, aunque sus razones difiriesen, puesto que Tello había opinado que el principio de que la donación anterior no puede ser revocada por otra posterior se hallaba fuera de la órbita de la ley 25, y que ésta iba dirigida específicamente a proteger las dotes y donaciones *propter nuptias*.

Por tanto, para Sancho Llamas la expresión *no se saque* carecía de todo valor contable, pues en ese aspecto las mejoras de tercio y quinto siempre debían calcularse de la suma *relictum + donatum*, sin perjuicio de que a los cocientes resultantes se les restara el importe de las donaciones anteriores, e incluso el exceso que sobre las legítimas arrojasen las dotes salvando la Pragmática de Madrid de 1543-- y las donaciones *propter nuptias*.

(327) SANCHO LLAMAS Y MOLINA: *Comentarios a las Leyes de Toro*, Ley XXV, nn. 6 y ss. (cfr., ed. cit., vol. I, pp. 444 y ss.)

c) No hemos conseguido tener plena seguridad de cuál fue la opinión de Martí de Eixalá (328), Benito Gutiérrez (329), La Serna y Montalbán (330) y González Serrano (331), aun después de releer cuidadosamente sus opiniones. Daban estos autores un concepto amplio de la colación. Afirman que las donaciones *ob causam* se colacionaban a las legítimas y que las donaciones simples se colacionaban a quinto y tercio. ¿Debián, pues, a su juicio, sumarse a la legítima las donaciones causales, y a tercio y quinto sumarse las donaciones simples, con la limitación de que esta segunda suma no podía exceder del tercio y quinto de la suma de *relictum* y *donatum*? De ese modo, las mejoras testamentarias, por ser *mortis causa*, únicamente se podrían deducir de lo relictio; pero, a ellas, podrían sumarse las mejoras irrevocables y las específicas, con tal de que su suma no excediera del quinto y tercio de la suma *relictum* + *donatum*. Sólo habría lugar a la reducción en caso de exceder de este tope, y primariamente afectaría a las mejoras testamentarias.

Según La Serna y Montalbán: "La donación simple se imputa, primero en el tercio, después en el quinto, y últimamente en la legítima, porque se considera acto de mera liberalidad. La donación por causa, primero en la legítima; si aún excediera a ésta, en el tercio, y finalmente en el quinto, porque se cree que el objeto del mejorante fue, ante todo, dar al mejorado su legítima anticipada". Pero, seguidamente, añade una frase que nos hace dudar si su tesis fue igual a la que —como en seguida veremos— sostuvo Sala: "El exceso de estas cuotas se devuelve al cuerpo de la herencia para dividirlo con igualdad entre todos los hijos."

d) Alvarez Posadilla (332), Sala (333) y Del Viso (334) continuaron la posición rígida de Palacios Ruvios, Muñoz de Escobar y Castillo Sotomayor, afirmativa de que la ley 25 de Toro disponía, con carácter imperativo, que las mejoras sólo podían deducirse y calcularse del

(328) Notas a *Las Siete Partidas...*, ed. y vol. cts., Apéndice sobre las legítimas y mejoras, n. 17, p. 574.

(329) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales del Derecho Civil Español*, lib. III, cap. V, sec. II, § II (ed. Madrid, 1863), tomo III, pp. 527 y ss.).

(330) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, lib. III, tít. 1, sec. V, nn. 129 y 130 (cfr. 13.^a ed. Madrid, 1881, t. II, pp. 86 y ss.).

(331) JOSÉ GONZÁLEZ SERRANO, en su continuación a la obra de PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, ley XXV, nn. 2, 9, 14 y 16 (cfr. ed. Madrid, 1876, t. II, pp. 12 y ss.).

(332) JUAN ALVAREZ POSADILLA: *Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, ley XXV (cfr. ed. Madrid, 1796, p. 158).

(333) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho Real de España*, lib. II, tít. VI, n. 8, ejemplos II y III (cfr., 2.^a ed. Madrid, 1820, tomo II, pp. 182 y ss.).

(334) SALVADOR DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, parte segunda, lección XII, § VIII (cfr. ed. Valencia, 1868, t. II, pp. 435 y ss.).

caudal relicto, que su fin fue disipar toda duda en la interpretación de las leyes 19 y 23.

Sala, en su ejemplo III, planteó: Un padre hizo donación simple de 1.000 a uno de sus tres hijos, Pedro; donación causal de 300 a otro, Juan; y al fallecer dejó un caudal relicto de 1.500. Y propuso la siguiente solución:

"Y en atención a que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que según hemos visto importaba 1.500, será el tercio y quinto el mismo que en los anteriores ejemplos (es decir, el quinto sacado de 1.500 será 300, y el tercio de los restantes 1.200 será 400, y, por lo tanto, en juntó tercio y quinto importarán 700). Se ejecutará, pues, la división de la manera siguiente: De los 1.500, patrimonio del difunto, tocan a Pedro 700 por su quinto y tercio; y a los 800 restantes se acumularán 1.300, importe de las mejoras; y saldrá el cúmulo de 2.100, y dividido éste por partes iguales, importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Según esto, de los 1.500, importe del patrimonio del padre se darán 400 a Pedro, que juntó a los 1.000 que tenía por su donación forman su total haber de 1.400, esto es, 700 por mejora y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos a los 300 que tiene por su donación, le forman la legítima de 700 que le corresponde. Ya Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto que son su legítima."

e) García Goyena (335) fue decidido y decisivo defender de acumular idealmente todas las donaciones para calcular, de su suma con el caudal relicto, el importe de la legítima, de la mejora y de la parte de libre disposición.

Para defender su tesis, comenzó por mostrar gráficamente con algunos ejemplos lo absurdo de las contrarias. Así:

"Puede también dar ocasión la ley (25 de Toro) a dudas e inconvenencias. La donación simple envuelve mejora: primero del tercio, luego del quinto; supongamos que un padre rico donó a uno de sus tres hijos 20.000 y muriere luego sin dejar bienes y sí deudas; ¿será por eso ilusoria la mejora y se repartirán los 20.000 con absoluta igualdad entre los tres? Si deja 30 duros, consistirán las dos mejoras en sólo 14, seis el quinto y ocho el tercio? Donó a uno 4.000 por mejora expresa del tercio; dejó al morir 15.000 y mejoró a otro en el quinto. ¿Habrá de sacarse éste solamente de los 15.000? Si se resuelve que sí por los términos de la ley, resultará que el padre no ha dispuesto ni podido disponer en vida y muerte del quinto de todos sus bienes."

Respecto al cómputo del quinto, añadió otro ejemplo:

"Dona el padre 5.000 a un extraño o expresando que es a cuenta de su quinto disponible; luego otros 5.000 a un hijo simplemente o expresando que es mejora en el tercio, y deja al morir 15.000. El es-

(335) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, vol. cit., apéndice n. 8, a las "Mejoras", pp. 341 a 346.

traño, donatario anterior reclamará con justicia que los 10.000 donados se agreguen a los 15.000 y así resultará que el quinto importa sus 5.000; de otro modo se le perjudica en un derecho adquirido con anterioridad, y resultará que el donador puede hacer ilusoria en todo o en parte su liberalidad. ¿Y cómo se deducirá la mejora del tercio? Sin duda, de sólo 15.000 existentes a la muerte del padre. ¿Y, cómo imaginarse una contradicción más chocante con la sencilla y recta razón, ni una aberración más completa de la jurisprudencia universal? Igual pregunta con iguales dificultades puede hacerse si el testador dispone del quinto en dicho caso a favor de su alma; y podrían ponerse otros casos no menos perplejos y espuestos a estrañas, por no decir absurdas consecuencias."

Por todo ello —según explica—, la Sección que redactaba el Proyecto de 1851, bajo su presidencia, aprobó en 30 de octubre de 1848 la solución propuesta por él, consistente, según propia explicación, "en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esa agregación decidirá de la legítima de los hijos, y por consiguiente de las mejoras".

En consecuencia, el artículo 648 de dicho Proyecto, en su § 2.^o, determinó que, para fijar la legítima, "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían todas las donaciones del mismo testador...".

Y el artículo 652 del mismo Proyecto de 1851, que encabezaba la sección de mejoras, decía: "Los padres y ascendientes pueden disponer en vida o en muerte, en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legítima rigurosa de sus hijos y descendientes...". Con lo cual invirtió los términos de la vieja regla que proclamaba que toda la herencia era legítima, excepto quinto y tercio. La sustracción al todo ya no era de quinto y tercio, sino de la legítima, para determinar inversamente, no ya la legítima, sino quinto y tercio. Según el expresado criterio de García Goyena, hecho de este o de aquél modo resultaba lo mismo, pero se disipaban las dudas —que calificó de absurdas— que anteriormente se habían suscitado. Por eso (336), al glosar el artículo 652, dice que: "Este artículo es de jurisprudencia universal, y no necesita motivarse, ni admite comentarios: todo lo que no sea legítima rigurosa es de libre disposición."

32. La redacción del § 2.^o del artículo 648 del Proyecto de 1851 fue literalmente recogida en el § 2 del artículo 803 del Proyecto de 1882; pero, en cambio, el Código civil, en su artículo 818, interpola la palabra "colacionables" en el inciso "Todas las donaciones del testador", detrás de la palabra "donaciones". En esa palabra colacionables radica la clave de una serie de cuestiones, de las que nos ocupamos hace ya años (337).

(336) GARCÍA GOYENA: op. y vol. cits., glosa al art. 652, p. 100.

(337) *Apuntes...* cits., III parte, § 11, A), cir. ed. sep. pp. 464 y ss. y A. D. C. VIII-II, pp. 300 y ss.

“¿Es una misma regla la que debe aplicarse para calcular la legítima estricta, la parte disponible como mejora y la cuota de libre disposición? Es decir, ¿son tres partes alícuotas de un mismo todo?: o bien ¿la acumulación de lo donado al líquido relicto puede desequilibrar esa proporcionalidad?”

“Para calcular la legítima, ¿deben agregarse contablemente todas, sin excepción, o sólo determinadas donaciones? ¿Repercute esa reunión ficticia en el cálculo de las porciones disponibles?”

Es sabido —y de ello también nos hablamos ocupado (338)— que los términos “collatio”, “conferre”, “colación”, “rapport”, tienen un doble significado. Uno gramatical, vulgar, lato, y otro rígorosamente técnico, jurídicamente estricto. ¿En cuál de estos sentidos es empleado el término “colacionables” en el artículo 818 del Código civil?

a) Según Manresa (339), “no hay disposición legal donde da significado diferente a la palabra colacionable en el artículo 818 y en el 1.035”. “No existe ni directamente se establece tal distinción en ningún artículo del Código.”

b) Sánchez Román (340) entendió que la colación tiene un doble significado, uno estricto, al que, a su juicio, se refieren tanto el artículo 1.035 como el 818 C. c., y otro menos propio, aplicado al cómputo previo al ejercicio de la reducción de las liberalidades no colacionables en sentido estricto. En su sentido estricto, la colación —dice en otro lugar (341)—: “en el concepto legal que el Código civil atribuye a esta palabra y la aplica, no es otra cosa que la *impugnación* a los herederos forzados en parte del pago de su legítima corta y también de la larga o mejora, ..., de lo recibido por título lucrativo y gratuito por cualquiera de dichos herederos forzados que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquéllos, y la evocación y reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultare de aquellas donaciones hechas en vida por el mismo, para que, incluyéndose en el activo de la herencia, se dividan entre los partícipes y no se perjudique la legítima de los herederos forzados que no recibieron nada por dote, donación o título lucrativo de dicho causante común en vida de éste”.

c) Otro grupo de autores —Falcón (342), Pérez Ardá (343).

(338) *Apuntes...*, III parte, § 6, A (*ed. sep.* pp. 366 y ss. y A. D. C. VII-IV, pp. 1052 y ss.); § 8, A (*ed. sep.* pp. 398 y ss. y A. D. C. VII-IV, pp. 1084 y ss.) y § 10, A (*ed. sep.* pp. 434 y ss. y A. D. C. VIII-II, pp. 270 y ss.).

(339) JOSÉ MARÍA DE MANRESA Y NAVARRO: *Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar las legítimas*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 99 (2 semestre 1901), pp. 343 a 345.

(340) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI-II, capítulo XV, nn. 113, pp. 952 y ss.

(341) SÁNCHEZ ROMÁN: op. cit., tít. VI-III, cap. XXVIII, n. 57 (*ed. Madrid*, 1910, p. 2026).

(342) MODESTO FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, lib. III, tít. prelim., cap. III, sec. II, § V, n. 12 (5.^a ed., Barcelona, 1897, t. III, p. 239).

(343) ENRIQUE PÉREZ ARDÁ: *El problema de la colación*, Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 109 (2.^o semestre, 1906), pp. 217 a 226.

Maura (344), Otero Valentín (345), Arenas (346), Felicísimo de Castro (347)— ha estimado que el artículo 1.035 no es sino una aplicación singular del concepto más amplio de colación, que ellos identifican con la síntesis de las operaciones de computación, imputación y reducción.

d) Pero la doctrina predominante ha entendido que el concepto de colación es distinto y más amplio en el artículo 818 que en el 1.035. Así lo han sostenido Navarro Amandi (348), Morell y Terry (349), Serrano Bernard (350), Oyuelos (351), De Buen (352), Clemente de Diego (353), Bonet (354), Fuenmayor (355), Abelaíra (356), Royo Martínez (357), Roca Sastre (358), Lacruz Berdejo (359), Espinar

(344) ANTONIO MAURA: *Dictámenes*, t. IV, dict. n. 4—de 13-II-1913— pp. 33 a 45 (ed. Madrid, 1930).

(345) JULIO OTERO Y VALENTÍN: *Inticipos de legítima* (Valladolid, 1914), pp. 113 y ss.

(346) ANTONIO ARENAS: *La colación en el Código civil*, Rev. Der. Priv., tomo II—marzo 1915—, pp. 75 a 77.

(347) FELICÍSIMO DE CASTRO: *Derecho Civil*, t. II, pp. 361 y ss. (Madrid, 1928).

(348) RAFAEL NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código Civil Reformado*, art. 1.037 (Madrid, 1890), t. III, pp. 459 y ss.

(349) JOSÉ MORELL Y TERRY: *Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 98—1.^{er} semestre 1901—, pp. 288 a 307, y vol. 99—2.^o semestre 1901—, pp. 320 a 330; y *Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código Civil*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 108, —1.^{er} semestre 1906—, pp. 27 a 45 y 113 a 132.

(350) F. SERRANO BERNARD: *Las donaciones a extraños son parte de la herencia al solo efecto de fijar la legítima*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 132 —1.^{er} semestre 1918—, pp. 385 a 390.

(351) RICARDO OYUELOS: *Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español*, lib. III, tít. III, cap. II, sec. V, n. 17, cap. VI, sec. I, n. 2.^o (Madrid, 1921), tomo IV, pp. 42 y ss. y p. 335.

(352) DEMÓFILO DE BUEN: *Notas al Curso elemental de Derecho Civil*, de A. COLIN y H. CAPITANT, t. VIII (Madrid, 1928), cap. II, sec. XI, § 6.^o, p. 340 y cap. IV, sec. VII, pp. 423 y ss.

(353) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil Español*, lec. 97 (cfr. ed. Madrid, 1932, t. III, pp. 393 y ss.).

(354) FRANCISCO BONET RAMÓN, tomo II del *Derecho Civil, Común y Foral*, de De Buen y Bonet (Madrid, 1940), p. 608.

(355) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: *Estirpe única y representación hereditaria*, en “Estudios Jurídicos”, año II —octubre 1942—, n. IV, fasc. 2 de Derecho Privado, pp. 55 a 63.

(356) A. ABELAÍRA LÓPEZ: *La fijación de la legítima en Derecho español*, en Foro Gallego n. 57-58 —marzo-abril 1949—, pp. 83 y ss., en especial 100 y 101.

(357) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Sucesorio mortis causa* (Sevilla, 1951), pp. 329 in fine y 335 y ss.

(358) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Notas al “Derecho de Sucesiones” de Theodor Kipp*, § 131, I (ed. Barcelona, 1951, vol. II, pp. 295 y ss.).

(359) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Notas al derecho de Sucesiones de Julius Binder*, § 33 (ed. Barcelona, 1953), p. 306; y *Derecho de Sucesiones, Parte General*, § 70, n. 424, en especial nota 5 c) y d), pp. 565 a 568 (Barcelona, 1961).

Lafuente (360), Castán Tobeñas (361), Espín Cánovas (362), Marín Pérez (363), J. Santamaría Ansa (364), Puig Peña (365), Puig Brutau (366).

Como explicó Morell (367), hay un concepto de colación que corresponde al de reunión ficticia o computación para cálculo de la legítima y de la porción libre, que recoge el artículo 818, y otro concepto especialísimo y estricto de colación, basado en la presunta voluntad del causante, aplicable exclusivamente en las relaciones de los herederos forzosos entre sí, regulado en los artículos 1.035 y ss. (368).

La Memoria del Tribunal Supremo de 1902 determinó claramente la diversa esfera de los artículos 818 y 1.035 C. c. en los siguientes términos:

"Basta con la lectura atenta de los mismos para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos; y por eso es por lo que, sin determinarlo bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno, el de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero forzoso haya recibido en vida o tenga que recibir por testamento; otro, el de su computación, o sea el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo habría de salvase el principio de integridad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1.035 y 1.037? ; Sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?" "No, no es posible salvar el mencionado principio sin traer a la cuenta de las particiones todo lo que con

(360) FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, n. 157, nota 79, p. 343 (Barcelona, 1956).

(361) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. VI-I, séptima edición, Madrid, 1960, § CXLIII, III, 3, pp. 298 y ss.

(362) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. V, cap. III-V, 8, c, nota 71 (Madrid, 1957), p. 120.

(363) PASCUAL MARÍN PÉREZ: *Notas a la Tercera Edición del Curso elemental de Derecho Civil* de A. Colín y H. Capitant, t. VIII (Madrid, 1957), cap. IV, sec. VII, epígr. *Fijación de la legítima*, b), p. 674.

(364) J. SANTAMARÍA ANSA: *Comentarios al Código Civil*, art. 818, v.t. I, p. 810 (Madrid, 1958).

(365) FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, vol. V-II, cap. XIV, 6, A, b, 2º, pp. 400 y ss. (Madrid, 1963).

(366) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, V-II, cap. II, I, II, p. 138 (Barcelona, 1964).

(367) MORELL: *R. (i. l. y J.)*, vol. 108, pp. 27 y ss.

(368) Además de lo que expusimos en la III Parte de nuestros referidos *Apuntes de Derecho Sucesorio*, hemos sintetizado los conceptos, respectivamente: de COMPUTACIÓN en *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos del occidente europeo*, en Rev. del Instituto de Der. Comparado, n. 3 (Julio-diciembre 1954), pp. 45 y ss.; y de COLACIÓN propiamente dicha en *La colación propiamente dicha en el Código civil español*, en Revista de Derecho Español y Americano, año II, n. 7 (mayo-junio 1957), pp. 3 y ss.

relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición."

Morell (369) se anticipó a la posible objeción de que, si todas las donaciones se han de computar, sobra en el artículo 818 la palabra *colacionables* y que "sin ella se entendería mejor el precepto". "No sobra —responde— porque de que deban agregarse lo mismo las donaciones a herederos forzosos que las donaciones a extraños no se deduce que todas las donaciones, cualquiera que sea su naturaleza, objeto y fin, son agregables". Y, al efecto, señala como no computables: las *mortis causa*, las con causa onerosa y las remuneratorias en lo que compensen el gravamen o el servicio, las de frutos, rentas o intereses, lo dado en alimentos a los herederos forzosos, aprendizaje, curación de enfermedades, etc.

Roca Sastre (370) excluye el importe de los gastos a que se refiere el artículo 1.041; y Lacruz (371), los regalos de uso, los gastos señalados en los artículos 1.041 y 1.042, lo pagado para cumplir un deber moral o social, etc. Nosotros (372) hemos defendido la no computación de las donaciones usuales, de los gastos de alimentos, educación, aprendizaje, equipo ordinario.

33. Oteados los diversos sentidos que la doctrina ha dado a la palabra *colacionables* empleada en el artículo 818 C. c., vamos a exponer ahora, en síntesis, las posiciones —de las que más largamente nos ocupamos en el § 11 de la III Parte de nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio"— de los autores que, en torno a dicho artículo y al sentido por ellos dado a aquella palabra, han tomado posición acerca del modo como se han de calcular la legítima y la porción libre cuando el causante hubiese otorgado donaciones inter vivos a legitimarios y a extraños. Para mayor claridad y sencillez las haremos girar en torno a las posiciones de Manresa, de Sánchez Román y de la que ha seguido la mayoría de los autores posteriores al Código civil.

a) Manresa ha sido continuador del antiguo criterio de Palacios Ruvíos, Muñoz de Escobar, Castillo Sotomayor, Alvarez Posadilla y Sala. A su juicio:

"Del líquido que resulte ("comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador, al tiempo de la muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones del caudal") se deducirá el tercio, de que el padre puede disponer libremente en todo caso, para pagar las mandas y legados del testamento, y que ha de servir de medida para apreciar si son o no inoficiosas las donaciones a extraños, y a los dos tercios restantes, que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables por

(369) MORELL: R. G. L. y J., vol. 9, p. 326 y pp. 323 *in fine* y ss.

(370) ROCA SASTRE: loc. cit., § 136, II, p. 346.

(371) LACRUZ BERDEJO: *Notas* cit., § 33, p. 306.

(372) *Apuntes...* cit., III Parte, § 11, B (cir. ed. sep., pp. 484 y ss. y A. D. C. VIII-II, pp. 220 y ss.).

el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte sumando los dos tercios de legítimas y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, o en la proporción que les corresponda conforme a la ley y a la voluntad del testador” (373).

Según su criterio (374), las donaciones hechas a extraños “no pueden exceder del tercio de libre disposición, computado por el valor líquido de los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin colacionar dichas donaciones ni agregarlas, bajo ninguna forma, a la masa hereditaria para liquidar la herencia. Si las donaciones exceden de dicho tercio, serán inoficiosas, cualquiera que fuese el caudal del donante al tiempo de hacerlas, y deben reducirse en cuanto al exceso, observándose para la reducción lo que ordena el artículo 654”.

Aparte de su concepto unitario de colación, Manresa aporta a favor de su tesis, fundamentalmente, las siguientes razones:

1.^o Relacionando el artículo 818 con el 808 del Código civil, observa que éste refiere la legítima y la porción disponible a cuotas del “*haber hereditario*”, por lo cual razona (375) que: “es evidente, porque así lo ordena la ley, que para fijar la legítima de los herederos forzosos y, por consiguiente, la parte de libre disposición, ha de atenderse solamente al valor líquido de los bienes que quedaron a la muerte del testador como de su propiedad, declarando así que estos bienes son los únicos que constituyen el haber hereditario, sin agregaciones de ninguna clase, y la cantidad que corresponda a cada parte servirá de tipo y medida para todos los efectos legales”.

“Los bienes de toda donación —explica— pasan al dominio del donatario desde el momento en que éste la acepta, y el legislador, que así lo ha ordenado, no podrá incurrir en la irregularidad e inconsecuencia de considerarlos como propios del donante para incluirlos en su haber hereditario: por esto, dice que se agregarán al valor líquido de dicho haber, después de practicada dicha liquidación para fijar la legítima, ordenada anteriormente en el mismo artículo 818, y para cuyo fin, según él, ha de atenderse solamente al *valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*. Es, pues, evidente que dicha agregación no ha de tomarse en cuenta para fijar la legítima ni la parte libre.”

Pero, cabe objetarle, a Manresa, que no parece evidente que el artículo 808 emplee la expresión *haber hereditario* como equivalente riguroso de *herencia*; puesto que los artículos 818 a 820 determinan que para el cómputo de la legítima se agreguen contablemente al líquido relichto el importe de las donaciones colacionables y que lo donado a extraños se impute al tercio libre.

Se puede observar también en el razonamiento de este ilustre comentarista una petición de principio.

(373) MANRESA: *Comentarios...*, vol. VII (6.^a ed. Madrid, 1943), art. 1.935, II, B, p. 553.

(374) MANRESA: op., vol. y arts. cits., II, A, p. 550.

(375) MANRESA: *R. G. L. y J.*, vol. 99, pp. 347 y s.

Ese defecto lo subrayó Morell (376), observando: "volvemos al punto de partida. Las donaciones no están en la masa, pero las donaciones colacionables se agregan a la masa, ¿cuáles son?" Y su respuesta: "Si ha de haber igualdad deben ser todas". "Si las hechas en favor de herederos forzosos son agregables ficticiamente a la masa, las hechas a favor de extraños deben serlo también."

2.º) Partiendo de que, según el artículo 636, nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento, deduce (377): "Luego el padre que deja descendientes, sólo puede dar por testamento a otras personas el tercio líquido de los bienes *que tenga al tiempo de su muerte* y, por consiguiente, serán inoficiosas las donaciones hechas a extraños en cuanto excedan de esa medida."

Pero, como notó Serrano Bernard (378): "si el Código emplea la misma palabra imputar al referirse a las donaciones a herederos que a las hechas a extraños, y todos los supuestos del artículo 819 son consecuencia práctica de lo dispuesto en el 818, ¿por qué las primeras se suman y las últimas no? El tecnicismo es el mismo, y como el precepto legal no distingue, no es posible aplicar criterios distintos". Además... "como imputar es atribuir, y para hacerlo es menester suponerlas incluidas en dicho tercio, sumadas a todo lo que en él ha de tener cabida, se llega al absurdo de declarar, sin querer, que están comprendidas en el tercio sin estarlo en el total. ¡Como si en la parte pudiera estar comprendido algo que no esté en el todo!"

Notemos que la imputación, sea a la legítima o a la parte libre, de una donación que no se ha computado, supone un absurdo contable. En realidad, en estos casos no debería hablarse de *imputación*, sino, acaso, de *comparación* (como en el supuesto de que se permita a un extraño conservar, sin sufrir reducción, los bienes donados hasta un valor igual a la parte de libre disposición relictiva y sin que ésta pierda su carácter disponible—posición que, contra la común opinión, atribuyó Palacios Ruvíos a la ley 28 de Toro, admitiendo que pudiera disponerse de un quinto por donación y de otro por testamento—) o de *desplazamiento* (en el caso de que lo donado a un legítimo o a un extraño, hasta el montante, respectivamente, de la legítima o de la parte libre, calculadas con relación al caudal relicito, desplace de aquellas porciones la sustancia relicita de modo que, en sus respectivos casos, deje de ser legítima o porción libre). Ese desplazamiento resultará, por esa mal llamada imputación, cuando lo donado ocupe contablemente el lugar de un valor relicito equivalente, derramándolo fuera de su correspondiente cuota; es decir, dejándolo extra parte, al pasar a ser considerado parte libre o legítima, inversamente a lo que sería sin el desplazamiento.

El notario Antonio Arenas (379) nos lo explicó con un ejemplo:

(376) MORELL: *R. G. L. y J.*, vol. 98, p. 300.

(377) MANRESA: *Comentarios...*, vol. VII, art. 1.035, II, A, p. 549.

(378) F. SERRANO BERNARD: loc. cit., p. 386.

(379) ANTONIO ARENAS: loc. cit., p. 75.

“Un padre, al que sobreviven sus hijos, dona en vida a un extraño nueve; a su fallecimiento quedan en su poder bienes que valen tres, sin deudas ni cargas; conforme al criterio que parece desprenderse de la letra de los artículos 1.035 y 818 y que defienden los citados comentarios (de Manresa), resultará que, como el donatario no es heredero forzoso, no tendrá obligación de colacionar y, por ende, que como la donación no es colacionable, no hay que agregar los nueve a los tres para fijar la legítima; pero como quiera que la donación es a todas luces inoficiosa, ¿cómo y en cuánto la hemos de reducir? Confesamos que nosotros no sabemos pasar de aquí, y que no se nos ocurre qué habría de hacerse, porque si el caudal hereditario es tres, uno será la cantidad de libre disposición, y entonces, ¿al donatario sobran ocho? No, porque quedaría uno de libre disposición en su poder y uno de libre disposición en la herencia, que ya son dos, y aunque así no fuera tampoco sabemos qué habrá de hacerse con esos ocho que devolviera el donatario, porque si se suman a los dos que tenemos de legítima y mejora, hacemos subir estos dos tercios a 10, y sería un verdadero absurdo; lo mismo resulta cuando la donación no es inoficiosa: cantidad donada a un extraño, uno; caudal relicko, nueve; tercio de libre disposición, tres; hay que respetar la donación íntegramente, y entonces los tres de libre disposición, ¿pueden invertirse, por ejemplo, en legados? Resultará que entre ellos y la donación suman cuatro, y los dos tercios de legítima y mejora sólo seis; se ve que resulta, en uno y otro caso, la imposibilidad de encontrar una regla que, dentro del cumplimiento del precepto fundamental del artículo 636, sirva para reducir ni respetar las donaciones...”

Un dilema resulta insoslayable para dicha tesis: *o el padre dispondría de un tercio de lo relicko más otro tercio por vía de donación, con lo que infringiría esenciales preceptos del Código civil; o bien, habría que imputar al tercio de libre disposición el valor de lo donado a extraños, de modo que tan sólo sobre el remanente del mismo tercio tendrían validez las mandas, con lo cual resultaría vacante la porción de este tercio libre equivalente a las donaciones.*

Concluye Morell (380) que de probar algo el artículo 636, probaría demasiado, pues “si el tercio no puede sufrir aumento, los otros dos tercios, parte del mismo todo, no pueden sufrirlo tampoco; si a éstos se aumentasen algunas donaciones, ya no serían las dos terceras partes de los bienes existentes al fallecimiento del testador, sino más”.

34. b) La tesis de Sánchez Román —como dijimos hace tiempo (381)— se puede relacionar, como próxima, no sólo con la de los clásicos Gómez y Molina, S. I., y con la de los más recientes Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán, “sino con la modernamente defendida por Cieu en Derecho italiano... La diferencia básica estriba en

(380) MORELL: *R. G. L. y J.*, vol. 99, p. 301.

(381) *Apuntes...*, III Parte, § 11, nota 738, ed. sep. p. 469 y A. D. C., VIII-IT, p. 305.

la distinta concepción de la legítima relictiva, romanista en nuestros autores, y como reserva germánica por Cicu".

Su tesis puede sintetizarse concretándola a su apreciación de que existen tres cómputos legitimarios, a saber:

1.") El que resulta del artículo 808 en relación con el § 1.^o del artículo 818, que determina la legítima relictiva frente a los herederos voluntarios y legatarios, pues la agregación que el § 2.^o del artículo 818 dispone "es en provecho y aplicación exclusivos de herederos que acreden derecho a la misma (legítima), esto es, de herederos *forzados y no de voluntarios y legatarios*" (382). De lo que se deriva, a su juicio, que *la parte libre del caudal relicito* sólo se calcula con relación al activo líquido del caudal relicito, sin agregar, ni siquiera contablemente, el valor de donación alguna, colacionable o no.

2.") El resultante del § 2.^o del artículo 818, para calcular *la legítima de cada uno de los herederos forzados, en sus relaciones entre sí*, mediante la operación que este autor llama *colación propiamente dicha*, que para él es "la imputación a los herederos forzados en parte de pago de su legítima corta, y también de la larga o mejora..., de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de dichos herederos forzados que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante comitui, donante o mejorante de aquéllos, y la revocación o reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultare de aquellas donaciones, para que..., y no se perjudique la legítima de los herederos forzados que no recibieron nada por dote, donación a título lucrativo de dicho causante..." (383).

3.") El que dimana de los artículos 654, 656 y 818 y ss., que determinan *la legítima a los solos efectos de la reducción*, institución que, con el fin de que no mermaren los actos inter vivos de disposición a título lucrativo que haya podido otorgar el causante en favor de personas que no son sus herederos forzados, exige que deban "incorporarse o sumarse nominal o realmente, en el exceso que cause ya perjuicio en las legítimas todas las cantidades o valores de los bienes que representen..., a fin de que la totalidad de ellos constituyan, sumados los que éste dejó y agregados numéricamente los que a la herencia se incorporen por aquel concepto, o sea, del importe que todos arrojen, se deduzca, en el tipo de proporción que la ley señale, la legítima correspondiente a los herederos forzados, consiguiendo así el fin expresado de dejar a salvo su integridad" (384).

(382) SÁNCHEZ ROMÁN: op. cit., vol. VI-II, cap. XV, n. 113 (ed. cit., p. 953). Notemos la semejanza cuantitativa de ese cómputo de Sánchez Román con el cálculo de la cuota de reserva que propone GARCÍA VALDECASAS, salvando la diferencia entre el carácter "más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad del *hus disponendi* por causa de muerte", asignado a la legítima *mortis causa* por SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI-III, cap. XV, n. 5, p. 764), y el positivo de delación legal y forzosa, sostenido por G. G. VALDECASAS (loc. cit., II, 3, pp. 966 y ss.).

(383) SÁNCHEZ ROMÁN: op. cit., vol. VI-III, cap. XVIII, n. 57 p. 2026.

(384) SÁNCHEZ ROMÁN: loc. y n. ált. cit., pp. 2025 y ss. Nótese la paridad de ese cómputo a efectos de la reducción con el que G. G. VALDECASAS propone

Hay, pues, según esta tesis: 1.) una legítima relictiva, que actúa como tope de la parte libremente disponible *mortis causa*; 2.) otra legítima de cada heredero forzoso en relación con los demás, calculada sobre la suma del líquido relicito y las donaciones hechas a los herederos forzosos a cuenta de la legítima o de la mejora; y 3.) otra legítima, que se calcula de la suma del líquido relicito y del total de lo donado, aplicable únicamente para el ejercicio de la acción de reducción por los herederos forzosos.

Sin embargo, el Código civil no ofrece ningún apoyo serio a esa tesis que hace una triple computación de la legítima. En efecto:

1.) Si, tal como el artículo 636, § 1.^a afirma, “*ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento*”, tendremos que convenir en que: o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única con lo relicito y lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma; o bien, habrá que formar dos masas distintas, para aplicar a cada una los mismos módulos, de modo tal que hubiese una legítima, una parte de mejora y otra de libre disposición de lo relicito y otras tantas partes de lo donado. Pero esta duplicidad independiente es desmentida por el artículo 820, n. 1.^a, que dispone: “*Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento*”. Lo cual significa que unas y otras se imputan a una cuota del todo idealmente formado con donaciones y bienes relictos.

2.) Un examen conjunto de los artículos 818, 819 y 820 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos. El artículo 820 comienza diciendo: “*Fijada la legítima conforme a los dos artículos anteriores*”, con lo cual da por sentado que tanto el artículo 819 como el 818 son normas reguladoras de su fijación, y que ambos son correlativos al respecto. Ello obliga a interpretarlos en recíproca relación. Y si el artículo 819 hace entrar en juego lo donado a extraños, para imputarlo a la parte libre, es que esas donaciones deben computarse para fijar la masa de donde deducir la parte libre y también la legítima, no sólo por la referencia de las primeras palabras del artículo 820 al 819 (uno de los dos anteriores), sino también por la correlatividad de una u otra cuota que resulta relacionando el artículo 819 con el 818 C. c.

Al efecto, nada arguye en contra el artículo 808, si se interpreta sistemáticamente, relacionándolo con los demás citados. Su referencia a “*las dos terceras partes del haber hereditario*”, debe entenderse en relación con los artículos 818, 819 y 820 —que detallan el cómputo de la legítima— y sin exigir al Código civil una precisión técnica que no tiene y que es desmentida por normas concretas del propio cuerpo legal.

Por otra parte, esta tesis no puede superar un argumento *ab absurdum*, que ya fue esgrimiido en el siglo XVI por Ayerbe de Ayora. ¿Es

para la que llama cuota de legítima (loc. cit., III-2, pp. 973 y ss.), prescindiendo de las características especiales que este último atribuye a ésta.

que lo donado como anticipo de legítima, por ser *donatum* y no *relicium*, no puede imputarse a lo relictio de lo que es anticipo, para calcular lo libremente disponible *mortis causa*.³⁸⁵⁾ Como notó aquel autor: si el padre pudo en vida satisfacer íntegramente la legítima a sus hijos mediante donaciones —sin perjuicio del derecho irrenunciable de éstos al suplemento—, resultaría anómalo que esos mismos hijos pudieran exigir una segunda legítima respecto a los bienes que restaran al causante a su fallecimiento —no habiendo lugar a complemento por no haberse incrementado la fortuna de éste—, y, además, resultaría de peor condición el padre que en vida generosamente anticipó la legítima a sus hijos, que el que nada les dejase hasta su muerte.

Si —conforme al artículo 1.341 C. c.— la dote obligatoria consiste “en la mitad de la legítima rigurosa presunta”, ¿cómo será posible entender, de acuerdo con la tesis que discutimos, que el legado de la parte libre—dispuesto posiblemente a favor del cónyuge viudo—no pueda computarse integrando con lo relictio lo entregado como dote obligatoria e imputándolo como anticipo de legítima? Huelga decir lo absurda que resulta esa conclusión negativa, a la cual, sin embargo, conforme la tesis de Sánchez Román, se llegaría formalmente de modo muy lógico. Y esa es —a juicio nuestro— la mayor crítica en contra de la realidad de la base de que ésta parte.

35. c) La común opinión (385) sigue las viejas opiniones de Tello Fernández, Ayerbe de Ayora y Acevedo, que había continuado Llamas y Molina y que García Goyena hizo triunfar en el artículo 648, § 2.^a del Proyecto de 1851.

Los argumentos básicos en favor de esta tesis pueden centrarse en los dos siguientes:

1.) Los artículos 808 y 818 C. c. deben interpretarse en recíproca conexión. El primero determina las cuotas que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, la porción disponible como mejora y la de libre disposición. El segundo indica el modo de determinar el monto de una de esas cuotas iguales, la legítima. Aquél señala la *proporción* y éste la *base* a la que debe aplicarse aquélla.

Morell (386) se fijó en que el artículo 808 dice —en su § 1.^a— que constituyen la legítima “*las dos terceras partes del haber hereditario*”, y —en el § 3.^a— que “*la tercera parte restante es de libre disposición*”, a lo cual comenta: “Se ve también que entre una y otra porción integran el haber hereditario, sin que fuera de él haya otra legítima ni otra parte libre”. Para los artículos 808 y 809 —que “hablan en términos generales”—, “la herencia es la suma del activo del caudal, deducido el pasivo, y agregadas después las donaciones, porque hay un artículo en el Código, el artículo 818, que es el que establece la manera de formar esa masa o haber hereditario de los hijos o de los padres para fijar lo que es la legítima y lo que es la parte libre”.

(385) Representan la común opinión los autores que hemos citado en las notas 344 a 366 inclusive de este estudio.

(386) MORELL: *R. G. L. y J.*, v. I, 99, pp. 230 y ss.

De esa proporcionalidad, dedujo Maura (387): "la natural imposibilidad de separar y someter a diverso régimen la fijación o liquidación de la herencia forzosa y del tercio libre, consistiendo la legítima y también esa parte libre en partes *alicuotas* del haber hereditario, según el artículo 808, recíprocamente se definen en conexión insoluble: tanto monta fijar el tercio libre como el de mejora o el de legítima rigurosa; no serían tales tercios en quebrantándose su igualdad. Esta se rompe contra los fundamentales preceptos, con el sistema de liquidar las legítimas sin haber tenido en cuenta las donaciones hechas a extraños y repartir por añadidura la inoficiosa demasía".

Por lo mismo, De Buen (388) concluía que: "Entre la parte de libre disposición y la legítima existe siempre una correlación (como revelan también los artículos 808 y 809 antes citados) que no se daría si se calculasen sobre una base distinta".

2." El artículo 818, § 2.", debe interpretarse en relación con sus inmediatos siguientes artículos 819, 820 y 825. El 819 imputa las donaciones a extraños al tercio de libre disposición y las hechas a los hijos al de legítima o al de mejora. El segundo presupone una única masa contable formada con lo relicto y lo donado, a la que imputan tanto donaciones como mandas, a efectos de su reducción. El tercero presupone la imputación a la legítima de lo donado a los hijos, sin declarar expresamente su carácter de mejora.

De ello parece que es lógica conclusión la que dedujo Royo Martínez (389), al decir que: "A consecuencia de las referidas imputaciones resultará incrementada la cifra expresiva del valor de uno o varios de los apartados correspondientes: tercios de legítima estricta, de mejora y de libre disposición, si se trata de herencia con legitimarios descendientes legítimos...". "Alteraciones que pueden dar lugar al correspondiente reajuste".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación.

La S. 4 mayo 1899, basándose en el artículo 819, interpretó el artículo 818 en el sentido de que lo donado a extraños también se colaciona para calcular y salvaguardar la legítima, cargándose a la cuota hereditaria de libre disposición.

Y la S. 16 junio 1902, en su segundo considerando, al referirse a la admisión por el artículo 1.036 de la dispensa de colación concedida por el causante, explica que: "lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinda de ellas en el inventario o cuerpo general de hacienda para imputarlas donde corresponda... también para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades...".

Doctrina que el presidente del Tribunal Supremo explicó en la Memoria de 1902, concluyendo la necesidad de traer a la cuenta de las particiones "todo lo que con relación a las legítimas deba compu-

(387) MAURA: op., ed., vol. y dict. cits., p. 35.

(388) DE BUEN: Notas y vol. cits., cap. II, sec. XI, § 6, p. 340.

(389) ROYO MARTÍNEZ: op. y loc. cits., pp. 239 y ss.

tarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición".

36. Nuestra opinión en este tema lo expusimos hace años (390):

"El criterio interpretativo de la ley de Toro, que hemos juzgado más racional y que seguramente reunió el mayor número de opiniones favorables entre los autores de los siglos XVI y XVII ---Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez, Velázquez de Avendaño---, y que todavía late en la obra de Febrero, hasta sus últimas ediciones revisadas en el siglo pasado, fue aquél según el cual se estimó que la ley 25 de Toro no se hallaba en el ámbito de la potestad del causante ---como limitación suya---, sino en el de su presunta voluntad. De ese modo, vimos que podían coexistir dos masas de cálculo tanto del tercio como del quinto. La masa de cálculo posible y la del cálculo que, por presunción legal, se entendió que correspondía a la voluntad concreta del causante, si éste no expresó otra cosa. La *masa de cálculo posible* se determinaba computando junto al líquido relicko la totalidad de lo donado (exceptuadas las liberalidades objetivamente no computables). La *masa de cálculo a la que se presumía que el causante se refería* al disponer cuotativamente del tercio o del quinto, si el propio causante no desmentía dicha presunción, no comprendía las dotes y donaciones que hubieran salido de su patrimonio antes de ser efectiva la atribución del tercio o del quinto.

"Con la promulgación del Código civil quedó derogada formal y sustancialmente la ley 25 de Toro, tanto en cuanto a su texto como a su contenido. Ha desaparecido, por tanto, la presunción establecida en ella para la determinación de la masa de cálculo de las atribuciones de cuota hechas por el testador como mejora o a favor de extraños. Pero el problema de la interpretación de su voluntad real queda en pie, en su exacto medio, sin el influjo de presunción *iuris tantum* alguna (391).

"Por lo tanto, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, lo mismo que el de legítima estricta, abarcan la tercera parte de la suma del líquido relicko y lo donado por el causante, pero la mejora de un tercio o el legado del de libre disposición pueden ser referidos por el causante exclusivamente al líquido relicko.

"La interpretación no siempre será fácil, y creemos que en caso de duda, no habiéndose recogido en el Código la doctrina de la ley

(390) *Apuntes...*, III Parte, § 11, A) *in fine*; cfr. ed. sep., pp. 482 y 483 y A. D. C. VIII-II, pp. 318 y s.

(391) NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 825, p. 325) al siguiente año de la promulgación del Código civil, replanteó este problema: "Podrá prenderse que pues el testador le mejoró en el tercio de sus bienes, aludió a los que él tenía y poseía en la época del fallecimiento, es decir, no a los noventa que formaban el caudal hereditario, con la colación, sino a los setenta únicos que poseía el testador, pues los veinte salieron de su propiedad en virtud de la donación".

25 de Toro, deberá tomarse como masa de cálculo la total suma de lo relictio y lo donado. La principal dificultad interpretativa depende, sin duda, de la imprecisión terminológica con que se usan ciertas expresiones, como "el tercio de mis bienes", "la tercera parte de mi herencia", etc. No obstante, hay casos que, a nuestro juicio, son claros; v. gr.: cuando el testador dispone "que deja la tercera (o la enésima) parte de los bienes que tenga a su fallecimiento", es evidente que sólo se refiere al tercio de su caudal relicito líquido; mientras que si dispone de "toda la parte de libre disposición" y (casi siempre cuando alude genéricamente al tercio de libre disposición), se refiere a la totalidad de su cómputo posible, es decir, a la masa base formada con la suma del líquido relicito de todas las donaciones realizadas por el causante."

Y en nota (392) explicamos:

"En estos supuestos la computación presentará dos facetas: la primera tendrá por fin fijar, en principio, el importe del legado de cuota hecho con cargo al tercio de mejora o al de libre disposición, con referencia exclusivamente al caudal relicito líquido. La segunda, que presentará un carácter corrector o rectificador, supondrá la agregación a cada tercio del haber relicito de las donaciones que a su correspondiente porción deban imputarse (conforme la explicación gráficamente expuesta por Royo, anteriormente comentada), y si lo dispuesto a favor de extraños, por donación o por legado, excede de un tercio del total, o lo dispuesto en igual forma a favor de alguno o algunos de los hijos excede del tercio de mejora, de la parte no dispuesta del de libre disposición y de la legítima individual del beneficiado, deberá procederse a la reducción, primero de las disposiciones *mortis causa*, y después de las donaciones *inter vivos*, en la forma determinada por el artículo 820 C. c."

EN CONCLUSIÓN:

Si bien inicialmente existieron dos medidas diversas para computar la legítima según se ejercitara la *querela inofficiosi testamenti* o la *querela inofficiosae donationis vel dotis*, la labor de los juristas moldeó en un solo troquel ambos módulos unificando su medida.

En el Derecho de Castilla la cuestión tiene como hitos las leyes 25 y 28 de Toro. Esta aclaró que el causante sólo podía disponer *inter vivos* y *mortis causa* de un solo quinto a favor de extraños o de los descendientes, además del tercio respecto a éstos. Aquella planteó la duda de si las mejoras de cuota debían calcularse sumando idealmente lo relicito y lo donado o únicamente era posible calcularlas tomando como base lo relicito.

El panorama de la historia nos señala cómo se van repitiendo cua-

(392) *Apuntes*, loc. últ. cit., nota 798, ed. sep. p. 483 y A. D. C. VIII-II, p. 319.

tro tesis explicativas de la ley 25 de Toro: *a*) la que consideró dicha ley como norma *imperativa*, que prohibió no sólo extraer las mejoras de las dotes y donaciones sino también acumular éstas para calcularlas o deducirlas; *b*) la que distinguió tercio y quinto como módulo de las disposiciones testamentarias, calculable sólo de lo relictio, y tercio y tercio y quinto como módulo de las disposiciones *inter vivos* calculable de la suma *relictum + donatum*; *c*) la que entendió que el verbo "sacar", empleado en la ley 25, no debía entenderse por *deducir* y *calcular*, en sentido contable, sino materialmente por *detractar* y *extraer*; y *d*) la que situó esta ley en su aspecto de ordenación contable, en el ámbito de la *presunta voluntad* del causante y no en el de la *limitación de su potestad*.

En el Código civil no se recoge la norma de la ley 25 de Toro, ni imperativamente, ni siquiera con carácter preventivo. Y fue rotundamente la posición del Proyecto de 1851, en sus artículos 648 y 652, explicada por García Goyena, indicando que la sección por él presidida aprobó en 30 de octubre de 1848 la solución por él propuesta, consistente "en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esa agregación decidirá de la legítima de los hijos y, por consiguiente, de las mejoras".

Pero la introducción del término "colacionables" en el § 2.^º del artículo 818, calificando la palabra *donaciones*, volvió a introducir dudas a este respecto. Así: Mañresa retornó el viejo criterio de Palacios Rúvios, Muñoz de Escobar y del Castillo Sotomayor, que más modernamente habían seguido Alvarez Posadilla y Sala. A su vez, Sánchez Román abogó por un criterio semejante al de Antonio Gómez y del jesuíta Luis de Molina y de los más recientes, Benito Gutiérrez, Peñro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán. Tesis que coincide en su aspecto contable, si bien no en el sustancial, con los criterios de Cíci y de G. G. Valdecasas. Y la común opinión ha seguido las viejas opiniones de Tello Fernández, Ayerbe de Ayora y Acevedo, continuadas por Llamas y Molina y que resultó triunfante en el Proyecto de 1851, apoyada por García Goyena (Tesis que corresponden a las interpretaciones de la ley 25 de Toro, que hemos referido con las letras *a*, *b* y *c* en el tercer párrafo de estas conclusiones). Esta tercera interpretación fue la aceptada por el Tribunal Supremo en Ss. 4 mayo 1899 y 16 de junio 1902 y explicada en la Memoria del Presidente de 1902.

A nosotros nos parece indudable que en lo relativo al cálculo máximo posible de las disposiciones a favor de extraños o de descendientes con carácter de mejora, esta última interpretación del artículo 818, § 2.^º, es la adecuada. Pero entendemos que es muy posible que el *de cuius*, al mandar testamentariamente cuotas de libre disposición o de mejora sólo quiera referirse a cuotas del haber relictio sin computar lo donado. Se trata, pues, de un problema interpretativo de la voluntad del testador, que, con respecto al Derecho anterior al Código civil, presenta como novedad la desaparición de la presunción de que la cuota dispuesta sólo se refería al montante de lo relictio, de no cons-

tar que la voluntad del causante hubiese sido la de referirla contablemente a la suma de lo relicto y de lo donado. Novedad que diferencia el criterio actual del sostenido en el régimen de la ley 25 de Toro por Rodrigo Suárez, Matienzo, Juan Gutiérrez, Velázquez de Avendaño y, más modernamente, por Febrero y sus anotadores.

Excepciones legales al personalismo de las disposiciones «mortis causa»

(I. Sobre el artículo 671 del Código civil)

ANTONIO DÍAZ FUENTES

Abogado

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El carácter personalísimo de la testamentificación, en general, y del ejercicio de la facultad de mejorar, en particular, es fundamental principio de la ordenación testamentaria y natural consecuencia de la esencia humana y jurídica de la sucesión.

Desde el origen del instituto y a través de las etapas de desenvolvimiento histórico del Derecho, sólo con carácter ocasional y con valor de excepción especialísima ha sido alguna vez suspendido su rigor, y es tal su arraigo en las legislaciones y en la conciencia jurídica de los pueblos, que la reducción de la edad precisa para testar, adelantando notablemente la concesión de capacidad de obrar al efecto, con respecto a cualquier otro acto jurídico, no se debe sino a la conveniencia de armonizar la condición personalísima del testamento con el propósito legal de evitar la apertura de la sucesión intestada (1).

La imposibilidad de que otro concurra para asistir al otorgante motiva que el testamento sea el acto civil que la Ley permite realizar con más precocidad (2).

Otra singularidad, por lo que respecta también a la condición sub-

(1) En la conjunción de estos dos principios, alguna vez el Derecho ha dado, sin embargo, prioridad al segundo. Así se justifica la existencia de las figuras de sustitución pupilar y ejemplar, que vienen a significar, al menos en sus antecedentes históricos, sendas excepciones al carácter personal del testamento. "Aunque el C. c. haya abolido el antiguo testamento por comisario" -dice Roca SASTRÉ en las anotaciones a la edición española de *Tratado de Derecho Civil*, por ENNECERUS-KIPP-WOLFE (Barcelona, 1951), pág. 78, t. V-1." -, no obstante, en la sustitución pupilar (art. 773) y en la sustitución ejemplar (art. 776) cabe ver una autorización legal al ascendiente para designar testamentariamente heredero al descendiente menor de catorce años o declarado incapaz por enajenación mental." Vid. nota 16).

(2) Los potencialmente más tempranos, como el matrimonio de la mujer y el contrato previo de esposales, no son susceptibles de celebración sin la intervención de personas llamadas a cumplir en ellos una misión asistencial del menor.

jetiva de edad, es que la persona jurídica pasa de la incapacidad absoluta a la testamentifacción plena, sin ningún estado intermedio de capacidad restringida.

Nadie puede testar por otro, ni aun antes de que éste pueda testar; ni con él, para asistirle. Ni siquiera está permitido en nuestro Derecho vigente testar junto con otro, cada uno por sí, dada la prohibición del testamento mancomunado.

Conviene así al sentido grave y especialísimo del testamento. Considerese el complejo de móviles, intenciones, afanes e incluso recuerdos que concurren a la hora de realizar el acto que el lenguaje forense llama, muy significativamente, de "última voluntad". La condición de personalísimo le viene no sólo de su acepción específicamente jurídica, sino también de las intransferibles motivaciones sicológicas que lo impulsan, con el más trascendente sentido humano y filosófico. Mediante el testamento los hombres obtienen la supervivencia de sus voluntades y, por ellas, la disposición de las obras que acaso sean resultado de sus más caracterizados impulsos vitales. Todo, en la Ley y fuera de ella, indica la inconveniencia de encomendar a otro su ordenación (3).

El principio a que nos referimos se muestra, en definitiva, como una aspiración unánime, individual y social. El testamento, como unilateral que es, es personalísimo, y como personal, eminentemente subjetivo. De ahí que en su ordenamiento y en sus efectos reine, como en ningún otro ámbito jurídico, el principio de autonomía de la voluntad (4). Está ausente de él la contradicción de intereses ordinariamente inherente al negocio bilateral, y el Derecho hace concesiones a la voluntad autónoma del único sujeto que lo otorga, porque en este negocio no tiene que orientarse a equilibrar el dinamismo de dos voluntades encontradas (5).

La idea arquetípica que a través de la evolución jurídica ha servido para estructurar el negocio testamentario está muy lejos de la que

(3) Con visión peyorativa de la institución, Enrique HEJNE, en *Memorias*, afirmó:

"Las estipulaciones jurídicas de los romanos, en lo que al testamento se refiere, no hacen más que sancionar esa socarrona testarudez del egoísmo y de la vanidad personal que llega hasta abusar de los bienes allende la vida..."

Pese al sentido censorio de la cita, hallamos en ella el reconocimiento del afán entrañable, realizable mediante el testamento, de salvar del percimiento mortal una idea, un fin, una obra personal, que queden tras de nosotros o surjan precisamente en el punto de nuestra muerte. En ello creemos ver una manifestación más del anhelo de sobrevivir.

(4) Salvo las limitaciones impuestas por el sistema de legítimas y por consideraciones de orden público, morales o de buenas costumbres.

Por otra parte, tanto las formalidades exigidas "ad solemnitatem" para la validez del testamento como los requisitos de carácter interno del mismo no son sino garantías que aseguren la autenticidad, la espontaneidad y la precisión del querer del sujeto; es decir, su carácter personal.

(5) La averiguación del derecho, que es, por lo general, un problema de límites, casi siempre consiste, lamentablemente, en establecer la frontera entre dos egoísmos.

inspiró el fenómeno contractual, fundado en el principio de oposición de intereses y lucha de personas (6). El fundamento jurídico del derecho de testar está en la propiedad; es, si bien se mira, una faceta más del "ius disponendi" inherente al dominio; pero su régimen ha conservado a través de los tiempos el primitivo sentido absoluto de la concepción romana de mejor manera que la propiedad misma, y por ello nunca han llegado a influir decisivamente sobre las legislaciones las teorías radicales y revolucionarias acerca de la sucesión. Creemos que la idea de función social, que ya es antigua como predicado de la propiedad, no ha tenido todavía trascendencia eficaz al orden sucesorio ni a la regulación del negocio de disposición "mortis causa". Esta conservación aséptica del instituto sucesorio vigoriza la idea del personalismo de la ordenación testamentaria e imprime al testamento no sólo la nota de personal, sino la de ser rotundamente subjetivo.

A partir del testamento comicial, por el cual, según Bonfante (7), el "pater" elige, necesariamente de entre los "sui" y en acto solemne, al que habrá de sucederle en la potestad sobre la familia —o sobre la "gens"—, según principios calcados de la sucesión en la soberanía política, por consecuencia de la organización típicamente monárquica de la familia, jamás se admitió en el Derecho romano la delegación para testar (8).

En el Derecho germánico no hay lugar a plantear la posibilidad de delegar la testamentifacción, porque no se permitía en él siquiera la designación arbitraria de heredero. No se daba la sucesión voluntaria, sino sólo la legal. Testimonios de esta orientación son las máximas: "Solus Deus heredem facere potest, non homo"; "heres gignitur non scribuntur".

Por primera vez se ha creído encontrar una atenuación del carácter personalísimo del testamento en una Decretal de Inocencio III (9).

(6) Aunque superemos la idea de concebir los contratos bajo el aspecto de una oposición económica radical entre los sujetos, el viejo paradigma típico del contrato de cambio, y vengamos a reconocer actualmente al negocio bilateral una esfera de acción más amplia, que se aparece frecuentemente a la realidad social como un instrumento de cooperación económica, acogiendo intereses comunes coincidentes (formas contractuales de gestión colectiva, contratos parciales, de empresa, de servicios, etc.).

(7) Cfr. *Scritti*, págs. 110 y 234, y *Corso de Diritto Romano*, VI, pág. 87 (Roma, 1930).

(8) Su prohibición se formulaba así: "Testamento iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere"; y se consignó, más o menos específicamente, en las leyes 32, 68 y 70, tít. 5.^a, Libro 28, y en la 52 del tít. 1.^a, Libro 25, del Digesto.

(9) En *Comentario histórico, crítico y jurídico de las Leyes de Toro* (obra iniciada por FRANCISCO PACÍFICO y continuada por José GONZÁLEZ SERRANO, Madrid, 1862, 1876), t. II, pág. 59, se alude a ciertos indicios del testamento por comisario en el Fueno Juzgo. ENRIQUE SECO CASO, de quien obtenemos la cita (*V. Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, pág. 59), afirma haber buscado en dicho cuerpo legal el precedente aludido, manifestando poder, acaso, considerarlo en la ley 12, tít. V del Libro II: "De las mandas daquellos que van en romería, o en hueste o si oviere omes libres consigo, escriva con su mano ante ellos. E sin non supiere escrivir, o non pu-

El elemento espiritualizador que el Derecho canónico representó para la ordenación testamentaria, sobre la idea del respeto a ultranza a la voluntad del difunto, la preponderancia de las formas fiduciarias en el derecho de la época, el culto de fidelidad a la palabra dada, defendido por graves sanciones eclesiásticas, le movieron a afirmar, contra las fuentes, la posibilidad de encomendar a otro el otorgamiento de la última voluntad: "qui extremam voluntatem in alterius dispositiōnem committit, non videtur decidere intestatus" (10).

En nuestro Derecho, la comisión para testar se sanciona por primera vez en el Fuero Real (11), bajo la rúbrica siguiente: "Como puede dar alguno poder para que faga por él su testamento".

Manresa (12) sostiene que el testamento por comisario constituye una institución puramente nacional de nuestro país. Atribuye su origen a las complicaciones y prolijidades implicadas por la institución de los mayorazgos familiares. La enunciación de las ramas llamadas a suceder y muchos otros pormenores hicieron, según él, introducir la práctica de valerse, los testadores imperitos, de personas expertas, cuya intervención se fue acrecentando, generándose una costumbre en el sentido de su permisión, que hubo de ser sancionada por el citado ordenamiento positivo.

Los abusos y fraudes motivaron pronto una importante limitación en el Código de Partidas. Se dice por Seco Caro (13) que las Leyes alfonsinas, siguiendo las directrices romanas, no permitieron encomendar a otra persona la realización del testamento, y cita el encabezamiento de la ley 11.^a, tít. III, Partida sexta: "Cómo el testador debe nombrar por sí mismo a aquél que estableció por heredero, e non ponerlo en albedrío de otro". Pero lo cierto es que, prohibiendo las Partidas encomendar a terceras personas el nombramiento de heredero

diere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fe, e que non fuesen antes fallados en pecado. E lo que dixieren estos siervos por su itramento, fagalo el Obispo o el juez escrivir despues, e sea confirmado por ellos e por el rey."

Personalmente, nos inclinamos a estimar tal precepto como una formulación histórica de cierta especie de testamento privilegiado, semejante al dictado en inminente peligro de muerte o al testamento militar, dado que no hay propiamente en él sustitución de la persona otorgante, sino supresión de las formalidades ordinarias por razón de las especiales circunstancias en que se ordena.

(10) La Decretal aludida está incardinada en el capítulo XIII, tít. XXVI, libro III, de las de Gregorio IX. Es curioso que la Iglesia se haya mostrado tan decidida defensora de la comisión testamentaria, habiendo ésta originado tan rotundas críticas, por parte de los prácticos, por la confusión que su aplicación motivó y los frecuentes abusos a que estaba expuesta. En la Glosa al Fuero Real, de ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, se cita el parecer concorde de los canonistas, defendiendo esta institución del testamento por comisario. Es probable que la Iglesia estuviese interesada en favorecerla y que el patrocinio que le dispensó se haya amparado en una razón semejante a la que motivó el fomento de la porción hereditaria de libre disposición: las mandas "pro anima".

(11) Ley 7.^a, tít. V, Libro III.

(12) *Comentarios al Código Civil español*, t. V, pág. 416 (Madrid, 1951).

(13) Vid. su obra *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, pág. 62 (Barcelona, 1960).

y la ordenación de mandas, autorizaba que, para las demás disposiciones, pudiera el testador encargar al escribano "que fuese en busca de un hombre sabio" para completar su testamento (14).

Las Leyes de Toro, reconociendo los engaños y fraudes a que estaba expuesta esta forma de testar, la dejaron subsistente, aunque la restringieron y reglamentaron de nuevo (15).

El Proyecto de C. c. de 1851 suprimía radicalmente esta figura en su artículo 558.

El carácter personalísimo del testamento y, correlativamente, la prohibición de delegar el ejercicio de la testamentificación, están repetidamente formulados en nuestro vigente Ordenamiento positivo civil; una vez, genéricamente, en el artículo 670, y de nuevo, en el 830, al señalar la aplicación de aquellos principios a la ordenación de la mejora.

Sin embargo, el rigor de esta regla general resulta atenuado por los dos preceptos numéricamente correlativos a los citados: los 671 y 831. Pero entre las respectivas excepciones que cada uno de ellos establece hay grandes diferencias de naturaleza, en el orden jurídico, y de alcance, por la función económico-práctica.

Se aparecen como supuestos en que el ordenamiento jurídico español común autoriza, real o hipotéticamente, la delegación testamentaria. A su estudio dedicaremos este trabajo (16).

(14) Relacionar la Ley 11.^a, tít. III, de la Partida sexta con la Ley 29.^a, tít. IX, de la misma.

(15) Leyes 31 a 39, insertas en el tít. XIX, Libro 10, de la Novísima Recopilación.

(16) Se prescinde del estudio de la sustitución pupilar y de la ejemplar, como supuestos de comisión testatoria, dado el alcance limitativo que viene dando a tales instituciones la opinión doctrinal predominante —DE BUEN, SÁNCHEZ ROMÁN, MCCRUS SCAEVOLA, CASTRÁN— desde la promulgación del C. c. Aquellas figuras tendrían cabida entre los supuestos de delegación testamentaria si se las viese con criterio histórico retrospectivo, referido a los tiempos en que tales instituciones no eran propiamente sustituciones. En efecto, "la sustitución—declara MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VI, pág. 150)—es el llamamiento de segundos o ulteriores herederos al goce de una herencia (la del testador), pero no es señalar heredero al heredero"; y en esto último consistía la institución regulada por las leyes anteriores al Código civil, que permitían al ascendiente la designación de la persona sucesora del descendiente menor (o incapaz) en todos los bienes relativos al fallecimiento de éstos, y no solamente en los que les hubiera transmitido el testador.

Autores como TRAVIESAS (*Rev. Der. Priv.*, XIV, 410) y BORRELL (en la misma colección, V, 127) propaguan, sin embargo, aquella amplitud de disposición, aún después de la entrada en vigor del C. c., fundados en que el criterio restrictivo privaría de su razón de ser a la sustitución pupilar, puesto que sus fines se confundirían con los de la fideicomisaria.

Un amplio estudio sobre la materia en ANTUARIO DE DERECHO CIVIL, t. XI, fasc. I, enero-marzo 1958, págs. 3 y ss.

I

Sobre el artículo 671 del Código civil

Dice Manresa de él (17): "Combinando este artículo con el anterior, fácilmente se comprende la razón y el alcance de cada uno de ellos, completándose ambos mutua y recíprocamente. En el 670 se establece en términos absolutos lo que no puede hacer el testador, y en el 671 lo que le es permitido ordenar por vía de excepción; y del enlace de ambos aparece que la razón a que obedece esta distinción, y la diferencia que existe entre uno y otro precepto estriba en la circunstancia de haber consignado o no determinadamente el testador por sus nombres a las personas favorecidas con la herencia o legado....".

Demasiado superficial este análisis. Estamos conformes en que el artículo 670 está formulado negativamente, casi todo él, como prohibición; en tanto que el siguiente en número tiene un contenido formalmente positivo. Y también es verdad que la aplicación del segundo se restringe a casos de llamamiento genérico a clases, colectividades o institutos, sin concricación individual de las personas o establecimientos beneficiarios; pero en un punto fundamental no podemos dejar de mostrar nuestra disconformidad con el pensamiento del ilustre miembro de la Comisión codificadora.

Manresa abarca en la hipótesis legal del artículo 671 toda disposición genéricamente hecha, tanto a título de herencia como de legado. Esta afirmación, repetida por el propio autor en el mismo comentario (18), constituye un error evidente.

También parece participar de él Mucius Scaevola (19), al afirmar, comentando el artículo 749, que éste, "lo mismo que el 747, es una excepción a la doctrina de las personas ciertas", que rige la institución de heredero o legatario.

Y Alberto Palomar Baró (20): "... nuestro Código admite excepciones al principio de nulidad de los llamamientos a persona incierta, en ciertos casos..., como son el de institución a favor del alma —la cual supone una amplia situación de incertidumbre y a la que se refiere el artículo 747—, el de disposición a favor de los pobres en general, y el de disposición hecha genéricamente en favor de los parentes...".

Muchas resoluciones del Tribunal Supremo llaman asimismo herederos o legatarios a los favorecidos con disposiciones ordenadas conforme al artículo 671.

A tal consideración oponemos las razones siguientes:

La imposibilidad de comprender en el artículo 671 la sucesión a

(17) Tomo V de la obra citada, pág. 423.

(18) En la página 424 del mismo tomo: "... el segundo de dichos artículos (el 671) se contrae precisamente al caso en que el otorgante no haya hecho la institución de heredero o de legatario nominalmente...".

(19) *Código civil*, v. 13, pág. 297 (5.^a ed., 1943).

(20) *Nueva Encyclopedie Jurídica Seix*, voz "Heredero", t. X, pág. 874.

título universal viene implicada por el propio texto legal —lo acredita el empleo en él del vocablo “*cantidades*”—, pero hay, además de ésta gramatical, una razón de dogmática jurídica que desorbita del precepto a que nos referimos tanto la sucesión por herencia como la que se verifica a título singular, y es: según los artículos 750 y 752, en relación con los 765, 769 y 773, del Código civil, la institución de heredero, y lo mismo la de legatario, han de hacerse determinadamente, mediante su designación personal, nominalmente o por circunstancias, y aun en los casos de vocación a una pluralidad de ellos —ya se entienda individual o colectivamente nombrados (21)— no puede ser incierta su designación, aunque sea mediata. Es por ello que el llamamiento genérico a una clase, sin concreción de las personas destinatarias del beneficio —caso del artículo 671 comentado—, no lo consideramos encuadrable en ninguna de las figuras clásicas de sucesión: herencia o legado.

El mismo Palomar Baró, en su citado trabajo, expone con feliz precisión, aludiendo a la institución de heredero, que “esta determinación (la de aquél) hay que situarla, en primer lugar, en la mente del testador, el cual al ordenar su última voluntad debe representarse a la persona que en definitiva ha de recibir los efectos beneficiosos de su disposición; viiniendo a significar, en segundo término, la existencia de una verdadera y propia concordancia entre dicha concreción del pensamiento del testador y la persona que se presente como sucesor suyo...”.

Esta acertada exposición contiene la idea que nos disuade de conceptuar herederos ni legatarios a los receptores de disposiciones del artículo 671.

La institución de heredero puede recaer válidamente sobre persona desconocida del testador, pudiendo su individualización quedar pendiente de la verificación de una circunstancia o de un procedimiento de constatación (22), pero ha de ser susceptible de una fijación

(21) Véase artículos 769, 771 y 751 del C. c.

(22) La posibilidad de esta diversidad de momentos —el de designación del heredero y el de su individualización posterior— está magníficamente expresada en la Resolución de la D. G. de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 1950 (*Rep. de Jurisprudencia Aranzadi*, abril 1950, número marginal 538. Comentada en *Rev. de Ley y Jurisprudencia*, junio 1950, pág. 779), en la que se dice:

“... La prueba de que una persona es el pariente más cercano y más joven de las ramas de los difuntos padres del testador, se puede practicar indistintamente y con iguales efectos registrales mediante la actuación de la fe pública judicial o de la extrajudicial, sin que sea pertinente entablar procedimientos ante los Tribunales de Justicia, declarativos del *derecho a la herencia claramente reconocido e individualizado en el testamento*”.

Y en otro lugar de la misma Res.: “... la declaración judicial de herederos en los casos de sucesión legítima enumerados en el artículo 912 del Código civil es improcedente cuando existe una institución hereditaria de todo el caudal relieto hecha en testamento a favor de un pariente del causante, que, aunque se desconozca al tiempo de otorgarlo, puede en momento oportuno ser determinado de modo indudable”.

cierta, concreta, habiéndose determinado su identidad, si no nominalmente, por una cualidad correspondiente a su persona, sin posible confusión con otra por equiparación de características. Y siendo colectivo el llamamiento nada impide que se les designe por las notas diferenciales del grupo, cuantitativamente cerrado, que compongan, si se extiende a todos los partícipes y son ellos susceptibles de identificación.

El supuesto del artículo 671 es totalmente diferente, y el supuesto a que alude queda referido siempre a un número impreciso de personas, a una clase abierta (los pobres, los parientes, los establecimientos de beneficencia), algunos de cuyos miembros pueden quedar excluidos del reparto, y los participantes del beneficio lo pueden ser en proporciones variables, según el arbitrio del distribuidor nombrado.

Los potenciales destinatarios de las disposiciones del artículo 671 estarán pendientes de unas operaciones de determinación que se dirigen a la entrega de la dotación acordada, pero no a la fijación del sujeto necesario de una titularidad. Cada una de las notas de aquel tipo de disposición difiere sustancialmente de las propias de la herencia o legado: determinación diferida de los beneficiarios, su señalamiento por tercera persona y, sobre todo, la contingencia de su elección.

Así pues, la imprecisión de las disposiciones hechas conforme al artículo 671 no sólo alcanza a la identidad de las personas, sino también a su número y a la porción con que hayan de resultar favorecidas; por cuanto se permite confiar a tercero tanto la distribución de cantidades como la elección de los futuros perceptores. Así es que en la figura que nos ocupa no se dispone para alguien en particular, sino que lo que característicamente hace el testador es ordenar un conjunto patrimonial a un fin determinado, imprimirle un destino, que se cumple y realiza independientemente de que unos u otros lleguen a recibarlo.

Naturaleza funcional de las disposiciones del artículo 671

Aquella última consideración nos conduce directamente a la "teoría de los patrimonios de afectación", aun a riesgo de penetrar en uno de los temas jurídicos más abstrusos, y tan enjundioso como discutido.

Desde que Windscheid afirmó la posibilidad de concebir derechos sin sujeto, la ciencia jurídica se ha esforzado en explicar y calificar toda una gama de situaciones de cierta semejanza con la que analizamos, y de las formulaciones surgidas sobre la inveterada controversia acerca de la naturaleza jurídica de las personas abstractas, conviene de un modo especial a nuestro caso, entre las agrupadas bajo la deno-

Coinciden con la doctrina transcrita las Resoluciones de 27-VI-1890 y de 26-VI-1901. En la nota retrospectiva que Editorial Aranzadi une a la inserción de la Resolución anteriormente calendada se indican, como precedentes jurisprudenciales, las Res. de 11-V-1900, 7-V-1907 y 19-X-1949 (XVI, 1213) y las SS. del Tribunal Supremo de 15-XI-1907, 3-IV-1909, 14-I-1914 y 12-IV-1916.

minación genérica de "teorías de la ficción doctrinal o negativas de la personalidad jurídica", la construcción de Brinz.

Su "teoría de los patrimonios de afectación" afirma no haber junto a las personas naturales una segunda especie de personas, sino una segunda especie de patrimonios. La esencia del patrimonio consiste en pertenecer, en una relación jurídica invisible entre bienes y personas. Pero esta ligazón puede existir también entre fines y bienes, subrogándose a la persona un cierto fin. Al "pertinere ad aliquem" se contrapone el "pertinere ad aliquid". Existe también un patrimonio impersonal a favor de un fin, y el ordenamiento jurídico lo conserva y portege (23).

De todas las construcciones doctrinales explicativas de la naturaleza de las personas jurídicas, la del patrimonio-fin es, sin duda, la que mejor se adapta a la realidad material de las fundaciones, aunque otras teorías convengan mejor a las personas jurídicas de tipo asociativo o corporativo (24).

No se nos ocultan las objeciones doctrinales opuestas a la "teoría de los patrimonios de afectación", pero al referirla a las disposiciones del artículo 671 del C. c. quedamos excusados de tales juicios impugnatorios. Consisten éstos, por lo general, en señalar la inaptitud del patrimonio —objeto nominal de la titularidad— para convertirse en sujeto de derechos; pero esta razonable consideración no reza con nuestra tesis, porque el objeto de su estudio no es erigir una personalidad jurídica, sino solamente reconocer en la dotación regida por el mentado artículo 671 los elementos objetivamente reales —patrimonio y fin— en que fundamentar el parentesco de aquella figura con el instituto de la fundación.

Apriorísticamente, hay en ambos casos un patrimonio sin dueño. No ha de decirse, sin embargo, que no es objeto de derecho (25).

Las dos instituciones están nutritas del mismo sustrato material (patrimonio), refinen idéntico elemento moral (su nota teórológica, altruista en las dos figuras y regida en ambas por la voluntad objetivada del fundador o del causante) y están, asimismo, dotadas del atributo jurídico de las corporizaciones orgánicas que actúan a su servicio (patronazgo, en la fundación, y los servidores de la obra nombrados por el testador, en las ordenaciones del 671).

La diferencia —considerable y sugeridora— que nos parece hallar entre las dos radica en que, siendo ambas formas semejantes de destinación de medios patrimoniales, una no ha pasado de ser un género más de disposición "mortis causa", en tanto que la otra, por sus condiciones de proliferación y fecundidad social, adquirió más extraor-

(23) *Lehrb. der Pandecten*, II, págs. 979 y ss.

(24) Autores como BRUNS, EISLE y BELZE aplican la teoría de BRINZ sólo para las fundaciones.

(25) Mejor diríamos que es objeto del Derecho, si tiene razón BELZE, contradiciendo a WINDSCHEID, al afirmar que no hay *derechos* sin sujeto, sino *cosas* que no pertenecen a nadie y que el orden jurídico conserva para consecución de un fin.

dinaria relevancia y, por la especialidad de los fines a que sirve, operó una estratificación en el medio, personificándose. Pero de ningún modo creemos que esta diversidad rompa el paralelismo de sus naturalezas originaria y esencialmente semejantes, porque no es aquélla sino la expresión de un accidente.

En definitiva, no hay entre ellas solamente un parentesco de origen, sino también un contacto de progresión evolutiva. Las disposiciones previstas en el artículo 671 representan una fase más en el desenvolvimiento histórico de la idea de fundación.

Es bien sabido que la consecución de fines altruistas con medios patrimoniales, más allá de la muerte de su ordenador, se vino realizando, a través de la evolución histórico-jurídica y mientras la institución fundacional no alcanzó su grado actual de madurez, utilizando medios jurídicos indirectos, que marcan otros tantos hitos en su desarrollo progresivo. A uno de éstos corresponde la figura regulada en nuestro artículo 671.

En efecto, a partir del más primitivo y elemental sistema de nombrar un heredero fiduciario, con la encomienda o ruego de cumplir el destino elegido, y pasando por la figura de la institución "sub modo" —imprimir a los bienes el pretendido fin piadoso mediante el apoyo en la persona de un heredero o legatario a quien se atribuya patrimonialmente la dotación, con el menoscabo de una carga (26)—, antes de alcanzar la forma de autonomía actual de la fundación, representa una etapa intermedia de desenvolvimiento la ordenación regulada en el artículo 671 de nuestro Código civil.

En el primer sistema la atribución del dominio al heredero es plena e incondicional, y la consecución del propósito sólo se obtiene por la realización eventual de la confianza (fiducia) depositada en una persona. Más adelante, la institución modal genera ya la obligatoriedad del destino impuesto, y en esto radica su progreso con respecto a la anterior, pero, como observa acertadamente Nart (27), los bienes no sirven todavía al fin, continúan perteneciendo al pectus del instituido; no hay todavía una afectación patrimonial, sino una personal obligación del heredero o legatario.

La dedicación directa de los bienes al fin previsto se alcanza con las disposiciones del género de las previstas en el artículo 671 aludido; se concreta en ellas la relación inmediata entre patrimonio y destino, sin interposición de personas mediadoras. Los designados para distribuir la dotación son servidores de la obra, no instituidos: gestores, que no titulares.

De la ordenación dispuesta según el repetido artículo 671 a la fundación propia no hay más que el salto representado por la erección de la segunda en personalidad jurídica. Pero no implica esto que la otra haya de considerarse como una figura arcaica que convenga hacer

(26) Procedimiento que pervive en los artículos 788 y 789 de nuestra Ley civil.

(27) "La fundación", en *Rev. de Der. Priv.*, 1951, pág. 492.

desaparecer, sino que la superación de una por otra se predica en el plano de una gradación jurídica evolutiva, pudiendo coexistir ambas en vigencia legal y práctica, porque su distinción viene recomendada por las diferencias de proximidad o inmediación de los fines respectivos a que se dediquen y de los correspondientes modos de realizarlos. Ciertamente, si el fin propuesto es de realización diferida o permanente (fundación propia), la exigencia de una organización durable requiere la estabilidad del ente, al cual conviene, por tanto, la atribución de personalidad; pero si el destino de la ordenación (como en las del artículo 671) se cumple en un acto único, con carácter de operación solutiva, basta para su realización los efectos que el ordenamiento legal reconoce de supervivencia de la voluntad del testador más allá de su óbito, mediante el testamento.

Otros preceptos del C. c. que contornean la naturaleza jurídica de las disposiciones del artículo 671.

Notablemente expresivo para refrendar nuestra tesis, el párrafo segundo del artículo 907 del Ordenamiento positivo civil.

Ocupándose de la dación de cuenta por los albaceas, terminada la gestión de su cargo, y al prescribir la forma de rendirla los distribuidores de dotaciones del artículo 671, viene incidentalmente a negar la condición de herederos a los perceptores de aquéllos beneficios:

"Si hubieren sido nombrados (los albaceas), no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez.

Es claro que la Ley, en el segundo inciso transscrito, excluye del concepto de herederos a los destinatarios de la inversión o distribución aludida, y ello no sólo por el sentido gramatical del período, sino aun por el argumento jurídico, sugerido por el contexto del artículo, de que, cifrando el legislador su propósito general en que los herederos reciban directamente y en primer lugar la rendición de cuentas del albaceazgo (28), la remisión que se hace después al Juez nace de la previsión legal de arbitrar un fiscalizador subsidiario para cuando los propios receptores de los bienes no reúnen la condición de inspectores natos del albaceazgo, es decir, la de herederos.

No creemos que engendre confusión el empleo del adjetivo "determinados" en el segundo inciso del precepto, haciendo pensar que la preposición adversativa siguiente se refiera al supuesto de indeterminación de herederos, caso imposible en el momento de la rendición de cuentas, porque es ineludible que hayan sido aquéllos identifica-

(28) El supervisor preferente de las cuentas del albaceazgo es el heredero, habiendo declarado el Tr. Supremo: "Cuando se declara que un testador murió en parte abintestato, los herederos declarados en virtud de éste pueden exigir cuentas al albacea, quien, por lo tanto, no las rinde al Juez". S. 5-I-1911.

dos y hayan recibido la herencia cuando los albaceas cesen en sus obligaciones de custodia y conservación de los bienes, y terminen su gestión, para dar seguidamente cuenta de ella. Además, también los beneficiarios del artículo 671 habrán de tener percibida su participación cuando la cuenta de los distribuidores se rinda, pudiendo haberlos designado el legislador para recibirla, siguiendo su designio general, si no les privase verdaderamente de la conceptualización de herederos. La atribución de ese cometido al Juez, en el supuesto que nos ocupa, parece indicar con claridad que se niega —“in mentis”— a los beneficiarios de la disposición aludida el carácter de sucesores a título universal.

Tampoco les cuadra la consideración de legatarios. Aparte de las razones dichas en los epígrafes anteriores, puede señalarse que la entrega de la dotación no se verifica por el heredero —como prevé para el legado el artículo 855—, ni siquiera se requiere el conocimiento de aquél ni su beneplácito —en contraposición a lo dispuesto por el artículo 902, 2.^a—, sino por directa proyección de la voluntad testamentaria, mediante su ejecución por tercera persona.

Finalmente, el comentado artículo 907 parece reconocer el sentido teleológico de las disposiciones del 671 y la afectación patrimonial de los bienes nucleados en ellas, al definirlas como instituciones hechas “para darles (a los bienes) la inversión o distribución que el testador hubiere previsto”, destacando la idea primordial de destino, su orientación finalista e impersonal.

Congruente con esta orientación es el párrafo 3.^o del artículo 992, que establece la especialidad de que “la aceptación de la (29) que se deje a los pobres corresponderá a las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y, en su defecto, a las que señala el artículo 749, y se entenderá también aceptada a beneficio de inventario”.

Era necesario adoptar una solución ajustada a la circunstancia en que se hallan, con respecto a la dotación dispuesta, los componentes del grupo o clase designados por el testador, relacionados con aquélla únicamente por una mera potencialidad, sin concreción previa de personas ni de módulos de participación. Cuando la herencia se causa y se abre la sucesión, no existe, para las disposiciones de que se trata, sino una colectividad genéricamente designada, que no tiene aptitud para verter la manifestación de voluntad en que la aceptación consiste, ni como grupo, por carecer de personalidad jurídica, ni individualmente sus miembros, ya que el nacimiento de sus relaciones jurídicas con respecto al beneficio pende —en situación de pura contingencia— de las operaciones de elección y distribución que hayan de realizar los servidores de la obra.

El problema es semejante al que se planteó en la doctrina acerca

(29) El término herencia, que en el párrafo copiado está elíptico, lo entendemos en sentido material, como masa patrimonial de bienes, tal como lo emplea el artículo 659, y no en la acepción jurídica de sucesión.

de la validez del acto fundacional bajo forma de disposición testamentaria, fundándose la oposición de algunos a su reconocimiento legal en el principio de que para suceder es necesario existir en el momento de la delación hereditaria, propugnando la imposibilidad de que sea llamada como heredera o legataria del testador la obra misma que éste se propone instituir, considerada como persona futura que acaso nazca a la vida jurídica mediante un decreto de reconocimiento legal. Esta doctrina nos dará pie, con motivo de la exposición de sus contradictores, para centrar adecuadamente el estudio de la institución que nos ocupa.

De aquella dañosa y desatinada tesis—adoptada, sin embargo, por la jurisprudencia civil francesa—dícese que vuelve a resucitar el mismo obstáculo vicioso que el Derecho romano había ya superado en el caso de institución de un esclavo con manumisión simultánea. La razón de mencionarla aquí viene del valor de la réplica con que Ferrara (30) ha destruido su aparente rigor dogmático. Advierte dicho autor que la fundación no es vocación de heredero o legatario y por eso no está gobernada por los principios sucesorios, sino que es un negocio autónomo de creación de una obra y destino de un patrimonio, aunque tome la vestidura testamentaria. La cuestión, por consiguiente, no puede considerarse influenciada o prejuzgada por las reglas materiales que valen para las disposiciones de última voluntad, porque la fundación “mortis causa” es un “tertium genus”, no una especie de aquéllas. Si es así, a los principios intrínsecos del negocio de fundación y destino es a los que hay que acudir para saber si es posible la dedicación de un patrimonio “mortis causa” a favor de un ente que se instituye. Y cuando nos colocamos en este terreno, no podemos dudar un momento de la licitud de tal procedimiento, puesto que si la fundación debe nacer al futuro, es legítimo que el patrimonio sea reservado y vinculado para el futuro, en espera de ese ente. Aquí la existencia del llamado es un principio que viene de fuera, sin fin acomodado a la esencia del negocio de fundación.

También el legislador español, en el párrafo tercero del artículo 992, acudió a fórmulas propias del fenómeno sucesorio para arbitrar medios de ejecución a las disposiciones del artículo 671; pero la misma solución adoptada descubre cómo fue preciso forzar el concepto clásico de la aceptación hereditaria con el fin de obtener el resultado práctico propuesto y para que fuera éste concorde con el destino de la figura tratada en el último de los preceptos referidos.

La aceptación de herencia presupone la previa delación del heredero, y como no se da ésta en el supuesto del 671, ni los posibles receptores de su objeto están en condiciones de prestar aquella manifestación de voluntad, la ley optó por imputar el acto de aceptación a las personas de los distribuidores, voluntaria o legalmente nombrados. Pero lo cierto es que la aludida aceptación no se produce si no

(30) En *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp., Madrid, 1929, páginas 739 y 740.

por consecuencia de una ficción legal, sin necesidad de un acto explícito, ni siquiera de una tácita conformidad. El inciso final del artículo comentado —“se entenderá también aceptada a beneficio de inventario”— proclama una aceptación presunta, establecida “a priori” por el ordenamiento jurídico.

En esta dirección se orienta la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1895, según la cual “la aceptación en este caso corresponde en primer término a las personas encargadas por el testador de distribuir sus bienes, sin que puedan aceptarlos de otro modo que a beneficio de inventario”.

Y la de 25 de mayo de 1897, del mismo Tribunal, proclama que “la aceptación de la herencia que el testador dejara a los pobres en general, sin designación de persona determinada, en uso de la facultad que para ello le otorga el artículo 749 del C. c., se rige por lo dispuesto en el 992, según el cual, no siendo posible a los agraciados aceptarla por sí mismos, corresponde la aceptación, en primer término, a las personas encargadas por el testador de distribuir sus bienes, y se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario, siguiéndose de ello que las personas llamadas por la ley para aceptar la herencia carecen de facultades para aceptarla libremente, y por consecuencia de la aceptación pueden los pobres resultar favorecidos, mas nunca perjudicados”.

Nadie dudará, asimismo, de la imposibilidad de repudiarla los distribuidores. Concederles ese poder sería tanto como permitirles la revocación de la disposición testamentaria, contrariar el propósito legal que yace bajo el texto del repetido artículo 992, torcer la orientación de las resoluciones jurisprudenciales transcritas y favorecer la inmoralidad que representa privar deliberadamente de la dotación a los agraciados, para beneficio directo de los herederos, en quienes automáticamente recaería. Niega, en tal caso, la facultad de repudiar Puig Peña (31).

Así pues, si convenimos en que los ejecutores de la disposición no pueden repudiarla y la aceptación se les atribuye a beneficio de inventario, por prescripción legal, no queda de la aceptación más que un molde sin contenido, una fórmula vacía, por la que a una institución característica y autónoma (la del art. 671) se aplican principios del régimen sucesorio, que ni le cuadran ni los necesita.

Pudiéramos repetir las palabras de Maságao (32), abundando en los argumentos de Ferrara: “¿Si ninguno confunde una fundación hecha en escritura con el nombramiento de heredero o legatario, por qué ha de surgir esa confusión cuando el institutor prefiere realizar la dotación por testamento?” (33). Acaso la contestación venga dada

(31) *Tratado de Derecho civil español*, V, II, pág. 243.

(32) “Fundaciones creadas por testamento”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de San Pablo*, 1945, pág. 7.

(33) Los principios sucesorios parecen tener una clara propensión a dilatar sus horizontes naturales. Ofrece otro ejemplo la sucesión del Estado en las herencias vacantes. Varios autores señalaron —SANTI ROMANO, ROBATINA— que

por un hecho histórico y se trate de una reminiscencia del uso preterito de las fórmulas sucesorias como medios jurídicos indirectos para realizar el fin de destinación patrimonial cuando la teoría de la fundación no había alcanzado la elaboración y la dimensión práctica actuales.

Superados aquellos medios de realización mediata, convendría recordar que la vestidura testamentaria con que se produzcan las manifestaciones de voluntad no da necesariamente carácter sucesional a las relaciones nacidas de ellas.

El socorrido sistema de enfocar las disposiciones a que nos referimos desde el prisma de la sucesión ha dado lugar a tan desatinados errores como el reflejado en la resolución hipotecaria de 24 de mayo de 1901: "Ordenándose por el testador la distribución de una parte alícuota de sus bienes entre casos necesitados de pobres vergonzantes de la parroquia, a disposición del párroco y administradores de vergonzantes de ella, dichas entidades son las instituidas realmente herederas."

El pensamiento de sus redactores es de una extrema simplicidad. La imposibilidad manifiesta de tener por herederos a los beneficiarios y la estrechez de su perspectiva, circunscribiendo estrictamente el enfoque al orden sucesorio, les llevó a llamar herederos a los distribuidores, con lo cual la relación jurídica con los bienes se establece más hacia los mediadores que con los destinatarios.

Muchos actos puede contener el testamento que no tienen carácter sucesorio. El nombramiento de tutor y de consejo de familia, el reconocimiento de la filiación natural, la autorización de matrimonio en los casos del artículo 45, 3.º, y del 168, en su redacción anterior a la Ley de 24 de abril de 1958, la ordenación de exequias y enterramiento, son otros tantos actos susceptibles de contener el testamento y absolutamente extraños, sin embargo, a la regulación de la herencia. Sólo algunos de ellos participan de la revocabilidad del acto en que se ordenan, y en esto sí que la normatividad testamentaria alcanza a las disposiciones aludidas en el artículo 671. Decimos que las alude, porque en modo alguno ofrece el precepto una regulación de la institución que constituyan, sino que sólo incidentalmente se refiere a ellas al dictar una permisión para que en el testamento se designe a quienes hayan de ejecutarlas, con motivo de precisar el alcance del carácter personalísimo atribuido a aquél en el artículo precedente.

No ofrece dudas la posibilidad de disponer por acto "inter vivos" bienes económicos para una determinada clase o grupo, ni la de encomendar a una o varias personas la distribución de la masa patrimonial ordenada a aquél fin; pero cuando su realización pretende ordene

el derecho del Estado en la herencia yacente es aplicación del principio de que lo que no pertenece a nadie en particular pertenece al Estado; pero aunque no se funda, por consiguiente, su atribución en título hereditario, considerables razones de orden práctico—la concepción de la herencia como universalidad, la responsabilidad por el pasivo de la misma—aconsejaron dar al Estado la situación de un sucesor universal.

narse para después del fallecimiento del constituyente y el acto ha de revestir formalidades testamentarias, la delegación de facultades distributivas en terceras personas —que inicialmente contraría la condición personalísima del acto “mortis causa”— reclama una expresa sanción de validez. Autorizar particularmente esta forma de comisión testamentaria es la finalidad específica del artículo 671 del Código civil.

Concluimos opinando que la institución puede perfeccionarse mediante un acto testamentario, del mismo modo que es susceptible de operar sus efectos en vida del ordenador, si se constituye por acto “inter vivos”; pero, aunque en el primer caso nazca a la vida jurídica por causa de muerte, nunca engendra un fenómeno sucesorio. Y yerra Nart (34) al considerar que si se estima, como Ferrara, que el régimen del negocio fundacional bajo forma testamentaria está fuera de los principios sucesorios (“tertium genus”), se llegaría a la irrevocabilidad del testamento en cuanto a la disposición fundacional. El citado autor se equivoca, y de su propia exposición pueden extraerse argumentos que le son oponibles. No se confunda la sucesión con la ordenación “mortis causa”; es aquélla el efecto de algunas de estas disposiciones. El testamento no tiene por único contenido la voluntad hereditaria, y la fundación ordenada en aquél toma del acto “mortis causa” su carácter revocable, lo cual no impide a su naturaleza extrsuscesoria, aunque la muerte del ordenador rija como término “a quo” y como hecho causal de su eficacia. El ser un “tertium genus” no presupone la irrevocabilidad de su constitución, porque la posibilidad de alterar o suprimir la disposición no proviene de ninguna hipotética esencia o afinidad sucesoria, sino del carácter unilateral y “mortis causa” del acto en que se concreta. La irrevocabilidad de otros contenidos testamentarios no se puede predicar de la disposición fundacional. Si el reconocimiento de la filiación natural perdura en eficacia aunque se revoque el testamento en que se realizó, se debe a su carácter no patrimonial, familiar, aparte de por no ser un acto dispositivo, sino de constatación de una realidad. No es una declaración de voluntad, sino una declaración de verdad (35).

Pues bien, cuantas razones imponen la irrevocabilidad del reconocimiento testamentario de la filiación natural sugieren “a contrario sensu” las apoyaturas lógicas y jurídicas de revocabilidad de la disposición fundacional “mortis causa”, sin necesidad de acudir, para fundamentarla, a la inveterada fórmula de su pretendida naturaleza sucesoria. Así pues, aunque la disposición fundacional declina su eficacia con la revocación del acto testamentario en que se ordene, no es de sucesión el fenómeno jurídico que está llamada a producir.

Tampoco los potenciales perceptores de las disposiciones aludidas

(34) “La fundación, en *Rev. de Der. Priv.*, 1951, págs. 496-497.

(35) Sin pretender decidir aquí ninguna preferencia entre los sectores doctrinales del reconocimiento-admisión y del reconocimiento-confesión, no cabe duda que el fundamento y el significado natural y jurídico del acto consiste en la proclamación de la filiación como hecho.

en el artículo 671 del C. c. suceden al testador, como no le suceden los beneficiarios de la dotación fundacional clásica o pura.

Ya Clemente de Diego (36) negó carácter sucesorio a las comúnmente denominadas mandas "pro anima": "Propiamente no se trata de institución de heredero a favor del alma, como se dice en frase consagrada, sino de una afectación que se impone a los bienes, que puede convertirse o no en verdadera fundación, con carácter permanente, por tanto."

II

Las disposiciones a que se refiere el artículo 671 del Código civil en la legislación especial de Beneficencia.

No existe en nuestro Derecho un ordenamiento sistemático y completo acerca de la fundación. La normatividad relativa a ella, siempre esporádica y parcial, hay que buscarla, aparte de la escueta referencia de los artículos 35 y siguientes del C. c., en las leyes especiales de Instrucción y Beneficencia, con ocasión de regular sus relaciones administrativas.

Es oportuno, en el punto actual de desarrollo de nuestro estudio, descubrir si aquella especial legislación se hace eco de alguna manera de las dotaciones aludidas en el artículo 671 referido. La comprobación de ello vendría a arrojar grandísima luz sobre el planteamiento de nuestra tesis, aparte de otras considerables consecuencias prácticas que más adelante ponderaremos.

Para dirigir adecuadamente el examen propuesto habremos de centrar la investigación sobre si las circunstancias de permanencia de los fines y de erección de la personalidad jurídica —únicas notas conceptuales que distinguen la fundación propia de las disposiciones del artículo 671— excluyen o no a estas últimas del ámbito de aquella normatividad administrativa. En realidad, ambos elementos están de tal modo conexionados que no son sino respectivas manifestaciones de un mismo hecho. Ya quedó apuntado que la imputación de personalidad jurídica a la forma clásica de fundaciones es una consecuencia de la permanencia de sus fines, para dotar al ente de la estabilidad que requiere la realización durable de aquéllos; en tanto que devendría absolutamente estéril cuando el destino de la dotación se cumpliera en un acto único no diferido.

La personalidad jurídica carece, pues, de relieve como elemento discriminativo. No es más que un recurso técnico del Derecho, innecesario o reclamado en cada caso, según las diferencias de proximidad de los fines y de los correspondientes modos de realizarlos. Aquella

(36) *Instituciones de Derecho civil español*, III, pág. 118 (Madrid, 1932).

atribución no priva ni dota a ambas figuras de su esencial naturaleza de negocios de destinación patrimonial, y este sentido objetivo y finalista del negocio es el elemento que lo caracteriza, independientemente de la contingencia de poseer o no personalidad jurídica —su innecesidad es una mera circunstancia de orden práctico—. Así, De Buen (37) afirma que no repugna a un sentido lato de la palabra fundación concebirla sin personalidad jurídica.

Se comprende por ello que la mencionada legislación de Beneficencia, atenta a los intereses públicos que cobija, acoga en su seno cualquier clase de dotación altruista e impersonal. No hay en ella precepto alguno que limite su esfera de aplicación a las fundaciones dotadas de personalidad. Por el contrario, parece inequívocamente alcanzar a las disposiciones del género de las que estudiamos, al definir el artículo 2.^º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, dictado para reorganizar los servicios de beneficencia particular:

“Son instituciones de Beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorros y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías.”

También excluye el requisito de la perennidad el artículo 2.^º del Real Decreto de 24 de julio de 1913, regulando el ejercicio del protectorado del Gobierno en la beneficencia docente particular, al declarar:

“En las herencias y legados benéficos que no impliquen obligaciones permanentes, la acción del Protectorado del Ministerio de Instrucción Pública cesará con el cumplimiento probado de la voluntad del testador.”

Asimismo, el artículo 3.^º del Real Decreto de 20 de julio de 1926, con respecto a las instituciones y fundaciones benéfico-docentes de enseñanza agrícola, pecuaria o minera, alude al mismo género de disposiciones, coincidiendo en los términos del anterior.

Finalmente, ninguno de los preceptos fijadores de criterios de clasificación de fundaciones benéficas (38) exige requisito alguno relacionado con la duración de las mismas. Y es que no se comprendería que el Estado extrañase su función de protectorado con respecto a ciertas fundaciones sólo porque sus fines, de igual relevancia pública que los de las demás, fueran susceptibles de consagración en un tiem-

(37) Notas a COLIN y CAPITANT en la edición española de su *Curso elemental de Derecho Civil*, II, pág. 498 (Madrid, 1942).

(38) Véase artículo 58, Instrucción de 14 de marzo de 1899; artículo 44, Instr. de 24 de julio de 1913; artículo 28, Instr. de 20 de julio de 1926.

po menos prolongado y no necesitaran por ello mismo el atributo de la personalidad jurídica. Incluso puede ser más apremiante la actuación de su potestad interventora e impulsante en estos casos, por la ausencia en ellos de una corporización orgánica actuante.

Por último, la consideración de las disposiciones del artículo 671 del C. c. como fundaciones y su incardinación en el área de la legislación de Beneficencia, al colocarlas bajo el ejercicio de la tutela y fiscalización estatal, viene a resolver el problema que "Mucius Scaevola" (39), ajeno a estos presupuestos, formulaba así, comentando el artículo 749 de la Ley Civil:

"Nuestro juicio es que se trata de una misión de confianza y de conciencia; que no hay medios civiles de exigir el cumplimiento de esta disposición, y que las reclamaciones procedentes, como las del artículo 747 en igual caso, cuando la disposición no se ha cumplido, pertenecen exclusivamente al círculo del Código penal."

Tiene razón este autor desde su ángulo exclusivamente privatista. No se puede obtener frente a los servidores de la obra piadosa su realización ante la jurisdicción civil, porque el grupo o clase genéricamente designado carece de personalidad jurídica y no pueden sus miembros esgrimir individualmente ningún procedimiento civil, dado que están privados en absoluto de titularidad jurídica sobre la dotación hasta que los terceros designados para distribuirla los individualicen como beneficiarios de la misma. Pero admitir sin más la inoperancia de aquella disposición, por la actuación arbitraria de sus servidores, con la conformidad pasiva que predica "Mucius Scaevola", equivaldría a negar la imperatividad del Derecho. Es preciso arbitrar medios jurídicos que aseguren el cumplimiento de la ordenación, sin que su realización práctica resulte comprometida por la negligencia de aquéllos o por su malicia (40). Si esa eficacia no viene asegurada por aplicación de la ley civil, la totalidad conceptual del Derecho exige que otra esfera jurídica le preste su amparo, y la imperatividad que propugnamos hemos de hallarla sancionada para nuestro supuesto en el campo del Derecho público. Su inserción en éste vendrá determinada por los intereses generales que representa y proyecta la ordenación. Su conceptuación como especie de fundación acogida a la legislación de Beneficencia impondrá la aplicación de preceptos tales como:

El artículo 11 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899:

"Corresponde al Gobierno el protectorado de todas las instituciones de Beneficencia particular que afecten a colectividades indeterminadas, y que por esto necesiten de tal representación."

(39) *Código civil*, v. 13, pág. 304, 5.^a ed., 1943.

(40) La sentencia penal que recayese, si hubiere lugar a ella, no podría contener pronunciamientos que impulsaran los bienes hacia su destino previsto.

El artículo 1.^a de la Instrucción anexa al anterior:

“El Protectorado de las instituciones de Beneficencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas con el cumplimiento probado de la voluntad del testador.”

El artículo 53 de la misma Instrucción:

“Siempre que se susciten dudas, de oficio o a instancia de parte, sobre el carácter público o particular de una fundación benéfica, se instruirá expediente para su clasificación.”

El artículo siguiente autoriza para promover expediente de clasificación de las fundaciones a los interesados directa o indirectamente en sus beneficios.

El artículo 40 del Real Decreto de 24 de julio de 1913, con respecto a la beneficencia docente particular, reiterando el sentido de la normatividad precedentemente citada, aclara que se habrán de considerar interesados “los vecinos del pueblo en que la fundación deba producir sus beneficios”.

El artículo 25 del Real Decreto de 20 de julio de 1926, proclamando idéntica legitimación.

Y cuantos preceptos, congruentes con los relacionados, completan o desarrollan el contenido de éstos.

III

Los artículos 671 y 749 del Código civil, preceptos armónicos.

Se establece visiblemente entre ellos el empalme de una común “ratio legis”. Es cada uno la prolongación del otro: el 671, incardinado en el capítulo regulador de los testamentos, ve la institución desde el ángulo activo del otorgante, permitiéndole este género de disposición; el 749, en la sección que trata de la capacidad para suceder, regula la figura desde su lado pasivo y concreta las reglas de realizar la voluntad del testador.

Pero también son de advertir las disonancias existentes entre ambos preceptos:

a) El 671 permite encomendar a un tercero la distribución del beneficio y la elección de los sujetos a quienes se haya de aplicar, de entre los pertenecientes a la clase o grupo señalado por el testador.

El 749 atribuye al servidor de la obra piadosa —y a los que le sustituyan por disposición legal, a falta de designación (o de aceptación o aptitud) del primero— las facultades de calificación de los pobres y de distribución de los bienes.

Ambos coinciden, pues, en confiarle la labor de distribuir la dota-

ción acordada, pero los términos de los artículos referidos son diferentes al expresar la otra facultad que cada uno de ellos otorga al tercero ejecutor de la facultad testamentaria. Y cabe preguntar: ¿Qué diferencias pueden existir y cuáles quiso establecer el legislador entre la función de elegir a "las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse" (art. 671) y el cometido otorgado por el 749, de verificar la "calificación de pobres"? Elegir, uno, y el otro, calificar, dicen.

Puede plantearse el problema de si el último de los citados preceptos determina en cada uno de los conceptuados pobres la condición de beneficiario forzoso, limitándose en este punto el distribuidor a verificar en cada cual la calificación de persona menesterosa; mientras que el artículo 671 acaso amplíe la esfera de poder de aquél a elegir, de entre la clase destinataria del beneficio, las personas concretamente receptoras del mismo o de parte de él, pudiendo quedar excluidas otras pertenecientes al grupo.

Creemos correcto interpretar que el alcance de la delegación de facultades es idéntica en una que en otra norma y que en ambas se permite el ejercicio de aquéllas del modo más libre y amplio. Nuestra opinión deriva de las razones siguientes:

La razón de confianza, especialísima y fundamental, que nutre la designación (41). En todo el campo del actuar humano y aun más allá del estrictamente jurídico, la confianza inherente al nombramiento guarda un paralelismo acusado con la libertad de la función correspondiente, así como esa dilatación de los horizontes del poder conferido multiplica la responsabilidad derivada de los actos de su ejercicio. Robustece esta consideración la circunstancia de recaer el nombramiento que nos ocupa sobre un oficio "post mortem" del designante.

Asimismo, si es evidente que se le permite distribuir el caudal señalado y ello implica, según el sentido usual y gramatical del término, su división en porciones no necesariamente iguales, la inexistencia de límites para cada fracción resultante vigoriza el convencimiento de la posibilidad de reducir el número de hipotéticos receptores, porque carecería de sentido la prohibición de excluir a uno o algunos de los potenciales destinatarios, si ciertamente sus participaciones pueden ser reducidas a la cantidad mínima posible de valor.

La misma concordancia lógica y funcional existente entre los dos artículos que nos ocupan hace presumible un mismo designio legal en la regulación del punto tratado. Es aconsejable, además, permitir tales discriminaciones y exclusiones, para dar eficacia práctica a la ordenación testamentaria del causante, acomodando la cuantía de cada entre-

(41) De la página 423 del tomo y obra citados de MANRESA: "... para que estos legados o instituciones produzcan buen resultado y llenen los fines que el testador se propusiera al ordenarlos, conviene que su ejecución quede encargada a persona que posea el conocimiento debido de las necesidades verdaderas de las entidades favorecidas, cuyo conocimiento no es probable que pueda tener el otorgante, cuando por sus circunstancias esté alejado de la vida interior de tales institutos y de las necesidades de dichas clases".

ga a las conveniencias del caso y a las necesidades de quienes las reciban, según el piadoso designio del testador, evitando que por excesivo fraccionamiento se hagan inútiles las prestaciones.

También converge con esta orientación un precedente histórico. El Código de las Partidas, con claridad y concisión envidiables, permitía al testador apoderar a su testamentario para que éste, "según su albedrío, parta a pobres" los bienes que no dejare a personas ciertas (42). El reconocimiento de su albedrío personal, junto con la omisión de artículo ante el vocablo "pobres", hacen a la norma rotundamente explícita.

b) El artículo 671, refiriéndose al momento de ordenar la última voluntad autoriza la delegación de facultades previstas en él. El 749 regula las operaciones a realizar cuando el testamento rige ya la sucesión, una vez fallecido su ordenador.

Tienen, respectivamente, carácter permisivo e imperativo. El primero consiente que se haga la disposición de que se trata y reconoce al testador los efectos de su voluntad de encomendar a un tercero la distribución del caudal afectado al destino previsto; pero, buscando la armonía y totalidad del ordenamiento jurídico, se fija en el otro precepto la regulación supletoria y forzosa para cuando dicha voluntad de designación no se haya exteriorizado. En tal supuesto, siendo necesario un servidor de la obra piadosa para alcanzar los fines propuestos por el disponente, se opera un llamamiento legal, conforme al párrafo segundo del artículo 749, a determinadas personas, como sustitutas del que pudo ser y no fue voluntariamente designado. La continuidad lógica y funcional —de que antes hablamos— no puede ser más clara entre ambos preceptos.

Y, sin embargo, parecen desacoplarse en lo que atañe a sus ámbitos objetivos de aplicación, diferentes, aparentemente cuando menos.

El artículo 671 refiérese a las disposiciones de cantidades para clases determinadas, en general, y la mención de los parientes, los pobres y los establecimientos de beneficencia constituye una frase explicativa; no limitativa ni excluyente, por tanto, de otros indefinidos grupos o clases susceptibles de ser elegidos por el testador. Así lo expresa el adverbio modal dominante del inciso.

La alusión del artículo 749 abarca, literalmente, sólo a los pobres.

La redacción dada a estos preceptos nos obliga a plantear y resolver el problema de cómo y por quién se ejecutan y realizan las disposiciones hechas conforme al 671, cuando no sea de pobres la colectividad beneficiaria, y, consecuentemente, si el régimen supletorio del artículo 749 es aplicable a las disposiciones —del género de las del artículo 671— ordenadas en favor de una clase distinta de la mencionada en la literalidad de su texto.

(42) Ley 3.^a, tít. 10 de la Partida 6.^a

Disparidad entre estos artículos y el 751

El conflicto planteado se destaca de un modo especial al advertir otro artículo en la Ley, el 751, continente de una regla para "la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador", precepto que, si se le atribuye la regulación de un caso particular del artículo 671, acaso pareciera indicar que la fórmula del 749 no fuera aplicable más que a las disposiciones genéricamente hechas en beneficio de los pobres.

Es de hacer notar, sin embargo, que no hay en nuestro Código ninguna otra norma equivalente a las de los artículos 749 y 751 que trate, para las demás clases potencialmente destinatarias de los beneficios del 671, la cuestión que aquéllos parecen dar resuelta, respectivamente, cuando pobres o parientes, exclusivamente quizás, son favorecidos. Las cantidades dispuestas en favor de cualesquiera de los demás grupos posibles, sin haber a nadie expresamente encargado de su distribución, ¿cómo se realizarán? ¿Quién las habrá de impulsar en su vía de tránsito hacia el destino acordado? ¿Y por qué procedimiento se verificará la individualización de sus participantes?

No daremos a esto contestación hasta haber decidido si la disposición a que el artículo 751 se refiere es o no de las previstas en el 671. En caso afirmativo, es claro que la extensión objetiva del artículo 749 queda reducida, cuando menos, con respecto al ámbito del 671, en lo que el 751 abarca; mas si éste proyecta su hipótesis legal sobre instituciones extrañas al artículo 671, la norma del párrafo segundo del artículo 749 es "ejemplar único" en nuestro ordenamiento civil y su ámbito, potencialmente ilimitado, puede alcanzar a todos los casos del 671, aunque sea por extensión hermenéutica o analógica.

Parece negar toda concomitancia entre los artículos 671 y 751 el razonamiento de que, si se hubiera querido predeterminar en el segundo de ellos la identidad de las personas destinatarias de la disposición hecha conforme al otro, el legislador se contradiría, anulando su propia obra, al impedir con el 751 el ejercicio de la facultad de elección que el 671 confiere individualmente al cumplidor de la ordenación. No cabe elección cuando no hay alternativas entre las que escoger, si por prescripción legal se decidió una determinada.

Tampoco convenimos en dar al precepto de que se trata carácter subsidiario para cuando la designación del tercero distribuidor se haya omitido por el causante (hipótesis de un régimen legal fatalista, a falta de la autorizada delegación de facultades libres), porque ni la redacción ni el sentido del artículo 751 permiten atribuirle otro carácter que el de "ius cogens", norma forzosa positiva, excluyente de la posibilidad de una normación de primer grado a la que viniera a suplir.

Añadiremos una razón positiva: el artículo 751, puesto a continuación del precepto que sanciona de nulidad las instituciones a per-

sonas inciertas, tiene un claro propósito de certidumbre en la determinación de los instituidos, paliando, en su caso particular, los efectos del 750, mediante la realización "ope legis" de un elemento im puesto como requisito de validez por el artículo precedente. Su conexión con el 750 lo desprovista de toda relación con las disposiciones que no se hallan necesitadas de la exactitud que está llamado a cumplir.

Creemos que el artículo 751 contiene una norma complementaria de la del párrafo segundo del 772, y su aplicación recae sobre las instituciones de herencia o de legado. Prevé un caso de designación genérica, innominal y mediata, de herederos o legatarios, cuya individualización o, mejor, identificación, se opera, objetiva y mecánicamente, al causarse la herencia, por el juego fatal de los grados parentales, en virtud de la norma del artículo 751.

Su finalidad es idéntica a la del párrafo 2.067 del Código civil alemán, según el cual la atribución en favor de los parientes o de los más próximos parientes del causante —en la jurisprudencia germanica se aplica esta denominación ya antes de abrirse la sucesión— es considerada como designación de herederos legales, y se estima aquél precepto como una regla de interpretar la voluntad del testador. Así, no se considera incluido al Fisco en el llamamiento, aunque fuera heredero legal; ni al cónyuge, salvo que se deduzca haberlo querido comprender el testador. La doctrina alemana analiza el párrafo indicado juntamente con otros supuestos de designación innominal (llamamiento a "sus hijos", a "los descendientes de un tercero", a "personas" que están con el testador "en relación de servicios o de negocios"), pero siempre tratándolos como casos de vocación de herederos, con fidelidad a la doctrina común de las personas ciertas, cuya fijación se pretende obtener con las reglas dictadas, para evitar la aplicación del párrafo 2.073, sancionador de la ineficacia de las designaciones hechas en "forma que sea común a varias personas", cuando el intento de individualización, mediante todos los medios de interpretación racional, fracasa.

Igualmente, el artículo 751 de nuestra Ley civil cumple su destino aplicándose a las instituciones de herederos y de legatarios, y carece de relación con las formas dispositivas del 671, a las que es ajena la exigencia de certidumbre propia de las primeras y que el artículo 751 está llamado a producir.

Si estamos en lo cierto, las disposiciones "mortis causa" ordenadas genéricamente en favor de los parientes del testador pueden entrañar figuras jurídicas diversas: de herencia o de legado; cumpliendo las exigencias de los artículos 772 y concordantes, mediante la aplicación del 751; o bien una disposición de las reguladas en el 671. Es posible que la distinción de ambos casos presente dificultades en la práctica, porque surgen dudas acerca de la voluntad del testador, pero en el campo doctrinal y legislativo basta la diversidad conceptual para admitir su dualidad, con independencia de los inconvenientes que acarree su aplicación en cada caso particular. Ambas formas pue-

den incluso coexistir, y sería perfectamente normal que la distribución de cantidades entre los parientes se ordene, conforme al artículo 671, seguidamente de instituir herederos a los más próximos.

El primero de los supuestos referidos, con aplicación del artículo 751, haría actuar el precepto del 765, ordenador en tal caso de una distribución igualitaria.

En el otro caso, el reparto se practicará por un tercero, sin sometimiento a reglas fijas, ni de proximidad parental ni de igualdad distributiva (43).

Así pues, la esencial especialidad del artículo 671, permitiendo un reparto discrecional por el cumplidor de la ordenación, excluye toda correlación entre aquella norma y la del 751, y desconectados ambos, sólo el 749 nos ofrece una normatividad de contenido ejecutivo para las disposiciones hechas a tenor del primero de los referidos artículos.

Diversas soluciones

La necesaria plenitud del ordenamiento jurídico obliga al encargado de aplicarlo a investigar las soluciones adecuadas para los demás supuestos del artículo 671, correlativas a la dictada para los pobres por el 749; a decidir si, pese a la estrechez gramatical de éste, su párrafo segundo fuera aplicable a los demás casos del primero de los referidos preceptos y, en caso negativo, buscar, dentro o fuera de la Ley sustantiva, las fórmulas jurídicas reguladoras de aquellas hipótesis.

Habiéndose omitido la designación del cumplidor de las disposiciones ordenadas conforme al artículo 671 para los parientes, para los establecimientos de Beneficencia o, genéricamente también, para otros grupos o clases que no sean de pobres, ¿de qué modo y por quién se habrán de ejecutar?

Es de pensar en el albacea, primeramente. Podría fundamentar esta solución el artículo 902 del Código civil y en ello coincidiría con lo establecido para casos semejantes por los artículos 747 y 749. Pero este último precepto prevé la inexistencia de testamentario y también nosotros hemos de pensar en esta eventualidad. En tal caso las fórmulas son teórica y apriorísticamente posibles:

Una, encomendando tal cometido a las mismas personas que el artículo 749 señala para el caso de destinarse a pobres la dotación, bien porque una interpretación correcta del mismo nos aconseja dilatar su extensión lógica, o ya fundamentando la aplicación analógica de la misma, si se entendiera producido un supuesto vacío legal.

(43) Algunos códigos, como el napoleónico y el italiano de 1865, niegan validez a la institución hecha genéricamente a los parientes sin expresión de las personas ni distinguir clases o grados de parentesco, salvo en el supuesto que prevé el artículo 671 de nuestra Ley civil, o sea, en el de encomendar a una tercera persona la distribución de la herencia.

Independientemente del tino o desacuerdo que quepa atribuir a tal régimen, se halla en él, junto con la dirección legal única que adopta, el reconocimiento implícito de nuestra propongida dualidad conceptual.

Otra, sugerida por los principios legales rectores de la sucesión, atribuyendo aquella función al heredero, como continuador de la personalidad del causante. El propio "Mucius Scaevola", comentando el artículo 749 (44), considera inconveniente el "olvido en que se pone, contra las mismas doctrinas del Código, la personalidad del heredero". Pero esta opinión nos parece equivocada y nos nieve a rechazarla una elemental razón de equidad, ese criterio de justicia concreta que sirve al jurista de constante y encomiable procedimiento inspirador de soluciones, según se ha dicho.

Estimamos inconveniente confiar al heredero la ejecución de lo dispuesto según el artículo 671, encomendándole funciones y atribuciones que arbitrariamente podría dilatar, omitir o realizar indebidamente, en su propia ventaja, y con evidente inmoralidad, frente a un grupo o clase, genéricamente designado, que se halla desasistido de protección ante la jurisdicción civil por carecer de personalidad jurídica como tal grupo, ni poder sus miembros esgrimir procedimiento tutelar alguno ante los tribunales ordinarios, ya que el nacimiento de sus relaciones jurídico-privadas con respecto a la dotación acordada dependería del propio heredero, si fuera éste quien hubiere de individualizarlos, hasta cuyo momento carecen en absoluto de titularidad civil alguna al respecto.

Posibilidad habría, de "lege ferenda", para encomendar al heredero la distribución y aun podría decirse que algún principio jurídico lo apoyaría, pero la repulsa que el legislador hizo, con acierto, de tal solución, en el artículo 749, nos disuade de adoptarla para los demás supuestos del artículo 671. Confiar tal misión al heredero equivaldría a dejar comprometida la realización de la voluntad testamentaria, aunque aquél sea, por una ficción legal, el continuador de la personalidad del causante. Preferimos apartarnos de rigorismos dogmáticos y, en trámite de acudir a los principios generales del Derecho, determinar la norma—según palabras de Del Vecchio (45)—, "mediante la intuición directa del caso singular, o sea, de las exigencias que dinmanan de la naturaleza misma de las cosas".

El artículo 671 del Código civil y la Ley Procesal

Llegados al estado actual de desarrollo del tema, es preciso traer a colación los preceptos del Título XI, Libro segundo de la Ley de Enjuiciamiento civil, que regulan el procedimiento de adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres.

El artículo 1.101 de la Ley Ritiaria:

"Cuando un testador haya ordenado que el todo o parte de sus bienes se distribuya entre sus parientes hasta cierto grado, entre los pobres u otras personas que resultan ciertas circuns-

(44) *Código civil*, v. 13, pág. 301; 5.^a ed., 1943.

(45) *Filosofía del Derecho*, ed. esp., 1929, t. I, pág. 32.

tancias, pero sin designarlas por sus nombres, para hacer la declaración del derecho y la adjudicación de los bienes se observará el procedimiento que se establece en el presente título."

Comentando este artículo, y para conjugar su sentido con el del 671 del Código civil, Manresa (46) declara:

"Cuando esto ocurra habrá de procederse en la forma ordenada por el testador, y en tal caso no podrá emplearse el procedimiento establecido en este título. Si se promueve alguna cuestión, sólo podrá versar sobre si el encargado de hacer la elección de las personas y la distribución del caudal ha infringido lo ordenado en el testamento, y tal cuestión habrá de ventilarse entre el que se crea agraviado y el ejecutor testamentario en la vía ordinaria que corresponda. Y sólo en el caso de que por muerte, renuncia o incapacidad de la persona o personas encargadas por el testador, sea necesario acudir a la autoridad judicial para que tenga cumplimiento la disposición testamentaria, deberá emplearse el procedimiento aquí establecido para hacer la declaración del derecho y la adjudicación de los bienes."

Mas se ve forzado el comentarista a rectificar seguidamente la generalidad de sus anteriores afirmaciones, porque el artículo 749 del Código civil, regulador de un sistema específico de distribución, le sale al paso con la amenaza de privar el acceso a la vía jurisdiccional o, cuando menos, de cercenar el ámbito objetivo del procedimiento judicial estudiado. Y Manresa (47) emprende la fatigosa y estéril tarea de conciliar aquellos preceptos:

"Estas disposiciones (refiérese a los artículos 749 y 751 del Código civil han modificado en parte las del título que estamos comentando, y combinándolas entendemos que cuando el testador haya prohibido en absoluto la intervención judicial nombrando a persona o personas que hayan de hacer la calificación de los pobres y la distribución de los bienes, como ésta es la ley del caso, el juez debe abstenerse de conocer en el asunto, y repelerá la demanda que promueva el juicio universal, según se deduce también del artículo 1.103, oyendo previamente al Ministerio Fiscal por implicar una cuestión de competencia. Pero si el testador no hubiere prohibido la intervención judicial, el juez deberá admitir la demanda para el efecto de convocar por edictos a los que se crean con derecho a los bienes, en la forma que se ordena en los artículos 1.106 y siguientes, y celebrada la junta que previene el 1.115, pasará los autos a la persona o personas designadas por el testador, y en su defecto a los albaceas, y si tampoco los hubiere, el párroco, alcalde y juez municipal, para que hagan la calificación de los pobres y la distribución de los bienes."

El buen propósito del comentarista es irrealizable. No se pueden concordar la Ley procesal y la Ley civil en este punto de total desarmonía. Ni la norma del artículo 749 tiene limitada su aplicación a

(46) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. V, pág. 212. Madrid, 1956.

(47) Op. y tomo citados, pág. 213.

los casos en que se haya prohibido la intervención judicial, ni el referido Título XI de la Ley Ritiaria admite que se inmiscuyan en el proceso personas como el albacea, el párroco, el alcalde o el juez municipal. La solución propugnada por Manresa tiene la esterilidad de los híbridos.

Pueden señalarse como disonancias insalvables entre el artículo 671 y sus concordantes del Código civil y los 1.101 y siguientes de la Ley adjetiva, las siguientes:

a) Los optantes a la adjudicación de bienes normada en el Título XI mencionado han de invocar inexcusablemente un derecho a la participación que reclamen; habrán de ostentar una titularidad jurídica concreta. Así, en los artículos 1.101, 1.104, 1.106, 1.108, 1.110, 1.111, 1.114, 1.118, 1.119, etc.

Tratándose del artículo 671 del Código civil, los miembros de la clase designada no tienen más que una potencialidad incierta a resultar beneficiarios. Están pendientes, como ya hemos opinado, de unas operaciones de determinación que se dirigen a la entrega material de la dotación, pero no a la fijación del sujeto o sujetos necesarios de una titularidad.

b) El procedimiento judicial aludido se resuelve por *sentencia* (artículo 1.116 LEC). Exige, pues, un juicio lógico-jurídico, con todos sus requisitos de forma, y los de fondo (congruencia, exhaustividad, sujeción a Derecho).

Las cantidades dispuestas según el artículo 671 de la Ley civil reciben una distribución arbitraria entre un número impreciso de personas receptoras, cuya elección es contingente dentro de la clase o grupo determinado por el testador.

Así pues, no podemos hallar en estas normas adjetivas el procedimiento de realizar la disposición prevista en el artículo 671 del Código civil. Esta institución no tiene cauce adecuado en aquel procedimiento. Pero obsérvese que su desconexión no proviene de una discordancia objetiva, es decir, de una diversidad de materia, sino de una incompatibilidad formal. El repetido Título XI de la Ley procesal regula, ciertamente, el procedimiento de "*adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres*", y éste es, sin ningún género de duda, el caso previsto en el artículo 671 del Ordenamiento civil. Si bien se mira, el conflicto surge porque la Ley sustantiva, de 1888, da a la institución de que se trata una orientación legal, en orden a su ejecución o cumplimiento, distinta a la que preveía el ordenamiento adjetivo, anterior, de 1881.

Aceaso nos proporcione una certeza comprensión del asunto la doctrina proclamada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de julio de 1891. Según ésta:

"La Ley de Enjuiciamiento civil ha sido desde su publicación legislación común en España, y todo lo comprendido en ella dejó de ser parte del Derecho foral" —transcribimos este inciso, sin relación con lo tratado, para facilitar el entendimiento directo de lo que si-

gue—; “en su virtud, en lo que esté en contradicción con el Código civil, ha sido derogada por éste como Ley posterior”.

En todo caso, éste parece ser el único derrotero viable que se nos ofrece a la contradicción planteada.

Hacia una solución final

De la repudiación de los anteriores sistemas analizados restanmos dos últimas alternativas posibles para la realización de nuestro propósito:

Extender las reglas del artículo 749 a todos los supuestos comprendidos en el 671, o bien hallar la complementación de éste en la legislación administrativa, si negáramos aplicación al primero más allá de su hipótesis literal.

Investigemos por cuál de estas alternativas se deberá optar, qué razones nos han de disuadir de aceptar la otra, qué género de oposición representan entre sí o, por el contrario, cómo se califica la hipotética afinidad que las aproxime.

Concretemos primeramente que la alusión hecha al artículo 749 se refiere específicamente a la regla contenida en el tercer inciso de su párrafo segundo, donde se atribuye la función distributiva y calificadora de pobres a la junta integrada por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal.

Cada uno de estos componentes reúne excepcionales condiciones para servir al cumplimiento de las disposiciones ordenadas en favor de las clases menesterosas: inmediación, relevancia social, información, dedicación a los intereses generales, etc. Pero lo que especialmente los califica para tal cometido es la relación que guarda éste con las funciones inherentes al desempeño normal de sus cargos, natural y legalmente orientados a la asistencia pública, a la caridad, y dotados de atributos de representación cívica y policía social. Ya en la estructura funcional de sus cargos se marca la dirección que aquí específicamente se les señala.

Los cánones 124 y siguientes del vigente “Codex” excitan a los clérigos a ser ejemplos de virtud entre los fieles, al ejercicio de las buenas obras, al fomento de las mismas y, en general, a la práctica de los actos que convienen al estado religioso.

La Ley de Régimen Local, por su parte, señala como fines de la actividad municipal las atenciones de índole social y la beneficencia pública.

Y no faltan razones para que los jueces, en la esfera municipal, proyecten su función de legalidad y de justicia hacia la realización de ciertas obras sociales.

Pero, rendido nuestro pláceme al legislador por el señalamiento de tal junta para el cumplimiento de disposiciones en que los pobres hayan de ser beneficiarios, lo que nos proponemos examinar es si la intervención subsidiaria de tales personas, cuando se omitió la designación directa por el testador, es susceptible de aplicación a los casos.

de dotaciones dispuestas según el artículo 671 en favor de otras clases de destinatarios.

Sería desaconsejable ampliar su llamamiento a supuestos no relacionados con la función normal de aquellos cumplidores. No sólo se rechazaría en tales casos la extensión lógica del precepto, sino que también la aplicación analógica quedaría excluida, según inquebrantable principio jurídico, por una fundamental desemejanza de supuestos. La igualdad jurídica esencial entre éstos es presupuesto insoslayable para la generalización de la Ley fuera de su hipótesis concreta.

Cabe inquirir, por ejemplo, si a estos efectos serían paragonables las dotaciones a pobres con las dispuestas para parientes del testador, y si la realización de éstas podría razonablemente recaer sobre el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal. Acaso no se halle ya en tal hipótesis la deseable correlación apuntada entre el servicio pretendido y la función normal de aquellas personas. Y si decayera la posibilidad de aplicación del artículo 749 a tales casos, hemos de optar por perseguir el requerido sucedáneo en la legislación administrativa, con arreglo a nuestra orientación inicial.

En ella hallaremos lo que sigue:

El ya relacionado artículo 11 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que atribuye al Gobierno el protectorado de todas las instituciones de Beneficencia particular que afecten a colectividades indeterminadas.

El artículo 1.^o de la Instrucción anexa a la anterior disposición (48), delimitando el alcance del protectorado aludido, lo extiende al ejercicio de las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores.

En el artículo 7.^o, números 6.^o y 7.^o, de dicha Instrucción se confieren facultades al Ministro de la Gobernación para el nombramiento de patronos encargados de la gestión de los fines fundacionales, así como el artículo 43 de la misma le encomienda la provisión de las vacantes que se originen.

Auxiliarán al Gobierno en la dirección de la Beneficencia las juntas general, provinciales y municipales, por prescripción del artículo 5.^o de la Ley de 20 de junio de 1849.

El artículo 42 del Reglamento aprobado por Real Decreto de 14 de mayo de 1852 fija las obligaciones generales de las expresadas juntas, y el artículo 9 del Real Decreto de 6 de julio de 1853 les encomienda la función de proponer personas de arraigo, calidad y saber para la dirección inmediata de los establecimientos de Beneficencia.

Por disposición del artículo 3.^o del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, "la representación de las fundaciones corresponderá: a las personas naturales o jurídicas designadas por el fundador y, en su defecto, a las instituidas o nombradas por el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes" (se refiere a las instituciones benéfico-

(48) Ya las hemos relacionado precedentemente en este trabajo.

docentes, sometidas ya a la competencia administrativa del departamento correspondiente).

Y, finalmente, la Real Orden de 10 de septiembre de 1914 definidora del carácter legal de los patronos, vuelve a referirse, en su artículo 2.º, a la provisión de vacantes para tales cargos.

Así, pues, en la legislación administrativa está el medio de suplir la omisión del testador de no haber designado a los servidores de la obra, verificándose su nombramiento por los poderes públicos del Estado, en el ejercicio de sus funciones de tutela general y de realización del Derecho.

Y ningún obstáculo creemos que presenten los casos de disposiciones hechas genéricamente en favor de los parientes del testador (o de otro determinado linaje), porque ni cabe negarles carácter benéfico —no carecen de la naturaleza altruista que es esencial al negocio fundacional (49)— ni las dudas doctrinales que se formulen acerca de la admisibilidad de las llamadas fundaciones familiares pueden hacerse extensivas a estos supuestos, por no producir éstos ningún género de vinculación patrimonial, dada la inmediata realización de las dotaciones que estudiamos. Todas las objeciones serias que se señalan contra la validez de las fundaciones familiares se fundan en la legislación desvinculadora (50), en la repulsa legal a la adscripción de bienes a las sucesivas generaciones de parientes. Mas como este peligro sólo

(49) La expresión fundación benéfica nos parece una redundancia.

(50) Cfr. DE CASTRO en *Sobre la pretendida validez de las fundaciones*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, julio-septiembre de 1953, págs. 629 y ss.

Se pronuncia por su validez general CÁRDENAS, en *Las fundaciones familiares en el Derecho privado* (*Revista de Derecho Privado*, 1952).

Exposiciones del problema y referencias a otras legislaciones, en *Las fundaciones de Derecho privado*, por RAMÓN BAIDENES, Barcelona, 1960, páginas 169 y ss.

En nuestro Derecho son de señalar en todo caso las instrucciones de 14 de marzo de 1899, artículo 4.º; de 24 de julio de 1913, artículo 2.º, y de 20 de julio de 1926, artículo 3.º, que contienen idénticamente la siguiente norma: "En las fundaciones que revistan carácter exclusivamente familiar el protectorado respetará la competencia de los Tribunales de Justicia".

DE CASTRO interpreta estas disposiciones en el sentido —derivado de otros precedentes históricos— de que los funcionarios de la Administración Pública se abstendrán, en su caso, de actuar en contra de las pretensiones de los familiares que, para obtener directamente los bienes, pretendan la desvinculación de los mismos mediante el ejercicio de sus derechos sucesorios ante los Tribunales de Justicia.

Pero no hay parangón posible, a estos efectos, con los supuestos ordenados conforme al artículo 671 del C. c., cuyos beneficios no vienen señalados por ningún orden de sucesión familiar, tampoco son determinables ante los órganos judiciales, ni la institución produce vinculación alguna que evitar.

Los potenciales destinatarios de la dotación estudiada no son herederos (no lo son, al menos, respecto de ella) y el ordenamiento jurídico ha de proveer, sin embargo, al cumplimiento de la voluntad testamentaria ordenadora de aquella disposición, que no se ha de realizar si no es por la vía que propugnamos, y sin que sea admisible la indiferencia legal a que sea o no cumplida correctamente, como predicaba MUCIUS SCAEVOLA con la opinión que criticamos en el capítulo II (véase notas 39 y 40).

se da en las fundaciones del tipo de las ordinarias, de realización indefinida, con carácter de permanencia, las disposiciones del artículo 671 del C. c. están libres de aquella prevención. Como hemos dicho, se resuelven y liquidan a través de un acto único, no diferido. Ni la limitación del artículo 781 les alcanzaría.

No se niegue, pues, la posibilidad de realizar aquellas disposiciones; no se les prive, mejor dicho, del medio efectivo único de hacerlas cumplir, o se destruirá la esencial imperatividad del Derecho, que, sin embargo, las prevé y regula efectivamente en el artículo 671 del ordenamiento positivo civil.

Con esta orientación pretendemos ofrecer una idea razonable para solución de la efectividad que aquellas ordenaciones reclamen, en número de casos tan variable como posibles grupos destinatarios se pueden dar.

Esta mentada irreductibilidad de supuestos posibles origina siempre una concesión a la casuística. El poder público arbitrará en cada caso los medios y disposiciones más congruentes con la finalidad propuesta por el testador y designará, en el ejercicio de su función de autoridad y tutela, a las personas más aptas para realizarla cada vez sin echar del pensamiento que también la ley dispensa su amparo, como "instituciones de Beneficencia", a "las fundaciones que sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías" (51). Y acaso nunca lleguemos a hallarnos lejos de las personas nombradas por el artículo 749 de la Ley civil para dar cumplimiento a las dotaciones de pobres. Adviértase la correlación próxima de aquéllas con respecto a los componentes de las juntas municipales de Beneficencia en el artículo 8 de la Ley de 20 de junio de 1849 (53).

(51) Aludimos al artículo 2.^a del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que ya transcribimos otra vez.

(52) Las estructuras son:

El alcalde, o quien haga sus veces, presidente.

Un cura párroco, en los pueblos donde no hubiere más que cuatro parroquias; dos, donde pasaren de ese número.

Un regidor; dos, en el caso de exceder de cuatro el número de los que componen el Ayuntamiento.

El médico titular y, en su defecto, un facultativo domiciliado en el pueblo.

Un vocal más, si los vecinos del pueblo no llegan a 200, y dos si exceden de este número.

La lectura de este artículo nos pone a la vista una razón más obstativa de la extensión analógica del artículo 749 del C. c. Las juntas respectivas que relacionan tales preceptos están ambas concebidas con una proyección meramente local, que no se acomoda a la extensión de las posibles áreas territoriales en que radiquen los demás grupos hipotéticamente recipientarios de dotaciones d.º artículo 671 de la Ley sustantiva civil.

COROLARIOS

I. La disposición a que alude el artículo 671 del Código civil no engendra un fenómeno sucesorio. Se trata de un acto de destinación de bienes a un fin impersonal, cuyos futuros perceptores no estarán ligados por una relación transmisiva directa con el testador, sino que adquirirán la dotación mediáticamente, a través de la realización —contingente para ellos— del fin fundacional. La posibilidad de instituirlo, como los demás de su clase, mediante un acto “mortis causa” motivó la mención de esta figura dispositiva en el artículo 671 aludido, referida indirectamente con ocasión de sancionar la permisión de nombrar personas cumplidoras de la obra piadosa.

II. El contenido del artículo 671 citado no representa, en puridad, una excepción al carácter personalísimo de la disposición “mortis causa”, porque el testador deja en todo caso ultimados y cumplidos todos los elementos constitutivos del negocio de que se trata. No otorga ninguna delegación testamentaria —en el sentido propio que se deriva del artículo 670—, ya que la distribución y elección de los futuros perceptores no corresponde a la fase de institución de la obra, sino a la de su cumplimiento. Si el ordenador designase a los destinatarios la disposición sería ya de otro género (típicamente sucesoria). No comisiona a nadie para algo que pueda dejar realizado él; hace tanto como nombrar patronos para una obra fundacional.

III. Es equívocada la idea de que el artículo 751 guarda relación con las formas dispositivas del 671. Versa aquél sobre las instituciones de herencia o legado.

IV. Las ordenaciones a que se refiere el artículo 671 del Código civil caen bajo la esfera de aplicación de la legislación administrativa sobre fundaciones y Beneficencia.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

1. Algunos aspectos de la domiciliación cambiaria en el Derecho uniforme

CARLOS FERNANDEZ-NOVOA

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: § 1. LOS REQUISITOS DE LA DOMICILIACIÓN CAMBIARIA. I. Las distintas concepciones de la domiciliación cambiaria en el Derecho anterior a la Ley Uniforme. II. Las notas características de la letra domiciliada en el Derecho Uniforme de Ginebra.—§ 2. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DE LA CAMBIAL DOMICILIADA. I. Significado de la domiciliación en orden a la estructura de la deuda cambiaria. II. Ventajas de la letra domiciliada para los sujetos de la relación cambiaria. III. La domiciliación bancaria de la cambial.—§ 3. LEGITIMACIÓN PARA DOMICILIAR LA CAMBIAL. I. Examen de la legitimación del librador. II. Casos en que el librado puede domiciliar la letra. III. Imposibilidad de que un endosante domicilie la cambial.

§ 1. LOS REQUISITOS DE LA DOMICILIACIÓN CAMBIARIA

I

En la época inmediatamente anterior a la aprobación de la Ley Uniforme (= L. U.) de Ginebra, no reinaba acuerdo acerca del concepto y régimen jurídico de la letra de cambio domiciliada. Los ordenamientos positivos europeos discrepan al determinar las notas y los efectos de la cambial domiciliada. La doctrina europea discrepana también al fijar los requisitos que habían de concurrir en la domiciliación de la cambial. Antes de 1930 pueden descubrirse en Europa tres concepciones distintas de la domiciliación cambiaria: una concepción estricta que era la dominante en Italia; una concepción intermedia que predominaba en Alemania y, finalmente, una concepción amplia propugnada por la doctrina francesa. Para comprender el verdadero alcance de la letra de cambio domiciliada en el sistema de la L. U., es conveniente analizar previamente los rasgos esenciales de las tres concepciones mencionadas.

1) En el Derecho italiano, la letra de cambio domiciliada se caracterizaba por una doble nota: *a)* ser pagadera en una localidad distinta a la de la residencia del librado; *b)* ser pagadera por persona

distinta al librado. La cambiaria que reunía estas dos características quedaba sometida a una regla especial: necesidad de levantar el protesto por falta de pago para conservar la acción directa contra el aceptante (1).

La generalidad de la doctrina italiana interpretaba con gran rigidez el doble requisito legal de la domiciliación cambiaria. La diversidad entre el domicilio del librado y el domicilio designado para el pago de la cambiaria era entendida como diversidad geográfica. No se consideraba suficiente que para el pago de la letra se indicase un domicilio distinto al del librado, pero situado en la misma localidad. Antes bien, se exigía que el domicilio del librado y el domicilio indicado para el pago estuviesen situados en plazas diversas. Sin *distantia loci* no era concebible una letra de cambio domiciliada (2). La diversidad entre el domicilio del librado y el lugar del pago debía desprenderse del tenor literal de la cambiaria, siendo indiferente que en la realidad coincidiesen ambos lugares (3).

Al requisito de la *distantia loci* había de añadirse la mención de un tercero llamado a realizar el pago de la letra a su vencimiento (domiciliatario). La mención de una tercera persona en la cambiaria podía

(1) Según el artículo 316 del C. de c. de 1882, si la cambiaria es pagadera en localidad diversa de la residencia del aceptante o del emitente y junto a una persona distinta, la falta de pago debe consignarse del modo establecido en la sección VIII, incluso para conservar la acción contra el aceptante o contra el emitente. Este precepto se separaba de la regla general de que el protesto por falta de pago debía levantarse tan sólo para conservar la acción cambiaria frente a los obligados en vía de regreso. Aunque el C. de c. italiano no formulaba expresamente este principio, la doctrina lo deducía de la norma general según la cual el protesto era solamente necesario para conservar la acción de regreso. Cfr. BONELLI, *Della Cambiale dell'Assicurato Bancario e del contratto di corrente*, Milán, 1930, número 280, nota 3.

(2) En este sentido, vid. BONELLI, *ob. cit.*, números 106 y 281, y VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, volumen III, 5.^a edición (Milán, 1929), número 1.095. Decía BONELLI (núm. 281) que el domicilio cambiario, al igual que el domicilio en general, no se modifica al cambiar de casa, sino al cambiar de ciudad. Añade este autor que si una persona distinta al librado es designada como pagador de la letra en la misma ciudad en que reside el librado, estaremos ante un encargado del pago que actuará en lugar del librado, pero que no será acreedor de un trato diverso del que corresponde al librado. VIVANTE subrayaba, por su parte, que debe existir una diversidad de ayuntamientos, ya que sólo en este caso admite el Código civil que haya diversidad de domicilios.

No faltaron, sin embargo, opiniones contrarias. Así, Rocco (*Sul valore della clausola "pagabile presso" nella cambiale*, "R. D. C.", 1911, II, pág. 787) sostenía que era suficiente la diversidad de domicilios aun dentro de la misma localidad.

(3) Decía BONELLI (*ob. cit.*, número 281) que en la letra, como acto formal que es, la diversidad de localidades debía desprenderse de la misma escritura y que la residencia real no tiene importancia alguna desde un punto de vista cambiario. Si la residencia es en realidad diversa del lugar de pago, pero en la cambiaria son ambos idénticos — mantenía BONELLI —, no hay una letra de cambio domiciliada; por el contrario, la cambiaria deberá considerarse domiciliada si la residencia resultante de la letra se encuentra en una localidad diversa a la del lugar de pago, aunque el aceptante vive en esta misma localidad.

hacerse, bien para designar la persona encargada de pagar la letra, o bien para concretar la dirección en la que el propio librado debería hacer efectivo el crédito cambiario (4). En esta segunda hipótesis no se consideraba domiciliada la cambiaria a pesar de ser distintos el domicilio del librado y el lugar del pago (5). Sólo cuando en el pago de la letra intervenía un tercero y no el librado surgía la letra de cambio perfectamente domiciliada (6).

2) Durante la vigencia de la Ordenanza Cambiaria alemana no siempre imperó el mismo concepto de letra de cambio domiciliada. En el periodo que se extiende desde 1848 hasta 1934 es necesario distinguir dos etapas separadas por la promulgación de la Ley alemana de Protestos de 1908.

a) En una primera etapa se consideraba letra de cambio domiciliada aquella en la que para el pago se designaba una localidad diferente de la de la residencia del librado. Se exigía que el lugar de pago y el domicilio del librado fuesen distintos en sentido político-geográfico (7). Sin el requisito de la *distantia loci* no era concebible la domiciliación cambiaria (8). El librador de una cambiaria citaba lugar de

(4) La designación del tercero solía hacerse mediante las expresiones *per mezzo*, *da* o *presso*. El empleo de las dos primeras indicaba inequívocamente que al tercero se encomendaba el pago de la cambiaria. Más dudoso era, por el contrario, el uso del término *presso*. La doctrina italiana estaba dividida en punto a su interpretación. BONELLI (*ob. cit.*, número 282) opinaba que era una cuestión de hecho el determinar si el tercero así designado debía considerarse un domiciliatario en sentido técnico, o si la designación del tercero servía tan sólo para concretar la dirección en que había de pagarse la letra. VIVANTE (*ob. cit.*, números 1.092 y 1.097) propugnaba, por su parte, una interpretación restrictiva de la cláusula *presso* para de esta manera reducir los supuestos de letra de cambio domiciliada.

(5) Vid. BONELLI, *ob. cit.*, n.ºm. 106, y VIVANTE, *ob. cit.*, n.ºms. 1.093 y siguientes. Afirmaba BONELLI que la letra de cambio pagadera en una localidad distinta de la de la residencia del aceptante no puede denominarse todavía "domiciliada" en sentido técnico; para ello es, además, necesario que la cambiaria haya de ser pagada por una persona diversa.

Distinta era, en cambio, la opinión de VIDARI (*Corso di Diritto Commerciale*, volumen VII, 4.^a edición, Milán, 1897, n.ºm. 6.539), según el cual era irrelevante, a efectos de la domiciliación, que el domiciliatario fuese el encargado de pagar la cambiaria o que el pago fuese hecho por el librado, siempre que se pagase la letra en la residencia del domiciliatario.

(6) A la letra perfectamente domiciliada se contraponía la letra imperfectamente domiciliada, o sea, la cambiaria pagadera por el librado en un lugar distinto de su domicilio. La cambiaria imperfectamente domiciliada no producía las consecuencias jurídicas propias de la domiciliación en sentido técnico que se indican en el texto. Vid., sobre este punto, NAVARRINI-PROVINCIAL, *La Cambiaria e l'assegno bancario*, 2.^a edición, Roma, 1950, número 63.

(7) Decía GRÜNHUT (*Fechsenrecht*, tomo I, Leipzig, 1897, pág. 421) que la diferencia entre lugar de pago y la residencia del librado había de ser político-administrativa y que eran irrelevantes a este respecto las denominaciones usualmente empleadas en el tráfico mercantil. Así no estaría domiciliada una letra extendida en los siguientes términos: "Al señor A, en Hüteldorf, pagadera en el Kreditanstalt, en Viena", ya que Hüteldorf, la residencia del librado, y Viena, lugar del pago, constituyen administrativamente una unidad.

(8) Criticando la tesis de THÖL, quien consideraba suficiente para la domi-

pago no coincidiese con el domicilio del librado, podría imponer al tenedor la carga de presentar la letra a la aceptación. El incumplimiento de este deber por el tenedor traía consigo la pérdida del derecho de regreso frente al librador y los endosantes (9). Esta singular característica diferenciaba, en el Derecho alemán, la *Domizilscheckseit* de las restantes cambiales (10).

La intervención de un tercero (domiciliatario) en el pago no era requisito esencial de la domiciliación cambiaria. La letra de cambio domiciliada en sentido técnico existía desde el momento en que para el pago se indicaba una localidad distinta de la del domicilio del librado. No obstante, la designación de un domiciliatario no dejaba de producir algunos efectos peculiares. De acuerdo con la primitiva redacción del artículo 43 de la *Wechselordnung*, si se omitía la presentación de la cambiaria al domiciliatario y, en su caso, el protesto por falta de pago, decían las acciones cambiarias no sólo contra el librador y endosantes, sino también contra el aceptante (11). Esta regla contradecía el principio general de que para conservar la acción cambiaria contra el aceptante no se precisaba ni la presentación de la letra a su vencimiento ni el levantamiento de protesto (artículo 44 de la Ordenanza Cambiaria). Si en la cambiaria se había señalado un lugar de pago distinto al de la residencia del librado, pero no se había nombrado un domiciliatario, no era necesario levantar el protesto por falta

ciliación la simple diferencia de barrio o calle en la misma localidad. KUNTZEBRACHMANN (*Das Wechselrecht Separatausgabe aus dem Titandbuch von ENDEMANN*, Leipzig, 1884, pág. 203) afirmaban que el lugar de pago (domicilio de la cambiaria) no debía coincidir práctica o geográficamente con el domicilio del librado, y que la designación de una casa o calle distinta no origina un domicilio en sentido cambiario y carece, en general, de significado para los actos cambiarios.

(9) La orden de presentar la letra a la aceptación tenía como finalidad —a juicio de GRÜNTHIR (*Wechselrecht*, tomo II, Leipzig, 1897, pág. 200)— permitir al librado adoptar las medidas pertinentes a fin de hacer efectivo el crédito cambiario en el lugar especialmente indicado. En efecto, el librado podía designar un domiciliatario al aceptar la cambiaria y hacerle provisión de fondos, o bien disponerlo todo de manera que el propio librado estuviese en situación de realizar el pago en el lugar expresamente señalado. La orden de presentación tiende a evitar que al vencimiento de la letra no se encuentre en el lugar del pago persona alguna dispuesta a abonar su importe.

(10) En el viejo Derecho alemán, el tenedor de la cambiaria era, en principio, libre de presentarla o no a la aceptación. Esta regla general tenía dos excepciones. La primera, legal: en las letras giradas a cierto plazo desde la vista, el tenedor debe presentarlas necesariamente a la aceptación (artículo 19 de la Ordenanza Cambiaria). La segunda era disgregada: el librador de la cambiaria domiciliada puede imponer al tenedor la obligación de presentar la letra a la aceptación (artículo 24 de la Ordenanza Cambiaria). *Vid.*, sobre esta materia, GRÜNTHIR, *Wechselrecht*, II, págs. 198 y sigs.

(11) Esta disposición fue muy discutida en la Conferencia de Leipzig que elaboró la *Wechselordnung*. Informa GRÜNTHIR (*Wechselrecht cit.*, II, pág. 232, nota 8) que el citado precepto fue aprobado por 13 votos a favor y cinco en contra.

de pago para conservar la acción cambiaria contra el aceptante (12). La regla excepcional del artículo 43 de la Ordenanza Cambiaria se aplicaba tan sólo a la letra domiciliada con designación de un domiciliatario (13), en cuyo caso el aceptante recibía un tratamiento igual al de los obligados en vía de regreso, sin perder el carácter de principal obligado cambiario (14).

La mención de una dirección para el pago de la letra (especialmente un Banco o determinado establecimiento mercantil) no confería a la cambiaria el carácter de "domiciliada" cuando la dirección señalada para el pago estaba situada en el mismo lugar de la residencia del librado. En tal hipótesis se hablaba de cambiaria provista de dirección para el pago (*Zahlstellenwechsel*). La *Zahlstellenwechsel* no constituyía una categoría técnica dotada de peculiares efectos jurídicos (15). El librador no podía ordenar la presentación de la *Zahlstellenwechsel* a la aceptación. En este supuesto, la obligación cambiaria del aceptante no estaba condicionada por la presentación de la letra en la dirección especialmente indicada y por el oportuno levantamiento del protesto por falta de pago. La presentación y el protesto por falta de pago de la *Zahlstellenwechsel* debía realizarse sólo con el fin de conservar la acción cambiaria de regreso. Por lo demás, el protesto de esta cambiaria debía levantarse respecto del aceptante y no del titular.

(12) En este sentido se orientaba la jurisprudencia alemana. La doctrina estaba, sin embargo, dividida. La mayoría (GRÜNHUT, KUNTZE-BRACHMANN, REINBEIN, BORCHARDT, etc.) sosténian que el protesto era innecesario en esta hipótesis. THÖL y KOCH mantenían la opinión contraria. En apoyo de su tesis, aducían KUNTZE-BRACHMANN (*Das Wechselrecht cit.*, pág. 213) los siguientes argumentos: 1) el tenor literal del párrafo segundo del art. 43, que menciona tan sólo al domiciliatario; 2) los trabajos preparatorios de la *Wechselordnung*, en los que se destaca que la letra no se perjudica por omisión del protesto cuando el pagador es el aceptante; 3) que sólo cuando el aceptante garantiza que el pago lo efectuará el domiciliatario tiene sentido someter la obligación del aceptante al levantamiento del protesto.

(13) Este es el supuesto que KUNTZE-BRACHMANN (*Das Wechselrecht cit.*, pág. 204) den minaban letra de cambio completa o perfectamente domiciliada (*vollständige oder vollkommen Domizilstwechsel*) en contraposición a la letra de cambio incompleta e imperfectamente domiciliada (*unvollständige oder unvollkommene Domizilstwechsel*), que es aquella en que no se designa un domiciliatario. Rechazan estos autores la denominación de cambiaria domiciliada determinada (*bestimmt domizilierte Wechsel*) para el primer supuesto, y cambiaria domiciliada indeterminada (*unbestimmt domizilierte Wechsel*) para el segundo. Esta terminología es, a juicio de KUNTZE-BRACHMANN, equívoca por inducir a pensar que la letra domiciliada indeterminada no es una *Domizilstwechsel*, conclusión que sería inconcebible con el texto del artículo 24 de la Ordenanza Cambiaria.

(14) La doctrina dominante (GRÜNHUT, STAUB, etc.) mantenía que el aceptante continuaba siendo el deudor principal, a pesar de ser tratado como un obligado en vía de regreso. Por el contrario, THÖL calificaba en este supuesto al aceptante como *Regressschuldner*. Cfr. GRÜNHUT, *ob. y loc.* últimamente citados.

(15) CANSTEIN (*Lehrbuch des Wechselrechts*, Berlín 1890, pág. 158) afirma que la indicación de una dirección para el pago de la letra no transformaba a ésta en una cambiaria domiciliada y que esta indicación podía encontrarse tanto en una letra de cambio domiciliada como no domiciliada.

del establecimiento especialmente indicado como *Zahlstelle* (16). La presentación y, en su caso, el protesto en la dirección señalada para el pago no constituyan una obligación, sino una facultad que el portador de la cambiaria podía utilizar a su arbitrio (17).

b) La Ley alemana sobre protestos de 30 de mayo de 1908 modificó radicalmente el concepto y régimen jurídicos de la letra de cambio domiciliada (18). De una parte privó a la cambiaria perfectamente domiciliada de una de sus principales características, a saber: necesidad de presentar la letra y levantar el protesto por falta de pago con el fin de conservar la acción cambiaria contra el aceptante. A partir de la *Protestugesetz* la cambiaria completa o perfectamente domiciliada (19) quedó sometida a la regla general de que el ejercicio de la acción cambiaria contra el aceptante no se subordinaba a la presentación y protesto por falta de pago (20). De otra parte, la Ley de 1908

(16) A juicio de KUNTZE-BRACHMANN (*Das Wechselrecht*, cit., pág. 108), caso de señalarse una dirección para el pago, el protesto habrá de levantarse respecto del aceptante como persona obligada a pagar la cambiaria, y no respecto del titular del establecimiento indicado como *Zahlstelle*.

(17) Sostenía GRÜNHUT (*Wechselrecht*, cit., II, págs. 223-224) que en la cambiaria dotada de *Zahlstelle* el aceptante no se obliga a pagar tan sólo en la dirección especialmente indicada. Antes bien, el aceptante está también obligado a realizar el pago en su domicilio. El portador de la letra puede hacer caso omiso de la dirección indicada para el pago y reclamar el cobro de su crédito directamente al aceptante y en su domicilio. El exigir el pago de la cambiaria en la *Zahlstelle* es un simple favor (*Gefälligkeit*) del portador de la letra.

(18) La finalidad de la Ley de 30 de mayo de 1908 era simplificar las formalidades del acto y del documento de protesto. A fines del siglo XIX se inicia en Europa un movimiento encaminado a simplificar e incluso suprimir el protesto. La doctrina alemana, aleccionada por las experiencias legislativas inglesa y belga, propugna desde 1893 (MAKOWER, *Wechselproteste*, Z. II. R. tomo 41, págs. 361 y siguientes) la reforma de la reglamentación del protesto. Tuvo especial gran acogida las sugerencias de STRANZ, *Ein Protest gegen den Wechselprotest*, Berlín, 1903. Cfr. STABE-STRANZ, *Kommentar zur Wechselordnung*, 11 edición, Berlín y Leipzig, 1926, artículo 87, págs. 306 y siguientes.

La Ley de 1908 modificó la redacción del párrafo segundo del artículo 43 de la *Wechselordnung*. En su primitiva redacción este precepto disponía que de omitirse el protesto frente al domiciliatario, decaría la acción cambiaria contra el librador, los endosantes y también el aceptante. En su nueva redacción el párrafo segundo del artículo 43 ordenaba que si una cambiaria es pagadera en la residencia del librado por una persona distinta, debe ser presentada al pago a esta persona y, si deuega el pago, debe ser protestada frente a ella.

(19) Sobre el significado de este término, vid. supra nota 13.

(20) Como ya sabemos (supra nota 11), el precepto contenido en la redacción inicial del párrafo segundo del artículo 43, fue muy discutido al ser elaborada la Ordenanza Cambiaria alemana. GRÜNHUT (*Wechselrecht*, cit., II, página 234, nota 11) justificaba el precepto diciendo que cuando se designa un domiciliatario ha de presumirse que el aceptante ha hecho provisión de fondos al domiciliatario por lo que el protesto es necesario, a fin de desvirtuar esta presunción mediante una contrapicata.

La supresión del protesto como requisito de la acción cambiaria contra el aceptante obedecía, según se expresa en la exposición de motivos de la *Protestugesetz*, a que mientras los obligados en vía de regreso necesitan que se levante

dispuso que siempre que en la letra de cambio se encomendase a un tercero el pago, la presentación y, en su caso, el protesto por falta de pago habría de realizarse respecto del tercero encargado del pago aun cuando este tercero residiese en la misma localidad del domicilio del librado. Desde 1908 el portador de una *Zahlstellenwechsel* tenía que presentarla y levantar el oportuno protesto frente al tercero comisionado para efectuar el pago, y no frente al aceptante (21).

Al hacerse innecesaria la presentación y el protesto de la letra domiciliada para conservar la acción cambiaria contra el aceptante, y al exigir, de otra parte, que la presentación y el protesto por falta de pago de la *Zahlstellenwechsel* se efectuasen respecto del tercero encargado del pago y no respecto del aceptante, la *Protestgesetz* aproximó en un doble sentido la letra de cambio domiciliada *stricto sensu* y la cambiaria provista de dirección para el pago (22). Una vez promulgada la Ley de 1908, la diferencia geográfica entre el lugar de la residencia del librado y el lugar fijado para el pago de la letra pierde gran parte de la importancia que la atribuía la redacción inicial de la *Wechselordnung*. A partir de este momento la *distantia loci* es relevante únicamente a efectos de la orden de presentar la letra a la aceptación. Esta orden puede tan sólo ser impartida por el librador de una letra de cambio cuyo lugar de pago no coincide con el lugar de la residencia del librado. Esta es la única nota que separa la letra domiciliada en sentido estricto y la *Zahlstellenwechsel* (23).

el protesto con el fin de poseer un fundamento seguro para ejercitar las correspondientes acciones contra los restantes obligados cambiarios, el aceptante, en cambio, no siente esta necesidad. Y se fundaba también en que el tráfico de las cambiales domiciliadas gana en seguridad si la omisión del protesto no produce la pérdida de todas las acciones cambiarias. Cfr. STAUB-STRANZ, *Wechselordnung*, cit., artículo 43, nota 5, pág. 172, quienes hacen tuyos los argumentos de la exposición de motivos. El primer razonamiento ha sido recientemente criticado por JACOBI (*Wechsel und Schekrechtf unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts*, Berlín, 1956, pág. 510, nota 3), quien indica que a pesar de carecer de una ulterior acción cambiaria el aceptante tiene interés en que el portador haya presentado oportunamente al cobro la cambiaria.

(21) STAUB-STRANZ (*Wechselordnung*, cit., artículo 43, nota 7, página 173) dicen que no había razones suficientes que justificasen la distinción entre la cambiaria domiciliada y la *Zahlenstellenwechsel*. Esta distinción era frecuentemente desconocida en el tráfico y fácilmente era causa de equivocaciones, especialmente cuando se trataba de localidades vecinas.

(22) Cfr. STAUB-STRANZ, *Wechselordnung*, artículo 43, introducción, página 170.

(23) Vid. STAUB-STRANZ *Wechselordnung*, art. 24, nota 2, pág. 127. Fundándose en esta nota, STAUB-STRANZ distinguen (*Wechselordnung*, art. 43, notas 1 y siguientes, págs. 170-172) dos especies de letra de cambio domiciliada: la propia (*eigentliche Domizilwechsel*) y la impropia (*uneigentliche Domizilwechsel*). La primera es aquella cuyo lugar de pago es distinto al del domicilio del librado; la cambiaria domiciliada propia puede ser, a su vez, normal o anormal, según que la cláusula de domiciliación haya sido introducida antes de la aceptación por el librador, o posteriormente, por un endosante o el aceptante. La letra de cambio domiciliada impropia es la antigua *Zahlstellenwechsel*, en la que el pago de la cambiaria se realiza en una dirección distinta al domicilio del librado, pero situada en la misma localidad.

3) En el Derecho francés anterior a la L. U. de Ginebra no existía un concepto claro y preciso de la letra de cambio domiciliada. La cambiial domiciliada era definida con cierta vaguedad como la letra pagadera en el domicilio de una persona distinta al librado (el domiciliatario) (24). Los requisitos de la domiciliación cambiaria eran fijados con gran amplitud de criterio. Aunque se consideraba que normalmente el domicilio del tercero habría de estar situado en una localidad diferente a la del domicilio del librado (25), la *distantia loci* no era requisito inexcusable de la domiciliación cambiaria. La letra de cambio no perdía el carácter de "domiciliada" cuando era pagadera en la localidad de la residencia del librado, pero en un domicilio diferente (26).

El papel asumido por el domiciliatario no se determinaba con gran precisión. Era indiferente que el pago de la letra de cambio domiciliada hubiese de ser hecho por el domiciliatario o por el propio librado. El domiciliatario podría asumir un papel puramente pasivo: servir de medio para identificar el lugar en que habría de ser pagada la cam-

(24) El viejo artículo 111 del *Code de Commerce* se limitaba a decir que una letra de cambio puede ser librada sobre una persona y pagadera en el domicilio de un tercero. Comentando este precepto, indicaba ALAUZET (*Commentaire du Code de Commerce*, tomo III, 2.^a edición, París, 1868, núm. 1.255, página 236) que las letras de cambio libradas sobre una persona y pagaderas en el domicilio de un tercero son llamadas, algunas veces, *lettres à domicile*.

(25) Este era el supuesto contemplado por el antiguo artículo 123 del C. de c. francés, a cuyo tenor la aceptación de una letra pagadera en un lugar distinto al de la residencia del aceptante produce, entre otras, las consecuencias de fijar el domicilio en que debe efectuarse el pago o realizarse las diligencias oportunas. Algun autor opinaba que este precepto completaba el del artículo 111 de tal modo que la letra de cambio domiciliada habría de ser pagadera siempre en un lugar distinto al de la residencia del librado. Esta concepción estricta de la domiciliación cambiaria fue propugnada por BRAVARD-VEYRIERES (*Traité de Droit Commercial*, tomo III, París, 1862, págs. 24 y 53), quien afirmaba que en el caso previsto en el artículo 111 hay una persona de más: el domiciliatario, y un lugar más; aquél en que debe hacerse el pago, lugar que es distinto de aquél sobre el que se gira la cambiial.

(26) Al estudiar la indicación del lugar del pago, afirmaba PARDESSUS (*Cours de Droit Commercial*, tomo I, 6.^a edición, al cuidado de De ROZIERE, París, 1865, págs. 426-427) que la letra puede ser pagadera en una dirección determinada distinta al domicilio del librado, sea en otra ciudad, sea en la misma ciudad de la residencia del librado, pero en un lugar diferente a su domicilio. Comentando el artículo 111, decía ALAUZET (ibid., cit., pág. 237) que una letra librada sobre París puede ser pagadera en Roma o incluso en la misma ciudad en que vive el librado, pero en un lugar distinto a su domicilio. No faltaron, sin embargo, autores discrepantes, como BRAVARD-VEYRIERES (vid. nota anterior), que consideraba la *distantia loci* como requisito inexcusable de la domiciliación cambiaria.

La doctrina de la época inmediatamente anterior a la introducción de la L. U. no se plantea, en general, el tema de la *distantia loci* a efectos de la domiciliación cambiaria. Vid., por ejemplo, THIALLIER-PERCEROU, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 6.^a edición, París, 1922, pág. 799, y WAHL, *Précis théorique et pratique de Droit Commercial*, París, 1922, pág. 663.

bial (27). El pago de la letra por un tercero no era nota esencial de la domiciliación cambiaria.

La ausencia de un concepto técnico de la letra de cambio domiciliada en el Derecho francés anterior a 1935 se explica si se considera que en este ordenamiento no se anotaban a la domiciliación cambiaria las rígidas consecuencias que, según hemos visto, se producían en otros sistemas cambiarios. En efecto, la acción cambiaria contra el aceptante no estaba condicionada por el oportuno levantamiento del protesto por falta de pago citando para el pago de la letra se había indicado el domicilio de una persona distinta del librado (28).

II

Las diferencias que en punto a los requisitos y consecuencias de la domiciliación de la cambiaria existían en los ordenamientos europeos se reflejaron acusadamente en los trabajos preparatorios de la统一化 cambiaria. Ha sido la letra de cambio domiciliada una de las cuestiones que mayores discusiones suscitó y que fue objeto de constante revisión tanto en los trabajos anteriores a la Conferencia de Ginebra como en la propia Conferencia. La expresión "letra de cambio domiciliada" aparece en el Anteproyecto de La Haya de 1910 (artículo 5, párrafo 1) y en el *Règlement Uniforme* de 1912, cuyo artículo 4 decía que la letra de cambio podía ser pagadera en el domicilio de un tercero, ya sea en el lugar en que el librado tiene su domicilio o en otro lugar (letra de cambio domiciliada). En el proyecto elaborado por el Comité de Expertos Juristas de la Sociedad de Naciones en 1928, se sustituye el término "lugar" (*lieu*) por el de "localidad" (localité) (29), conservándose, en cambio, la mención "letra de cambio domiciliada" al final del texto del artículo 4, cuyo tenor era el siguiente: *Une lettre de change peut être payable au domicile*

(27) LYON-CAEN y RENAULT (*Traité de Droit Commercial*, tomo IV, 5.^a edición, París, 1925, pág. 92) decían que cuando la cambiaria es pagadera en el domicilio de un tercero, éste, llamado en la práctica domiciliatario, debe desempeñar un papel puramente pasivo: *le paiement est à faire chez lui et non par lui*. En términos semejantes se expresaban LACOUR-BOUTEROUX (*Précis de Droit Commercial*, tomo II, 3.^a edición, París, 1925, pág. 31): el papel del domiciliatario es enteramente pasivo, *exclusif de toute initiative*.

(28) ALAVIZET (*Commentaire cit.*, pág. 237) opinaba que la designación de un domiciliatario no altera las reglas aplicables a la letra de cambio y no modifica las obligaciones y responsabilidad de librador y librado.

(29) Contestando a una pregunta formulada en la cuarta reunión de la Conferencia de Ginebra por el delegado austriaco HAMMERSCHLAG, PERCYROU (Presidente del Comité de Expertos Juristas) decía que el empleo del término *localité* en vez de *lieu* se debía a que "localidad" es término más amplio que puede comprender diversos lugares de pago: en una misma localidad puede haber diversos lugares de pago. Cfr. *Comptes rendus de la conférence internationale pour l'unification du droit en matière de lettres de change, billets à ordre et chèque tenue à Genève du 13 Mai au 7 Juin, Première Session: Lettre de Change et billets à ordre*, Ginebra, 1930, pág. 182.

d'un tiers, soit dans la localité où le tiré a son domicile, soit dans une autre localité (lettre de change domiciliée).

La redacción dada al artículo 4 por el Comité de Expertos de 1928 fue vivamente censurada en la Conferencia de Ginebra de 1930. De una parte, se alegó que la colocación de las palabras “letra de cambio domiciliada” dentro del artículo podía originar interpretaciones equivocadas que restringiesen la domiciliación cambiaria a la hipótesis de que el domicilio del tercero estuviese situado en una localidad distinta a la del domicilio del librado. Para evitar malentendidos se acordó variar el emplazamiento de la expresión “letra de cambio domiciliada” dentro del texto del artículo 4, que quedó redactado así: *Une lettre de change peut être payable au domicile d'un tiers (lettre de change domiciliée), soit dans la localité où le tiré a son domicile, soit dans une autre localité* (30). De otra parte, se propuso ampliar el concepto de la domiciliación cambiaria, de manera tal que comprendiese tanto la cambiaria pagadera en un lugar distinto al del domicilio del librado (*distinctio loci*) como la cambiaria pagadera por una persona distinta del librado (*distinctio hominum*) (31). Tras una animada discusión, esta propuesta fue rechazada por la mayoría de los delegados, que prefirieron conservar el texto elaborado por el Comité de Expertos de 1928 (32).

La propuesta alemana no consiguió modificar el texto del artículo 4 en el sentido de incluir dentro del concepto de la letra de cambio domiciliada tanto la *distinctio loci* como la *distinctio hominum*, pero influyó indirectamente en la redacción definitiva de este precepto. Como consecuencia de la discusión provocada por la propuesta del representante alemán, discusión que puso al descubierto las diferentes concepciones nacionales sobre la domiciliación cambiaria, el Comité de Redacción suprimió en el artículo 4 las palabras “letra de cambio domiciliada”. La supresión obedecía al deseo de respetar las diversas posturas de los Derechos nacionales en torno a la letra de cambio domiciliada (33). En su versión definitiva, el artículo 4 quedó redactado:

(30) La iniciativa de la modificación se debió al Delegado francés BOTTERON, quien temía que conforme al texto propuesto por el Comité de 1928 se excluiriese de la domiciliación cambiaria el supuesto en que la letra era pagadera en el domicilio de un tercero situado en la localidad donde el librado tiene su domicilio. Cfr. *Comptes Rendus cit.*, pág. 183.

(31) Esta propuesta fue hecha por el Representante alemán QUASSOWSKI, a cuyo entender una definición de la letra de cambio domiciliada debía comprender dos casos: la diferencia de lugares y la diferencia de personas. A la proposición alemana se unió el representante del Japón. Cfr. *Comptes Rendus cit.*, págs. 182, 183 y 186.

(32) La propuesta alemana encontró una fuerte oposición. El representante francés BOTTERON la consideraba poco clara. El Presidente, LIMBURG, criticó la enmienda alemana destacando que se alejaba sensiblemente de la concepción del artículo 4 que se había mantenido tanto en el Comité de Expertos como en la Conferencia de La Haya. Cfr. *Comptes Rendus*, págs. 183 y siguientes.

(33) Vid. *Comptes Rendus cit.*, pág. 129, donde se lee que las palabras “letra de cambio domiciliada”, que figuraban en el texto de La Haya y en el texto del Comité de Expertos, han sido suprimidas porque el concepto de la domi-

de la forma siguiente: *Une lettre de change peut être payable au domicile d'un tiers, soit dans la localité où le tiré a son domicile, soit dans une autre localité* (34).

¿Qué significado ha de otorgarse a la supresión de las palabras "letra de cambio domiciliada" en el texto definitivo del artículo 4 de la Ley Uniforme? Bajo el influjo de la accidentada historia de este precepto, se ha afirmado que la L. U. había suprimido no sólo el nombre, sino también la figura de la domiciliación cambiaria (35). Cuando para el pago de la cambial se designa un domicilio distinto del domicilio del librado, no se produce, según esta tesis, ningún efecto especial en el sistema cambiario uniforme (36). No tiene sentido hablar de letra de cambio domiciliada porque hoy toda cambial tiene un domicilio: el lugar del pago. En este sentido puede decirse que toda letra de cambio está domiciliada (37).

ciliación no era igual en los diferentes países. En la reunión dedicada a la lectura del texto presentado por el Comité de Redacción, el Presidente LIMBURG preguntó si la supresión de las palabras "letra de cambio domiciliada" había sido voluntaria. En nombre del Comité de Redacción, PERCEROU contestó que la supresión había sido deliberada y que en el informe del Comité figuraban los motivos de la supresión. Cfr. *Comptes Rendus*, pág. 381.

(34) He aquí las versiones española, italiana y alemana del artículo 4 de la L. U.:

"Toda letra de cambio podrá ser pagadera en el domicilio de un tercero, ya sea en la localidad en que el librado tiene su domicilio o en otra localidad." (Artículo 4 del Texto de 6 de enero de 1934 redactado por la Comisión Jurídica Asesora, Polo, *Leyes Mercantiles y Económicas*, tomo III, Madrid, 1956, apartado XI, pág. 2.)

"*La cambiale può essere pagata al domicilio di un terzo, sia nel luogo del domicilio del trattario, sia in altro luogo. Se non è detto che il pagamento sarà fatto presso il terzo dal trattario, si intende che sarà fatto del terzo.*" (Artículo 4 del R. D. de 19 de diciembre de 1963; en la versión italiana se ha añadido al artículo 4 un segundo párrafo del que nos ocuparemos más adelante.)

"*Der Wechsel kann bei einem Dritten am Wohnort des Bezugnen oder an einem anderen Orte zahlbar gestellt werden.*" (Artículo 4 de la Wechselgesetz de 21 de junio de 1933.)

(35) BRACCO, *La Legge Uniforme sulla Cambiale*, Padova, 1935, núm. 35, págs. 67-68.

(36) BRACCO (*ob. cit.*, pág. 68) afirma que la Ley Uniforme ha eliminado de la cambial domiciliada sus desventajas anteriores, que consistían en privar al portador de la acción cambiaria directa contra el aceptante en el caso de que hubiese omitido el protesto. Esta afirmación revela inequívocamente que en el momento de comentar la Ley Uniforme, Bracco —adoptando una postura inapropiada para quien pretende enjuiciar la obra de unificación de Ginebra— pensaba tan sólo en el Derecho italiano anterior y no en los restantes sistemas cambiarios europeos. En el ordenamiento alemán, como ya sabemos (*supra* I, 2), no era éste el único "inconveniente" o, mejor dicho, consecuencia de la domiciliación cambiaria. En este tema insistiremos más adelante.

(37) BRACCO, *ob. cit.*, núm. 36, pág. 69, nota 2.^a Esta última afirmación de Bracco se reduce a un puro jnego de palabras. Cierto es que toda cambial indica un domicilio en el que ha de realizarse el pago. Pero este domicilio puede o no coincidir con el domicilio que según el texto de la letra tiene el librado. De letra de cambio domiciliada debe hablarse únicamente en esta segunda hipótesis, esto es, cuando no coinciden el domicilio del librado y el domicilio designado para el pago de la cambial.

La tesis que niega la existencia de la letra de cambio domiciliada en el Derecho Uniforme no es convincente por fundarse en un análisis muy superficial del nuevo sistema. Esta tesis se ha fijado únicamente en los antecedentes inmediatos del artículo 4 y no ha prestado atención al resto del articulado (38). Un estudio más detenido de la Ley Uniforme demuestra que a la supresión de las palabras "letra de cambio domiciliada" en el texto del artículo 4 no cabe atribuir la grave consecuencia de suprimir la figura de la domiciliación cambiaria.

El concepto y efectos de la domiciliación cambiaria se determinan en los artículos 4 y 22, párrafo segundo, de la Ley Uniforme. El artículo 4 prevé la posibilidad de que para el pago de la letra se señale el domicilio de una persona distinta al librado, sea en la localidad en que éste tiene su domicilio, sea en otra localidad. El artículo 22 dispone que en el caso de ser pagadera la letra en el domicilio de un tercero y en el de haberse indicado para el pago una localidad distinta a aquella en que el librado tiene su domicilio, el librador no puede prohibir la presentación de la letra a la aceptación (39). De estos artículos se desprende que la letra de cambio domiciliada es la letra pagadera en un lugar o domicilio distinto al domicilio del librado, ya se encuentre este lugar en la misma localidad en que el librado tiene su domicilio según el texto de la cambial, ya se encuentre en una localidad diversa (40).

(38) Criticando la tesis de BRACCO, dice VALERI (*Diritto Cambiario Italiano, Parte Speciale*, Milán, 1938, núm. 176, pág. 126) que si bien no existe una terminología legislativa, parece excesivo afirmar que en el nuevo Derecho sea inútil hablar de letra de cambio domiciliada.

Por su parte, VALERI afirma que es, sin embargo, innegable que en el nuevo Derecho el intérprete no dispone de una segura guía positiva para la delimitación precisa de los conceptos. No estamos de acuerdo con esta apreciación de VALERI. Como seguidamente vamos a comprobar, es posible encontrar en el sistema cambiario uniforme una guía bastante segura para determinar el concepto y efectos de la cambial domiciliada.

(39) La versión española del párrafo 2 del artículo 22 de la L. U. dice así: "También podrá prohibir en la letra su presentación a la aceptación, a no ser que se trate de una letra de cambio pagadera en el domicilio de un tercero, o de una letra pagadera en una localidad distinta a la del domicilio del librado, o de una letra girada a cierto plazo desde la vista." Víd. Poro, *ob. y loc. cit.* pág. 5.

(40) Después de comparar la nueva regulación con la de la *Wechselordnung*, dicen STAUB-STRANZ (*Kommittat zum Wechselgesetz*, Berlín, 1934, art. 4, nota 3, pág. 109) que resulta indiferente que la letra sea pagadera en el domicilio del librado o en una localidad distinta. Hoy —agregan estos autores— sólo es jurídicamente relevante el que la cambial sea pagadera en la casa o domicilio del librado o en la casa de un tercero, sea en la misma localidad del domicilio del librado o en una localidad distinta. En parecidos términos se expresa DE SEMO (*Diritto Cambiario*, Milán, 1953, núm. 324, pág. 521) al concebir la letra de cambio domiciliada como aquella que es exigible en el domicilio de un tercero, sea en la localidad del domicilio del librado, sea en otra localidad; la nota destacada de la domiciliación cambiaria es la exigibilidad en casa de un tercero. Y en este sentido opinan también NAVARRINI-PROVINCIALI, *La cambiale e l'assegno bancario*, 2.^a edición, Roma, 1950, núm. 62, pág. 91.

Nuestro pensamiento coincide sustancialmente con el de estos autores. Mas,

Las consecuencias de la domiciliación cambiaria se determinan en el artículo 22, párrafo 2; legalmente se prohíbe la prohibición de presentar la letra a la aceptación (41). El librador puede, en principio, prohibir al tenedor de la cambiaria la presentación a la aceptación (42), pero en la hipótesis de la letra domiciliada la Ley excluye expresamente esta facultad del librador. La causa de esta prohibición legal de la prohibición es la de hacer posible que a través de la presentación el librado tenga noticia del libramiento de la letra y adopte las medidas oportunas para el pago. Estas medidas son particularmente necesarias cuando el pago debe realizarse en lugar distinto al del domicilio del librado (por ejemplo, envío de fondos al lugar donde la letra deberá ser pagada) (43). El sistema cambiario uniforme no está, en este punto, exento de críticas. En efecto, para alcanzar la finalidad apuntada habría sido preferible que la Ley impusiera al tenedor de la cambiaria domiciliada el deber de presentarla a la aceptación. De esta manera se habría regulado en el Derecho Uniforme con mayor perfección técnica la letra de cambio domiciliada (44).

La nota característica de la cambiaria domiciliada es, en suma, la falta de coincidencia entre el domicilio del librado y el lugar o domicilio designado para el pago de la letra. No importa, en cambio, que este lugar especialmente designado para el pago de la cambiaria se encuentre o no situado en la localidad en que el librado tiene su domicilio. La *distantia loci*, o sea la diversidad geográfico-política entre el

a la vista del texto del artículo 22 de la L. U., preferimos hablar genéricamente de un domicilio o lugar distinto al domicilio cambiario del librado, en vez de referirnos al d. nicio de un tercero.

(41) Mantiene JACOBI (*Wechsel- und Scheckrecht cit.*, pág. 442) que la domiciliación cambiaria produce otra consecuencia: la que se determina en el párrafo 2 del artículo 27 de la L. U. Esto no es, a nuestro juicio, exacto, porque el párrafo 2 del artículo 27 no regula una consecuencia de la domiciliación, sino que se refiere a la legitimación del librado para domiciliar la cambiaria. De este tema nos ocuparemos más adelante, parágrafo 3, II.

(42) Sobre las diversas causas y peculiaridades de la prohibición de presentar la letra a la aceptación, vid. JACOBI, *Wechsel- und Scheckrecht cit.*, páginas 560 y siguientes.

(43) Dicen a este propósito STAUB-STRANZ (*Kommentar zum Wechselgesetz cit.*, art. 22, nota 10, pág. 292) que a través de la presentación el librado conoce el curso de la letra y puede evitar que a sus espaldas se realicen maniobras desleales y se proteste la cambiaria. De esta manera el librado, además, estará en condiciones de remitir los fondos precisos al lugar en que debe pagarse la letra. Por su parte, afirma JACOBI (*Wechsel- und Scheckrecht cit.*, pág. 564) que de prohibirse la presentación a la aceptación, la letra domiciliada podría utilizarse ilícitamente para conseguir el d. sin que el librado tuviese conocimiento de ello y pudiese evitarlo.

No es convincente, en cambio, la opinión de NAVARRINI-PROVINCIALI (*La Cambiale e l'assegno bancario cit.*, núm. 62, pág. 92), quienes, criticando las razones indicadas, entienden que la Ley ha querido probablemente ayudar al portador de la cambiaria, el cual puede, en este caso --con mayor fundamento-- que en los supuestos normales --temer que la cambiaria no se pague.

(44) En este sentido se manifiestan STAUB-STRANZ, *Kommentar zum Wechselgesetz loc. cit.* últimamente, y JACOBI, *Wechsel- und Scheckrecht cit.*, página 564, n.º 3.

domicilio del librado y el lugar de pago, ya no es en el nuevo sistema cambiario requisito determinante de la domiciliación cambiaria. La Ley Uniforme, abandonando el requisito de la *distantia loci* que establecían los antiguos ordenamientos italiano y alemán [*vid. supra* I, 1) y 2)] no atribuye ninguna consecuencia especial a la circunstancia de encontrarse en localidades diversas el domicilio del librado y el domicilio indicado para el pago de la letra.

Cierto es que no han faltado en la doctrina intentos para encontrar en el sistema de la Ley Uniforme algunos residuos del antiguo requisito de la *distantia loci*, estableciendo sutiles diferencias según que el lugar de pago se halle o no en la localidad del domicilio del librado. Estas diferencias se traducirían en la forma en que el librado debe, en su caso, domiciliar la cambiaria, y en las circunstancias que ha de retinir la tercera persona designada como domiciliatario.

La primera de las diferencias apuntadas pretende apoyarse en la distinta dicción de los párrafos 1 y 2 del artículo 27 de la L. U. (45). Si al emitirse la letra se indica que el pago ha de ser hecho en la localidad en que el librado tiene su domicilio y el librado quiere designar para el pago una dirección o lugar dentro de esa misma localidad, la designación deberá incluirse precisamente en la declaración por la que se acepta la cambiaria. Cuando la letra ha de pagarse en una localidad distinta de la del domicilio del librado —o sea, cuando concurre la *distantia loci*— y no ha sido indicado un tercero en cuya casa deba hacerse el pago, al aceptar la cambiaria puede el librado indicar el nombre de este tercero, ya sea en la declaración de aceptación o en otra parte del texto de la letra (46). Tan sólo un excesivo apego

(45) El texto francés de este artículo es el siguiente: "Quand le tireur a indiqué dans la lettre de change un lieu de paiement autre que celui du domicile du tiré, sans désigner un tiers chez qui le paiement doit être effectué, le tiré peut l'indiquer lors de l'acceptation. A défaut de cette indication, l'accepteur est réputé s'être obligé à payer lui-même au lieu de paiement. Si la lettre est payable au domicile du tiré, celui-ci peut, dans l'acceptation, indiquer une adresse du même lieu où le paiement doit être effectué."

La versión española del artículo 27 dice así: "Cuando el librador hubiere indicado en la letra de cambio un lugar de pago distinto del domicilio del librado, sin designar a un tercero en cuya casa ha de hacerse el pago, el librado podrá indicarlo así en el momento de la aceptación. A falta de semejante indicación, se entenderá que el aceptante se ha obligado a pagar por sí mismo en el lugar del pago. Cuando la letra sea pagadera en el domicilio del librado, éste podrá indicar en la aceptación una dirección en el mismo lugar para que en ella se efectúe el pago." (Cfr. Poro, *ob. y loc. cit.*, págs. 6-7.)

(46) Esta es la opinión de STAUB-STRANZ, *Wechselgesetz cit.*, art. 27, nota 3, pág. 317. Según estos autores, la distinción se basa en motivos psicológicos. Si se designa para el pago una localidad especial, distinta a la del domicilio del librado, ya se ha previsto un espacio en que, fuera de su propia declaración cambiaria, pueda el aceptante insertar el nombre del tercero (domiciliatario). No ocurre así en la hipótesis del párrafo 2 del artículo 27: fuera de la propia declaración de aceptación no hay en la letra de cambio un espacio apto para insertar el nombre del tercero. Por esta causa, y para evitar falsificaciones de la cambiaria, se ordena expresamente que el librado ha de designar al tercero en su propia declaración de aceptación. Esta tesis también es defendida en la doc-

al tenor literal del artículo 27 puede justificar esta tesis, pero la justificación es tan sólo aparente (47). Porque no responde a ninguna exigencia realmente sentida y no concuerda en modo alguno con la práctica cambiaria (48), esta artificiosa tesis debe ser rechazada.

Le segunda de las diferencias apuntadas pretende también basarse en el distinto tenor de los párrafos primero y segundo del artículo 27. Esta diferencia consituiría en que al señalarse para el pago la localidad del domicilio del librado, éste sólo podría designar como domiciliatario a un tercero residente en aquella localidad, mientras que si concurriese el requisito de la *distantia loci*, el librado podría designar a cualquier tercero, resida o no en la localidad indicada para el pago de la cambial (49). Esta tesis, tan artificiosa como la anterior, no cuenta con ningún apoyo en el texto del artículo 27. El párrafo segundo de este artículo, al regular la hipótesis de ser letra pagadera en la localidad del domicilio del librado, tan sólo exige que la dirección indicada por el librado se encuentre en la misma localidad que su domicilio. Al igual que el párrafo primero, el párrafo segundo del artículo 27 naña dice sobre si el tercero ha de residir o encontrarse en la localidad indicada para el pago de la letra (50).

Siempre que no coincidan el domicilio del librado y la dirección o lugar designado para el pago, la letra de cambio deberá considerarse domiciliada en sentido técnico. Para que la cambial adquiera este carácter no es requisito indispensable que el pago sea realizado por una tercera persona (el domiciliatario). La tercera persona cuyo domicilio se indica en la cambial puede estar encargada de efectuar el pago en vez del librado o aceptante. Pero la indicación del domicilio de un

trina francesa por LESCOT Y ROBLOT, *Les Effects de commerce*, tomo I, París, 1953, núm. 230, págs. 255-256.

(47) Tal vez la traducción alemana del artículo 27 podía dar pie para esta refinada distinción. Así vemos que en el párrafo 1 se dice: "kann der Bezogenen bei der Annahmeerklärung einen Dritten bezeichnen...", mientras que en el párrafo segundo se dice: "kann dieser in der Annahmeerklärung eine am Zahlungsorte befindliche Stelle bezeichnen". En la versión italiana se contraponen la indicación "al momento dell'accettazione" y la indicación "nell'accettazione". Respecto de la versión española, *vid. supra* nota 45.

(48) Que la distinción no es recogida en la práctica cambiaria lo confiesan incluso STAUB-STRANZ (*loc. cit.*). En contra de la distinción se manifiesta también JACOBI, *Wechsel- und Scheckrecht* *cit.*, pág. 506, nota 5.

(49) Esta tesis es mantenida por JACOBI, *Wechsel- und Scheckrecht* *cit.*, pág. 509. Según este autor, el distinto tratamiento jurídico de la cambial en que concurre la *distantia loci* y de la *Platz-Wechsel* se justifica porque en esta última la circunstancia de no encontrarse el tercero al vencimiento en la localidad indicada para el pago, puede fácilmente conducir a un "protesto al viento" (*Windprotest*). Este riesgo surge en la *Platz-Wechsel* precisamente al ser designado un tercero como domiciliatario, mientras que este riesgo existe siempre en la cambial domiciliada con *distantia loci*.

(50) El párrafo segundo del artículo 27 no alude al tercero domiciliatario. Dice tan sólo que la "dirección" (*Stelle*, en la versión alemana) ha de encontrarse en la localidad del domicilio del librado. JACOBI interpreta mal el párrafo segundo al referir el "encontrarse" (*befindliche*, en la versión alemana) no a la dirección, sino a la persona del domiciliatario (*Zahlungslieister*).

tercero puede también hacerse con una finalidad distinta: determinar la dirección o lugar en que el propio aceptante pagará la letra a su vencimiento. Porque el tercero cuyo domicilio se indica en la cambial puede, indiferentemente, asumir uno u otro papel, es por lo que se hace necesario determinar cuándo el domiciliatario deberá pagar la letra y cuándo es, por el contrario, el librado quien debe realizar el pago en el domicilio del tercero.

La Ley Uniforme no resuelve de manera general este problema (51). El artículo 27, párrafo 2, sienta tan sólo una presunción para el supuesto de que el librador hubiese indicado para el pago una localidad distinta a la del domicilio del librado sin designar a un tercero en cuya casa ha de hacerse el pago, y el librado, por su parte, no hubiese tampoco designado a un tercero en el momento de la aceptación. En este caso se entenderá —dice el párrafo 2 del artículo 27— que el aceptante se ha obligado a pagar por sí mismo en la localidad fijada para el pago. De aquí se sigue que cuando el librado indica el nombre de un tercero en el momento de la aceptación, será el tercero quien deberá pagar la letra a su vencimiento.

Del precepto contenido en el artículo 27, párrafo 2, de la Ley Uniforme se ha pretendido inducir el principio general de que si en la letra se designa —bien por el librador, bien por el aceptante— a un tercero, el pago deberá ser hecho por el tercero y no por el aceptante (52). Esta conclusión no parece, sin embargo, muy correcta. No hay que olvidar que el artículo 27 se limita a sentar una presunción y que, por este motivo, del artículo 27 podrá a lo sumo deducirse una presunción de carácter general: siempre que se indique a un tercero, se entiende que el pago de la letra será hecho por el tercero (53). Mas puesto que se trata únicamente de una presunción, es cosa clara que a su vencimiento la letra puede ser pagada por el propio aceptan-

(51) El problema está, por el contrario, resuelto en la versión italiana de la Ley Uniforme. El Real Decreto de 14 de diciembre de 1933 agregó al artículo 4 un segundo párrafo a cuyo tenor si no se indica que el pago será hecho por el librado en la casa del tercero, se entiende que será hecho por el tercero. VALERI (*Diritto Cambiario Italiano*, tomo II cit., núm. 176, pág. 127) entiende que se trata de una adición a la Ley Uniforme cuya regularidad es indudable por consistir en una disposición de coordinación destinada a aclarar el significado de la designación de un tercero con respecto al pago de la cambial.

(52) Esta es la opinión de QTASSOWSKI-ALBRECHT, *Höchstgesetz*, Berlín, 1934, art. 4, nota 2, pág. 49. Según estos autores, el precepto del artículo 27, párrafo 2, da a entender que la Ley parte del principio de que si se designa un domiciliatario el pago no será hecho de ordinario por el librado.

(53) En este sentido, dicen LISCOY y ROMIOT (*Les Effets du Commerce v.*, tomo I, núm. 327, pág. 231, nota 4) que parece conforme al espíritu de la L. U. considerar que la letra domiciliada es pagadera en casa de un tercero, y, salvo voluntad contraria expresada por el librador, por el tercero designado. La nueva Ley —agregan estos autores— tumba en consideración el domicilio del tercero para fijar el lugar del pago, pero no concede importancia a la persona que debe pagar en este lugar. De esta manera, la presunción de que el pago debe ser realizado por el tercero, tiene que calificarse como una presunción simple.

te en el domicilio del tercero y que no por ello perderá la cambial el carácter de domiciliada (54).

Es irrelevante, en suma, la circunstancia de que el pago sea realizado por el aceptante o por el tercero domiciliatario. Hoy carece de sentido distinguir entre domiciliación completa e incompleta, según que la letra sea pagadera por el tercero domiciliatario o por el propio aceptante (55). La cambial será técnicamente domiciliada tanto en uno como en otro caso, porque en ambos se produce la consecuencia típica de la domiciliación en el Derecho Uniforme, a saber: imposibilidad de prohibir la presentación de la letra a la aceptación.

§ 2. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DE LA CAMBIAL DOMICILIADA

I

Sabido es que la obligación cambiaria se caracteriza por ser el acreedor quien ha de buscar al deudor principal para exigirle el pago de la cantidad indicada en la letra, limitándose el deudor principal o aceptante a tener esta suma a disposición del tenedor de la cambial en el momento del vencimiento. La deuda cambiaria debe configurarse, en principio, como una *Holschuld* o deuda que impone al acreedor la búsqueda del deudor en el momento del pago, y no como una *Bringschuld* o deuda en la que el deudor tiene que salir al encuentro del acreedor para realizar la prestación debida, en vez de limitarse a poner la prestación a disposición del acreedor y esperar a que éste la exija (56). La característica de ser la deuda cambiaria una *Hol-*

(54) De este modo opinan, según hemos visto en la nota anterior, LESCOT y ROBLOT, opinión que suscribimos con una sola salvedad: la voluntad contraria a que el pago sea hecho por el tercero no sólo puede ser expresada por el librado, sino también por el propio aceptante. Incluso QUASSOWSKI-ALBRECHT (*loc. cit.*) reconocen la posibilidad de que el librado, si así lo desea, se persone en el domicilio del tercero y aguarde allí a que sea presentada la letra al pago.

(55) MOSSA (*Trattato della Cambiale*, 3.^a edición, Padova, 1956, núm. 306, pág. 289) afirma que la finalidad de la domiciliación no es tanto fijar una dirección diversa del domicilio del librado como una persona diversa que ha de realizar la prestación. De aquí deduce que si en virtud de una disposición expresa de las partes el pago debe ser realizado por el librado en el domicilio del tercero, la domiciliación será incompleta. Por las razones apuntadas en el texto no compartimos esta opinión.

(56) La contraposición entre *Holschuld* y *Bringschuld* es clásica en la doctrina alemana. Véase, por todos, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tomo I, 2.^a edición, Múnich y Berlín, 1957, pág. 160. Por no existir en el lenguaje jurídico español términos que traduzcan fielmente estas expresiones alemanas, hemos preferido emplear éstas en el texto. Este proceder, aunque no exento de críticas, parece más correcto que el de traducir las expresiones citadas con términos equívocos que inducen a confusión sobre su auténtico significado. Esto es lo que hace SANTOS BRIZ al traducir la obra de LARENZ (*Derecho de Obligaciones*, tomo I, Madrid, 1958, pág. 257), contraponiendo las "obligaciones de puesta a disposición o recogida" (*Holschuld*) a las "obligaciones de entrega" (*Bringschuld*). Más exactas son, en cambio, las expresiones "deuda buscadera" y "deuda traedera" que emplea MELÓN INFANTE al traducir los indicados

schrift es consecuencia obligada de una peculiaridad de las relaciones cambiarias: el desconocerse hasta el momento del pago quién es el acreedor definitivo. La búsqueda del deudor cambiario principal por el acreedor definitivo se traduce en el deber de presentar la letra al pago. Esta carga se impone al tenedor de la cambial en el artículo 38 de la L. U. (57). La expresada característica de la obligación cambiaria (ser una *Holschuld*) aparece de este modo unida a la condición de ser la letra un título de presentación (58).

Pues bien, la estructura que, por lo general, presenta la obligación cambiaria puede modificarse radicalmente en algunas ocasiones como consecuencia de la cláusula de domiciliación. Ciertamente, la domiciliación de la cambial no dispensa siempre al tenedor de la búsqueda del deudor cambiario principal para exigirle el pago. En principio, la domiciliación cambiaria modificaría únicamente el lugar en que la búsqueda del deudor (o de su representante: el domiciliatario) ha de hacerse: lugar o dirección indicados para el pago y no el domicilio del aceptante. Mas es también posible que a través de la cláusula de domiciliación la deuda cambiaria deje de ser una *Holschuld* para convertirse en una *Bringschuld*. Así sucederá cuando al vencimiento coincidan en una persona las cualidades de acreedor y domiciliatario.

La coincidencia de las cualidades de acreedor y domiciliatario en una misma persona puede producirse de una manera premeditada o fortuita. Lo primero ocurrirá cuando en la letra girada a la propia orden y domiciliada en casa del librador, éste no se desprende de la cambial; cuando se haya domiciliado la cambial en casa del tomador y éste no endosa el título (59) y, en general, siempre que se domicilie la letra en casa de aquella persona que previsiblemente ha de adquirirla

términos. *Vid.* PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Barcelona, 1957, pág. 219.

(57) Artículo 38, párrafo 1 de la L. U.: "El tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo, o en cierto plazo a contar de la fecha, o desde la vista, deberá presentar la letra de cambio al pago el día fijado para éste."

(58) Que la deuda cambiaria es de ordinario una *Holschuld* ha sido destacado por los autores alemanes que estudian la *Wechselgesetz* de 1934. *Vid.*, por ejemplo, JACOBI (*Wechsel- und Scheckrecht cit.*, pág. 263), quien deduce esta característica de una de las peculiaridades de la deuda cambiaria: desconocimiento del acreedor por el deudor.

Los autores franceses, por su parte, califican la deuda cambiaria como *quittance* y no *portable* (categorías que se corresponden con las alemanas *Holschuld* y *Bringschuld*). *Vid.* en este sentido LESCOT y ROBLOR, *Les Effets de Commerce cit.*, tomo II, núm. 566, pág. 2.

(59) La posibilidad de convertir la deuda cambiaria en una *Bringschuld* como consecuencia de la cláusula de domiciliación, ha sido destacada por JACOBI y STAUB-STRANZ. Pero estos autores no reconocen con carácter general esta posibilidad, sino que se limitan a apuntar casos particulares en que así ocurre. JACOBI (*Wechsel- und Scheckrecht cit.*, pág. 502) recoge tan sólo la hipótesis en que el tomador es al mismo tiempo domiciliatario, mientras que STAUB-STRANZ (*Wechselgesetz cit.*, art. 4, nota 2, pág. 109) recogen únicamente la hipótesis de coincidir en una persona las cualidades de librador y domiciliatario. Estas hipótesis carentes no agotan la variedad de supuestos que en la práctica pueden presentarse.

más tarde mediante el oportuno endoso. Lo segundo ocurrirá cuando en el momento del vencimiento de la letra, por azar, se encuentra en poder del domiciliatario. En uno y otro caso el aceptante deberá, al vencer la letra, entregar al domiciliatario los fondos necesarios. Como éste es, a su vez, acreedor cambiario, resultará que ha sido el deudor quien ha ido al encuentro del acreedor para realizar la prestación debida. En esta hipótesis la deuda cambiaria presenta la estructura típica de una *Bringschuld*. Mas no por esto pierde la letra el carácter de título de presentación, ya que para justificar el cobro el acreedor-domiciliatario deberá encontrarse en posesión de la letra y remitir ésta oportunamente al aceptante. Antes bien, aunque la deuda cambiaria se haya convertido en una *Bringschuld*, la letra continúa siendo un título de presentación, rompiéndose de esta manera la unión que, por lo general, existe entre título de presentación y *Holschuld* (60).

II

Expuesto el significado que en punto a la estructura de la deuda cambiaria puede tener la domiciliación, veamos ahora cuáles son las ventajas que para los sujetos de la relación cambiaria puede presentar la cambiaria domiciliada.

La cláusula de domiciliación puede eliminar los obstáculos que dificultan la negociación de la letra cuando el librado tiene su domicilio en una localidad alejada, de escaso relieve comercial y desprovista de los correspondientes servicios bancarios. En esta hipótesis el cobro de la letra podría imponer al tenedor un largo desplazamiento y, por no existir sucursales o agencias bancarias en el domicilio del librado, ningún Banco asumiría fácilmente la comisión de cobrar la cambiaria. Por estas razones el tomador, o, en su caso, el librador, encontrarían grandes dificultades al tratar de endosar la letra de cambio. Si la cambiaria se domicilia en una localidad que cuenta con los correspondientes servicios bancarios, los apuntados inconvenientes desaparecen. En tal caso el tenedor del título podrá negociarlo con facilidad y el cobro no presentará dificultad alguna, ya que cualquier Banco podrá aceptar el encargo de cobrar la letra, bien directamente, bien valiéndose de un Banco correspondiente. De esta manera, la domiciliación cambiaria aumenta la capacidad de circulación de la letra y al mismo tiempo aumenta su valor económico, tanto para el librador como para el tomador y los sucesivos tenedores (61).

(60) Criticando a BRUNNER, maestro GÖLDSCHEIDER (*Miscellen zur Theorie der Wertpapiere*, "Z. II. R.", tomo 28 (1882), pág. 76) que a pesar del deber de presentación del acreedor, podía estar obligado el deudor a trasladar (bringen) la prestación debida al domicilio del acreedor y que así ocurría en algunos supuestos de domiciliación cambiaria.

(61) Esta virtud de la domiciliación cambiaria ha sido destacada por la mayoría de los autores. Ya EINERT, en su conocida obra *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert*, Leipzig, 1839, pág. 175, decía que el tenedor puede estar muy interesado en que el librado

Particular interés tendrá para el librador la cláusula de domiciliación cuando como lugar de pago de la cambiial se indica justamente su propio domicilio. En tal caso, al vencer la letra, el aceptante deberá presentarse para realizar el pago o deberá remitir oportunamente los fondos necesarios al domicilio del librador. Si ninguno de estos hechos se produce, el librador tendrá inmediato conocimiento de ello y estará en disposición de pagar por sí mismo la letra y evitar de este modo los elevados gastos que el regreso cambiario entraña (62). Por lo mismo, el librador podrá también, en este caso, exigir inmediatamente al aceptante el reembolso del crédito cambiario y de los demás gastos (63). De otra parte, la designación de un domiciliatario puede evitar al librador el giro de una letra por cuenta de un tercero. Si un deudor A conviene con su acreedor B que la satisfacción de la deuda se hará por C, deudor de A, mediante una letra de cambio, B puede girar la cambiial por cuenta de A, directamente sobre C: letra por cuenta ajena (art. 3 de la L. U.). Mas es también posible que para evitar el libramiento por cuenta de un tercero, B gire sobre A y designe como domiciliatario a C, quien vencida la letra abonará su importe a B por cuenta del librado A (64).

También para el principal obligado cambiario puede resultar ventajosa la domiciliación de la letra. Si el librado prevé que al vencimiento no se encontrará en su domicilio habitual, sino en una localidad distinta, estará lógicamente interesado en que se domicilie la letra en esta localidad, a fin de que el tenedor se presente en ella para recibir el pago (65). Fuera de esta hipótesis particular, la domiciliación de la cambiial en una localidad distinta a aquella en que reside el librado permitirá a éste guardar el secreto de las operaciones comerciales y financieras relativas a la emisión de la letra y evitará, en su caso, el natural descrédito que trae consigo el protesto en la lo-

realice el pago de la letra en la localidad especialmente designada porque de este modo la cambiial sería *verkäuflicher*. En parecidos términos, CANSTEIN (*Lehrbuch des Wechselrechts* cit., pág. 61), afirmaba que si viviendo el librado en una pequeña localidad se indicaba como lugar de pago una *Handelsplatz*, la letra sería *circulationsfähig*. Modernamente, STAUB-STRANZ (*Wechselgesetz* cit., art. 4, nota 2, pág. 109) subrayan la importancia que en esta hipótesis ofrece la domiciliación al facilitar el cobro o el descuento de la cambiial.

(62) Refiriéndose a este supuesto, dicen gráficamente STAUB-STRANZ (*loc. cit.* últimamente) que el librador tiene la posibilidad de controlar el pago, y en la hipótesis de impago por el aceptante puede encargarse personalmente de la satisfacción del crédito cambiario. Por su parte, indica Jacobi (*Wechsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 502) que el librador en este caso puede pagar por intermedio y evitar de este modo los gastos del regreso.

(63) Vid. LYON-CAPN, *loc. cit.* últimamente.

(64) Esta posible función de la cambiial domiciliada es destacada por GRÜNNHUT (*Wechselrecht* cit., tomo I, pág. 420, nota 15), quien propone el ejemplo reproducido en el texto. GRÜNNHUT indica que en el caso de la letra girada por cuenta ajena ingresarán en el nexo cambiario B y C, pero no A, mientras que en el caso de la letra domiciliada ingresarán en el nexo cambiario el acreedor B y su deudor A, pero no el deudor de éste, C.

(65) Vid. LYON-CAPN y RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, tomo IV, 5.^a edición, París, 1925, pág. 92.

calidad del domicilio habitual (66). Además, la domiciliación de la letra de cambio, singularmente la domiciliación en un Banco, librará al aceptante de los riesgos inherentes a la conservación en su domicilio o establecimiento mercantil de los fondos necesarios para hacer efectiva la cambiaria a su vencimiento (67). Al mismo tiempo, la domiciliación dispensará al aceptante de adoptar las medidas necesarias —que en el supuesto de pluralidad de giros pueden llegar a ser tanto complejas— para atender puntualmente el pago de la letra o letras a su vencimiento. Finalmente, a través de la cláusula de domiciliación el librado puede hacer efectivo el crédito que frente a un tercero le corresponde, si designa al tercero deudor como domiciliatario. En este caso, al pagar el domiciliatario la letra, el pago satisfará a la vez el crédito cambiario y el crédito del librado frente al domiciliatario (68).

III

Las ventajas que la domiciliación de la cambiaria produce son todavía mayores cuando la letra se domicilia en un establecimiento bancario. Así, la domiciliación bancaria hará que aumente la capacidad de circulación de la letra, que el aceptante tenga la seguridad absoluta de que la cambiaria será puntualmente pagada a su vencimiento, etc. Y junto a la intensificación de las ventajas generales, la domiciliación bancaria prestará al Banco invaluables servicios. La domiciliación de la letra en un establecimiento bancario puede ser ocasión para que el librador, librado y tenedor entablen relaciones con el Banco domiciliatario y se conviertan en clientes suyos, encomendándole la ejecución de otras operaciones (69). Si el librado es ya cliente habitual del Banco domiciliatario, la domiciliación de la cambiaria facilitará al Banco el conocimiento y control de las operaciones realizadas por el

(66) Dice DR SEMO (*Diritto Cambiario cit.*, núm. 325, pág. 322) que en algunos casos es el propio aceptante quien tiene interés en pagar la letra fuera de su domicilio, a fin de que sus negocios no sean conocidos en la plaza. Por su parte, afirman LESCOT y ROBLAT (*Les Effets de Commerce cit.*, tomo I, número 228, pág. 251) que el interés del librado en la domiciliación puede responder al deseo de evitar el protesto y el consiguiente descrédito.

(67) Esta ventaja de la domiciliación es apuntada por QUASSOWSKI-ALBRECHT (*Wechselgesetz cit.*, art. 4, nota 1, pág. 48) en la doctrina alemana, y por HAMEL (*Banques et Opérations de Banque*, tomo II, París, 1943, núm. 1108, pág. 901) y LESCOT-ROBLAT (*loc. cit.*, últimamente) en la doctrina francesa. Estos últimos autores indican acertadamente que la ventaja es mayor en el caso de letras giradas a la vista.

(68) GRÜNHUT (*Wechselrecht cit.*, tomo I, pág. 420) nota 25) y JACOBI (*Wechsel- und Scheekrechit cit.*, pág. 502) destacan esta posible consecuencia de la domiciliación cambiaria. JACOBI dice plásticamente que mediante el pago de la cambiaria por el domiciliatario pueden extinguirse una cadena de obligaciones civiles: la del domiciliatario frente al librado, la del librado frente al librador y la del librador frente al tomador.

(69) Vid. LESCOT y ROBLAT (*Les Effets de Commerce cit.*, tomo I, nú. 228, página 252).

cliente. De esta manera el Banco sabrá si la letra librada sobre su cliente responde a una operación real, o si se trata de una pura letra de favor, lo cual le permitirá formar un juicio exacto sobre el estado financiero y hábitos de su cliente (70). Además de estas ventajas particulares que la cambiaria domiciliada presenta para el Banco domiciliatario, es innegable que cuando el pago de la letra se realiza mediante compensación o transferencia, la domiciliación bancaria evita el empleo de numerario, con el consiguiente beneficio para la economía general (71).

Por todas estas razones la domiciliación de la cambiaria en un establecimiento bancario se ha difundido extraordinariamente. Promotores de esta difusión han sido los Bancos que siempre se han mostrado más propicios a negociar las letras bancariamente domiciliadas, y el propio Estado que movido por la conveniencia de reducir el empleo de numerario en los pagos, ha concedido ciertas ventajas fiscales a esta clase de letras. La protección de la cambiaria domiciliada en un establecimiento bancario ha motivado incluso que en algunos países se eleve la domiciliación bancaria a requisito inexcusable para la válida emisión de la letra de cambio.

Así ocurrió en Francia, donde la Ley de 4 de septiembre de 1947 dispuso que las letras de cambio emitidas en Francia a partir del próximo 4 de diciembre y pagaderas en el país, debían ser obligatoriamente domiciliadas en un Banco o establecimiento asimilado, subordinando la validez de la letra al cumplimiento de este requisito. La finalidad perseguida por la ley francesa era la de aproximar la letra de cambio al cheque, convirtiendo también a la cambiaria en un título eminentemente bancario (72). La promulgación de la ley obedecía, en

(70) Afirma a este respecto HAMEL (*Banques et Opérations de Banque cit.*, número 1108, pág. 902) que el Banco puede descubrir la existencia de letras que no responden a ninguna operación comercial, como serían las letras giradas por una persona que no está ligada al librado por ninguna relación profesional o de negocios, en cuyo caso el Banco puede creer que su cliente consiente con facilidad firmas de caución o que se practica la "cabalgata de letras". En esta investigación será muy útil al Banco —a juicio de HAMEL— el conocer el origen de los fondos remitidos para el pago de los efectos domiciliados: si los fondos provienen de un tercero, especialmente del librador, el Banco considerará justamente que se trata de una pura letra de favor.

HOUTIN (*La loi inconstitutionnelle du 4 Septembre 1947 sur la domiciliation obligatoire des effets de commerce*, "Revue trimestrielle de Droit Commercial", 1948, págs. 209-210) indica, por su parte, que de este modo el Banco domiciliatario puede seguir de cerca las operaciones de su cliente y controlar los créditos que le han sido concedidos.

(71) Cfr. HAMEL (*ibid.* y *loc. cit.*), quien destaca que si el efecto ha sido descontado o entregado a otro Banco para su cobro, la domiciliación permite un pago por transferencia entre los dos Bancos, pago que economiza numerario y evita el transporte de dinero.

(72) Criticando la Ley de 1947, dice, razonablemente, HOUTIN (*La loi inconstitutionnelle du 4 Septembre 1947 cit.*, pág. 210) que la analogía entre la letra de cambio bancariamente domiciliada y el cheque es muy superficial. El cheque no puede cumplir su papel de substitutivo del dinero si no es incuestionable la solvencia del librado. Pero la situación del Banco domiciliatario de la

realidad, a la presión de los Bancos, que deseaban simplificar el cobro de los efectos prescindiendo de la extensa red de personal auxiliar que requería el cobro de las letras no domiciliadas (73). Severamente criticada por la doctrina (74), la Ley de 1947 tuvo corta vida; fue derogada por la Ley de 20 de julio de 1949 (75).

Esta pronta derogación se fundó, principalmente, en el carácter inconstitucional de la Ley de 1947. Porque el Derecho cambiario francés se basa en la Convención de Ginebra de 7 de junio de 1930 y porque es incompatible con el sistema ginebrino el elevar la domiciliación bancaria a requisito inexcusable de la válida emisión de la cambiaria, es por lo que la Ley de 1947 violaba el artículo 28 de la Constitución francesa de 1946, que consagraba el principio de superioridad de los convenios internacionales sobre las leyes internas (76). El valor de la experiencia francesa estriba justamente en haber demostrado la incompatibilidad del Derecho Uniforme con la domiciliación obligatoria de la cambiaria. Si para emitir válidamente una letra de cambio se impone su domiciliación en un establecimiento bancario, se acentúa el carácter formalista de la letra al añadir un requisito más a los que con carácter exhaustivo enumera el artículo primero

letra es muy distinta: el Banco no es el librado, sino el mandatario del librado, y sólo paga la cambiaria cuando recibe órdenes del librado. Poco importa la solvencia del Banco, porque su presencia no representa ninguna garantía para la letra de cambio.

(73) Vid. LESCOT y ROBLOT, *Les Effects de Commerce cit.*, tomo I, núm. 229, pág. 253, y HOUTIN, *ob.* y *loc. cit.* Este último autor subraya que la finalidad esencial —y tal vez única— de la reforma era el facilitar y simplificar el cobro de los efectos por los Bancos, eliminando las letras no domiciliadas, cuyo cobro era a la vez complicado y oneroso y resultaba generalmente muy poco remunerador.

(74) Una acerba crítica de la Ley de 1947 fue hecha por HOUTIN en el trabajo citado. Además de los motivos de orden constitucional a que luego aludiremos, decía HOUTIN que la Ley de 1947 ignoraba completamente los legítimos intereses del librador. Imponía esta Ley al librador, bajo pena de nulidad del título, la obligación de domiciliar el efecto desde su creación, pero no proporcionaba ningún medio para obligar al librado a indicar un Banco domiciliatario, ni menos aún para obligarle a abrir una cuenta corriente bancaria. Con gran frecuencia la cambiaria era un medio eficaz para cobrar a los deudores negligentes. Mas a partir de la nueva Ley bastaría que éstos no indicasen un domiciliatario para hacer impracticable este procedimiento de cobro.

(75) Comentando esta Ley, escribirá HOUTIN (*“Revue trimestrielle de Droit Commercial”* de 1949, pág. 498) que desde un punto de vista jurídico había que felicitarse por la derogación de la Ley de 1947. Aunque sus autores estaban animados por las mejores intenciones (simplificar el trabajo de los bancos y reducir gastos generales), olvidaron las necesidades de la práctica e ignoraron la técnica jurídica.

(76) Fue mérito de HOUTIN (*La loi inconstitutionnelle du 4 septembre 1947 sur la domiciliation obligatoire des effets de commerce cit.*, págs. 220 y siguientes) el haber llamado la atención sobre el carácter inconstitucional de la Ley de 1947. La crítica de HOUTIN fue recogida en el Consejo de la República por BOIVIN-CHAMPEAUX, quien invocó la incompatibilidad de la Ley de 1947 con la Convención de Ginebra y las dificultades causadas a las transacciones comerciales por esta Ley (efr. HOUTIN, “*Revue trimestrielle de Droit Commercial*”, 1949, pág. 498).

de la Ley de Ginebra. Que esto no es posible dentro del sistema del Derecho Uniforme, lo ha demostrado el reciente proceso legislativo francés.

§ 3. LEGITIMACIÓN PARA DOMICILIAR LA CAMBIAL

I

Si la domiciliación es una cláusula facultativa de la cambial, es lógico que sea el librador la persona en primer lugar legitimada para domiciliar la letra. La legitimación del librador se desprende de su cualidad de autor de la letra de cambio. La indicación de un lugar de pago distinto al domicilio del librado deberá ser hecha, ante todo, por quien está llamado a configurar en sus diversos aspectos la cambial (77). La legitimación del librador es, pues, inequívocable por basarse en la propia naturaleza de las cosas. Pero en su apoyo pueden también invocarse algunos preceptos de la Ley Uniforme, en los que de una manera implícita o explícita se declara que la domiciliación de la letra corresponde primeramente al librador. Así, aunque el artículo 4 no menciona expresamente al librador, debe referirse, por virtud de su emplazamiento sistemático, a la domiciliación hecha por el librador al emitir la letra (78). Y el artículo 27 expresa de manera inequívoca que la domiciliación incumbe principalmente al librador.

Las facultades del librador en punto a la domiciliación de la cambial son muy amplias. Al indicar dónde debe pagarse la letra (artículo 1, número 5, de la L. U.), el librador puede ordenar libremente que el pago se realice en el domicilio de un tercero, sea en la localidad del domicilio del librado, sea en una localidad distinta (cfr. artículo 4 de la L. U.). En este punto la ley no impone ningún límite al arbitrio del librador. Este puede disponer que entre el domicilio del librado y el lugar del pago medie la *distantia loci* que para la letra domiciliada prescribían algunos de los viejos ordenamientos cambiarios europeos (supra, § 1, I, 1 y 2). Puede también determinar que el pago

(77) Este principio era ya claramente formulado por la doctrina europea anterior al Derecho Uniforme. KÜNTZE-BRACHMANN (*Das Wechselrecht cit.*, pág. 205) decía que del mismo modo que el librador determina en general el contenido de la cambial, puede también determinar dónde debe realizarse el pago, quedando a su arbitrio el configurar la letra como completamente domiciliada o incompletamente domiciliada. Comentando la Ordenanza Cambiaria de 1848, escribían STAUB-STRANZ (*Wechselordnung*, art. 24, nota 3, pág. 128) que aunque la Ley no lo expresa con gran claridad, es el librador quien puede domiciliar la letra por ser el librador quien determina sus características; también en este sentido es el librador *Herr über der Gestalt des Wechsels* (nota 5, pág. 129).

(78) En su comentario al artículo 4 de la Ley Cambiaria de 1933, afirman STAUB-STRANZ (*Wechselgesetz cit.*, art. 4, nota 6, pág. 111) que este precepto regula únicamente el contenido que a la letra imprime el librador, y se refiere, por tanto, sólo a la designación del domiciliario hecha por el librador. En parecidos términos se expresa JACOBI, *Wechsel- und Scheckrecht cit.*, pág. 505, nota 1.

deberá hacerse en la misma localidad en que reside el librado. La elección de la localidad del pago es una decisión que corresponde exclusivamente al librador (79).

Dentro de la localidad indicada para el pago de la cambial puede, igualmente, el librador fijar una dirección especial, en la que deberá presentarse el título al vencimiento. Y puede, asimismo, el librador designar a un tercero (domiciliatario) que asuma el encargo de realizar el pago de la letra. Pero estos dos últimos extremos no son de la competencia exclusiva del librador (80). Antes bien, en su determinación pueden intervenir, como veremos seguidamente, tanto el librador como el librado.

En orden a los requisitos formales de la domiciliación, el librador deberá de acuodarse a las reglas generales sobre las declaraciones cambiarias. Si en el modelo o formulario oficialmente empleado existe un espacio especialmente reservado para la domiciliación, es aconsejable que ésta se exprese justamente en el espacio reservado, aunque es cosa clara que la eficacia de la cláusula no puede depender de esta formalidad. Es suficiente, por ello, que el librador manifieste de modo inequívoco su voluntad de domiciliar la cambial.

Tampoco se requiere que la cláusula de domiciliación haya sido escrita por el propio librador. Basta que la domiciliación esté cubierta por su firma. Es posible incluso que un tercero domicilie la letra después de haberla suscrito el librador, siempre que éste refrende con su firma la cláusula (81).

El librador deberá domiciliar la letra al tiempo de emitirla porque este es el momento —antes de comenzar a circular— en que la cambial adquiere, de ordinario, su particular fisonomía. Es posible, sin embargo, que la letra sea domiciliada en un momento posterior, después de haber sido entregada por el librador al tomador (*vid. infra III*). Mas para que la domiciliación sea vinculante para el librado, es siem-

(79) Que esta atribución del librador responde a un interés suyo merece la de protección era ya destacado por BONELLI, *Della Cambiale cit.*, núm. 144, pág. 282; *vid.* también nota 80.

(80) Así como en la designación de la localidad del pago la Ley atiende únicamente al interés del librador, en la indicación de la dirección de pago o del domiciliatario atiende tanto al interés del librador como al interés del librado. Dice, acertadamente, a este respecto Jacobi (*ob. y loc. cit.* últimamente) que el librador puede tener un interés propio en nombrar al domiciliatario, pero que por lo general está interesado en mayor medida el librado. Al librador le importa solamente que alguien abone la letra en la localidad del pago, no que pague el librado o un determinado tercero. El librado, por el contrario, prede-
está interesado en que se pague la letra con los medios por él destinados a este fin, medios cuya administración puede haber sido conferida a una deter-
minada persona.

(81) Afirman, a este respecto, STAUB-STRANZ (*Wechselgesetz cit.*, art. 4, nota 6, pág. 111) que si después de firmada la letra por el librador un tercero designa un domiciliatario, esta adición vincula al librador siempre que la ratifique. La designación es válida como si hubiese sido hecha por el librador, ya que nada se opone a la representación del librador por un tercero.

pre necesario que se produzca antes de presentar a la aceptación la letra (82).

II

Si en el Derecho Uniforme, como hemos visto (*supra*, § 1, II), por cambial domiciliada ha de entenderse aquella letra pagadera en el domicilio de un tercero, en la misma localidad del domicilio del librado o en una localidad distinta, no puede afirmarse *sic et simpliciter* que el librado está legitimado para domiciliar la cambiaria. Sólo con ciertas restricciones debe hablarse de legitimación del librado para ordenar que la letra sea pagadera en el domicilio de un tercero. Las facultades del librado en este punto están sometidas a una limitación de carácter general: el librado no puede modificar en modo alguno la localidad que para el pago de la letra fue indicada por el librador. El artículo 27 de la L. U. que autoriza al librado para designar un domiciliatario o una especial dirección para el pago, no le permite, sin embargo, trasladar el pago de la letra a una localidad diversa de la fijada por el librador. Antes bien, de los dos párrafos del artículo 27 se desprende la inalterabilidad de la localidad del pago por voluntad unilateral del librado, principio que también formula de manera unánime la doctrina (83).

El librado está, en cambio, legitimado para designar un domiciliatario o indicar una dirección especial en la que él, personalmente, realizará el pago, siempre que no traspase el límite espacial que entraña la localidad fijada para el pago por el librador. Pero aun dentro de este límite no siempre podrá el librado ejercitarse aquella doble facultad. Nada le impedirá ejercitárla si el librador se ha limitado a expresar la localidad en que deberá pagarse la letra. Cuando el librador no ha nombrado un domiciliatario o no ha indicado una dirección especial para el pago de la letra, puede hacerlo el librado. El dato de coincidir o no la localidad fijada para el pago y la del domicilio del librado no afecta en modo alguno al ejercicio de esta doble facultad. Tanto en una como en otra hipótesis, puede el librado discrecionalmente nombrar un domiciliatario o bien indicar una dirección especial para el pago de la letra (84). El arbitrio del librado sólo se ve disminuido por

(82) Dicen, a este propósito, QUASSOWSKI-ALBRECHT (*Wechselgesetz cit.*, art. 4, nota 4, pág. 50) que si el librador quiere recoger la aceptación del librado antes de entregar la letra al tomador, debe designar al domiciliatario antes de que la letra sea aceptada. De lo contrario, la cláusula supondría respecto del aceptante una modificación del contenido de la letra que éste podría rechazar.

(83) En la doctrina alemana, véase STRAUB-STRANZ, *Wechselgesetz cit.*, art. 4, nota 6, pág. 111, y QUASSOWSKI-ALBRECHT, *Wechselgesetz cit.*, art. 27, nota 3, pág. 181; en la doctrina francesa, ITALMI, *Banques et Opérations de Banque cit.*, tome II, núm. 1.109, pág. 904, y LESCOT-ROMAN, *Les Effets de Commerce cit.*, I, núm. 230, págs. 255-256; en la doctrina italiana, NAVARRINI-PROVINCIATI, *La Cambiale e l'assegno bancario cit.*, núm. 64, pág. 93.

(84) Examinando comparativamente los párrafos 1 y 2 del artículo 27 de la L. U., afirman QUASSOWSKI-ALBRECHT (*Wechselgesetz cit.*, art. 27, nota 3, página 181) que en el párrafo 2 —esto es, cuando la letra es pagadera en la

la limitación general antes apuntada: respetar la localidad que para el pago fijó el librador.

Es sumamente dudoso, por el contrario, que el librador pueda nombrar un domiciliatario o indicar una dirección especial de pago cuando el nombramiento o la indicación ya hubiesen sido hechos por el librador al emitir la letra. El artículo 27 de la L. U. parece trazar en este punto una distinción según que la letra sea pagadera en una localidad diversa de la del domicilio del librado o en esta misma localidad. Al regular el primer supuesto, el párrafo primero del artículo 27 subordina expresamente la facultad del librado al hecho de no haber realizado el librador indicación alguna a este respecto. Al regular el segundo supuesto, el párrafo segundo del artículo 27 no subordina la facultad del librado a esta circunstancia. Pero se trata tan sólo una distinción aparente, fundada en la defectuosa redacción del precepto. Esta defectuosa redacción se deriva de un preconcepto de los redactores de la Ley Uniforme. Porque, a juicio de éstos, el librador sólo habrá tenido motivos para designar un domiciliatario o indicar una dirección especial para el pago cuando no coinciden la localidad del pago y la del domicilio del librado, es por la que en el párrafo segundo del artículo 27 no se alude a las anteriores indicaciones del librador (85). La redacción del artículo 27 no puede, por tanto, constituir un argumento válido para dar al problema planteado una respuesta negativa en la hipótesis del párrafo primero y una respuesta afirmativa en la hipótesis del párrafo segundo (86). El problema tiene que ser abordado y resuelto unitariamente; tanto si coinciden como si son distintas la localidad del pago y la del domicilio del librado.

No existe acuerdo en la doctrina sobre la solución que a este problema ha de darse. Fundándose en que es librado quien realmente está interesado en elegir el domiciliatario o determinar la dirección concreta en que debe pagarse la letra, algunos autores sostienen que el librado puede dejar sin efecto las disposiciones del librador y de-

localidad del domicilio del librado— no se concede expresamente al librado la facultad de designar un domiciliatario, sino tan sólo la de indicar una dirección para que en ella se efectúe el pago. Pero estos autores opinan que se trata únicamente de un defecto de redacción. En la conferencia de Ginebra reinaba acuerdo unánime sobre la posibilidad de que el librado podía nombrar un domiciliatario en todos aquellos casos en que podía indicar una dirección para el pago de la letra.

(85) Ha sido ERNST JACOBI (*Wechsel- und Scheckrecht cit.*, pág. 505) quien con su habitual penetración ha denunciado las reglas aparentemente diferentes que se formulau en el párrafo 1 y en el párrafo 2 del artículo 27 de la L. U. También a JACOBI (pág. 506) se debe la explicación que de la aparente antinomia se da en el texto.

(86) En este sentido, dice JACOBI (*ob. y loc. cit.*) que la aparente distinción entre los párrafos 1 y 2 del artículo 27 carece de fundamento. No hay razón alguna para que en el supuesto del párrafo 2 el tenedor de la cambial haya de dirigirse a la dirección indicada por el librado y no a la que hubiese indicado el librador, mientras que en el supuesto del párrafo 1 haya de dirigirse precisamente a la dirección indicada por el librador.

signar, por su parte, un nuevo domiciliatario o indicar una nueva dirección para el pago de la cambiaria (87). Pero esta tesis no es convincente. Contra el argumento —por ella esgrimido— del interés del librado, cabe oponer otros argumentos más certeros. Así, al interés del librado cabe contraponer el interés del librador en que el pago se realice en una dirección concreta o por el domiciliatario que él eligió (*supra*, § 2, II) (88). Además, la tesis combatida no concuerda con el sistema seguido en este punto por la Ley Uniforme. Tan sólo subsidiariamente otorga ésta al librado la facultad de nombrar domiciliatario o indicar una dirección para el pago. Del artículo 27 —aunque de redacción defectuosa— se desprende que esta facultad corresponde principalmente al librador y sólo de una manera accesoria al librado (89). Las disposiciones tomadas a este respecto por el librador excluyen automáticamente las facultades del librado; éste no puede nombrar un domiciliatario o indicar una dirección para el pago cuando el nombramiento o la indicación han sido ya hechos por el librador (90). Si el librado hace caso omiso de las disposiciones del librador, y al aceptar la letra designa un nuevo domiciliatario o indica una nueva dirección de pago, ha de considerarse denegada la aceptación en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la L. U. (91).

Hemos visto cómo el nombramiento de un domiciliatario o la indicación de una dirección de pago hechos por el librador eliminan

(87) Esta es la opinión de NAVARRINI-PROVINCIALI (*La Cambiale a l'assegno bancario* cit., núm. 64, pág. 93) y de LESCOT-ROBLOT (*Les effets de commerce* cit., tomo I, núm. 230, pág. 256). Afirman expresamente NAVARRINI-PROVINCIALI que es el librado quien está en mejor situación para nombrar la persona por medio de la cual ha de realizarse el pago y que puede incluso nombrar un domiciliatario diverso del que hubiese sido nombrado por el librador siempre que no modifique el lugar del pago, extremo éste en el que sólo el librador está interesado.

(88) Dice, a este respecto, DE SEMO (*Diritto Cambiario* cit., núm. 326, página 324) que no es cierto que el único interesado en la designación del domiciliatario sea el librado. Antes bien, la designación hecha por el librador demuestra que le interesa también la persona del domiciliatario, con el cual tiene normalmente relaciones extracambieras que desea regular.

(89) Que según el sistema cambiario uniforme sólo subsidiariamente corresponde al librado la facultad de designar domiciliatario, es mantenido por JACOB (*Wechsel- und Scheckrecht* cit., pág. 505, nota 1, y 506) y STAUB-STRANZ (*Weekselschein* cit., art. 27, nota 4, pág. 318), en la doctrina alemana, y por DE SEMO (*ob.* y *loc. cit.*), en la doctrina italiana. STAUB-STRANZ dicen gráficamente que el nombramiento de un domiciliatario por el librador agota o consume (erschöpft) la facultad de designación que al librado le corresponde.

(90) Claro está que —como indican STAUB-STRANZ (*ob.* y *loc. cit.*, últimamente)— si en el lugar reservado en el formulario de la letra para la cláusula de domiciliación inserta el librador el nombre y señas del librado, no sigue esto el nombramiento de un domiciliatario ni ha de entenderse excluidas en este caso las facultades del librado en punto a la domiciliación de la cambiaria.

(91) Artículo 26 de la L. U.: “La aceptación será pura y simple; pero el librado podrá limitarla a una parte de la cantidad. Cualquier otra modificación introducida por la aceptación en el texto de la letra de cambio equivaldrá a una negativa de aceptación. Esto no obstante, el aceptante quedará obligado con arreglo a los términos de su aceptación.”

irremediablemente las facultades que a este respecto concede la Ley al librado. Mas puede ocurrir que el librador no nombre un domiciliatario ni indique una dirección de pago, pero prohíba al librado realizar este nombramiento o indicación al aceptar la letra (92). ¿Excluiría también esta prohibición las facultades legalmente otorgadas al librado? O, dicho de otro modo, ¿debería considerarse denegada la aceptación en virtud del artículo 26 de la L. U. si el librado, al aceptar la cambiaria, infringiese esta prohibición? La Ley Uniforme no prevé esta hipótesis. Ante el silencio legal, creemos que debe contestarse negativamente a la pregunta formulada. No hay, en efecto, razón alguna para disminuir las facultades del librado más allá de los límites impuestos por el artículo 27 de la L. U. aplicando con este fin análogicamente este precepto a supuestos distintos de los que en él se contemplan (93). Por el contrario, el artículo 27 ha de interpretarse restrictivamente, al igual que todas las normas prohibitivas. Piénsese, además, que para eliminar las facultades que en orden a la domiciliación concede la Ley al librado, el librador tiene siempre abierto el camino: nombrar un domiciliatario o indicar una dirección para el pago de la cambiaria.

Conocidos los casos en que el librado puede domiciliar la cambiaria, veamos ahora cuáles son las particularidades de la domiciliación por él realizada. Se ha sostenido que la designación de un domiciliatario por el librado supone el libramiento de una nueva letra en la que el librado asumiría el papel de librador y el domiciliatario el papel de librado (94). Pero esta artificiosa construcción desconoce que el domiciliatario no ingresa realmente en la relación cambiaria, sino que se limita a pagar la cambiaria por cuenta del librado (95). El nombramiento de un domiciliatario o la determinación de una dirección de pago constituyen simplemente el ejercicio de una facultad que se concede al librado con el fin de completar el esquema legal de la letra.

Respecto de la forma en que el librado ha de realizar este nom-

(92) STAUB-STRANZ (*Wechselgesetz cit.*, art. 27, nota 4, pág. 318) citan como ejemplo de cláusulas prohibitivas las siguientes: "Letra pagadera solamente en casa del librado" o "prohibido el nombramiento de un domiciliatario por el librado".

(93) STAUB-STRANZ (*ob. y loc. cit.*) y LESCOT-ROBLOT (*Les Effets de Commerce cit.*, I, núm. 230, pág. 256) se nutrenzan partidarios de no conceder efecto alguno a la prohibición del librador. Estos últimos autores afirman que incluso cuando se le ha prohibido la designación de un domiciliatario podrá el librado designarlo, siempre que modifique *l'endroit y no le lieu*.

(94) Esta tesis fue defendida por HARTMANN, *Das deutsche Wechselrecht*, Berlín, 1869, pág. 255 (citado por JACOBI, *Wechsel- und Scheckrecht cit.*, página 506, nota 2).

(95) Afirma, a este propósito, JACOBI (*ob. y loc. cit.*) que el librado no responde en ningún caso como librador y que, de otra parte, el domiciliatario no puede aceptar la letra; la aceptación del domiciliatario sería un acto jurídicamente irrelevante. También combate JACOBI la tesis de MAYER (*Begriff und Recht des Domizilwechsels*, Hannover, 1900), para quien la aceptación del domiciliatario significa la asunción de las consecuencias de la aceptación del librado. Cree JACOBI que la aceptación del domiciliatario podría constituir, a lo sumo, un aval cambiario.

bramiento o determinación, vale, *mutatis mutandis*, lo dicho anteriormente (1) al hablar de la domiciliación hecha por el librador. Conviene, sin embargo, recordar que con respecto a la cláusula de domiciliación no cabe establecer distinción alguna según que coincidan o no la localidad del pago y la del domicilio del librado (96). En cuanto al tiempo en que el librado puede nombrar a un domiciliatario o fijar una dirección de pago, el artículo 27 de la L. U. dispone claramente que estas indicaciones han de hacerse al aceptar la letra (97). Ante los rotundos términos de este precepto, parece que cualquier indicación hecha por el librado después de aceptar la letra, constituirá una modificación del texto de la cambiial (98), por lo que, en tal caso, se producirían las consecuencias establecidas en el artículo 69 de la L. U. (99).

III

Fuera del librador y, con las limitaciones apuntadas, del librado, ningún otro sujeto cambiario está, en principio, legitimado para domiciliar la cambiial (100). No lo están los sucesivos endosantes de la cambiial. Si un endosante modifica la localidad del pago o indicase, aun dentro de la localidad fijada por el librador, un domiciliatario o una dirección de pago, se produciría una modificación del texto de la cambiial con las consecuencias previstas en el artículo 69 de la L. U.

(96) En el párrafo 1, II, notas 46 a 48, fue expuesta y criticada la opinión de STAUB-STRANZ, quienes afirman que en el primer caso la domiciliación ha de hacerse justamente en la aceptación, mientras que en el segundo caso la cláusula puede insertarse en otro lugar de la letra.

(97) No importa, en cambio, que la letra haya sido endosada antes de la aceptación. Afirman, a este respecto, STAUB-STRANZ (*Wechselgesetz cit.*, art. 4, nota 6, pág. 111) que la domiciliación hecha por el aceptante vincula, en este caso, a los anteriores tenedores del título; éstos no pueden invocar el artículo 69 de la L. U. porque se trata de una modificación de las modalidades del pago que expresamente está autorizada por el artículo 27.

(98) No compartimos la opinión de JACOBI (*Wechsel- und Scheckrecht cit.*, págs. 507-508), quien mantiene que el aceptante puede posteriormente designar un domiciliatario si así se lo pide el tenedor de la letra. Funda Jacobi su tesis en que de este modo aumenta la seguridad de que el aceptante pagará la letra ya que para ello utilizará los servicios del domiciliatario por él designado. Esta simple consideración no es suficiente para desvirtuar el contundente texto del artículo 27 de la L. U.

(99) Dice así el artículo 69 de la Ley Uniforme: "En caso de alteraciones del texto de una letra de cambio, los firmantes posteriores a la alteración quedarán obligados con arreglo a los términos del texto modificado, pero los firmantes anteriores lo estarán solamente con arreglo al texto original."

(100) El artículo 44 (párrafo segundo, apartado 2) de la Ley cambiaria italiana parece autorizar al aceptante por intervención para designar un domiciliatario. VALERI (*Diritto Cambiario Italiano cit.*, tomo II, núm. 146, págs. 64-65) censura este precepto, destacando su origen puramente italiano y su incompatibilidad con el sistema cambiario uniforme. Valeri propugna una interpretación restrictiva del citado precepto: la designación de un domiciliatario por el aceptante por intervención debe reducirse a un pacto que sólo produce efectos *inter partes*.

En esta hipótesis, el endosante que hubiese intercalado la cláusula de domiciliación y los endosantes sucesivos responderían con arreglo al texto modificado de la cambiaria, mientras que los firmantes anteriores responderían con arreglo al texto inicial de la letra: no les afectaría la domiciliación indebidamente realizada por el endosante (101). Claro está que el artículo 69 dejaría de aplicarse cuando el endosante hubiese obtenido de todos los firmantes de la letra la autorización para domiciliarla. En tal caso, el posterior consentimiento de los firmantes anteriores supliría la falta de legitimación del endosante (102).

Cabría, sin embargo, preguntarse si el tenedor de una letra en blanco está legitimado para domiciliarla, o, lo que es lo mismo, si dentro de las facultades del tenedor de una cambiaria en blanco está incluida la de insertar en ella la cláusula de domiciliación. Fundándose en que la cláusula de domiciliación no forma parte del contenido usual de una letra de cambio, se deniega tradicionalmente al tenedor de una cambiaria en blanco la facultad de domiciliarla (103). Tal vez esta solución sea demasiado radical. Por este motivo parece más aconsejable atender a las particularidades del caso concreto, atribuyendo al tenedor de la letra en blanco la facultad de domiciliarla cuando haya indicios racionales de que fue autorizado para ello (104).

(101) Vid., en este sentido QUASSOWSKI-ALBRECHT (*Wechselgesetz cit.*, artículo 4, nota 4, pág. 50) y DE SEMO (*Diritto Cambiario cit.*, núm. 326, pág. 324).

(102) Cfr. QUASSOWSKI-ALBRECHT, *ob.* y *loc. cit.*

(103) En la doctrina anterior a la Ley Uniforme decía, por ejemplo, CANSTEIN (*Lehrbuch des Wechselrechts*, Berlín, 1890, págs. 115-116) que el tenedor de una letra en blanco está legalmente autorizado sólo para rellenarla en la forma usual, esto es, procurando que la letra reúna todos los requisitos esenciales, pero sin agregar cláusulas extraordinarias (especialmente la cláusula de domiciliación). En parecidos términos se expresan STAUB-STRANZ, refiriéndose ya al Derecho Uniforme (*Wechselgesetz cit.*, art. 10, nota 12, pág. 162).

(104) Incluso los propios STAUB-STRANZ (*ob.* y *loc. cit.*) reconocen que no es preciso que se conceda expresamente la autorización para domiciliar la cambiaria en blanco. Antes bien, la autorización puede deducirse de las circunstancias en que se produjo la entrega del título. Estos autores reproducen interesantes sentencias dictadas sobre esta cuestión en Alemania.

2. NOTAS DE DERECHO NORTEAMERICANO

Ley aplicable a los daños extracontractuales

ALEJO DE CERVERA

En la evolución jurídica de los EE. UU. tienen gran importancia ciertos problemas que quedan inscritos dentro de las fronteras de esta nación, por tanto internos, que se parecen a los que en los países no federales son considerados de derecho internacional privado, o, tal vez mejor, de derecho interregional, por más que en los EE. UU. tengan mayor importancia que los que involucran ordenamientos no nacionales. Su planteamiento se debe, por supuesto, a la yuxtaposición de los diversos ordenamientos correspondientes a los estados de la Unión, aunque sea bajo la presidencia, por decirlo así, del ordenamiento federal.

Uno de tales problemas es el referente a cuál sea la Ley que ha de determinar las responsabilidades extracontractuales en caso de accidente que involucre más de un ordenamiento estatal. Durante muchos años la única norma indirecta aceptada por los tribunales, que establecía con arreglo a qué ordenamiento había de hacerse tal determinación, era la de que los derechos sustantivos de las partes, y sus obligaciones, quedaban sometidos a la ley del lugar donde se produjo el daño. Esta norma quedó plasmada en la sección 378 del *Restatement, Conflict of Law*, publicado en 1943, sección muy invocada ulteriormente por los tribunales.

Las críticas contra esta norma, aplicación de la doctrina de los derechos adquiridos, vienen siendo constantes en función de la pérdida de predicamento que a su vez sufre la versión de 1934 del *Restatement*, o sea, en la medida en que perdía predicamento el concepto de los derechos adquiridos como base de la aplicación de la ley extranjera, pues tal parte del *Restatement* se inspira en la doctrina de los derechos adquiridos.

En pocas palabras, siguiendo razonamientos que recogen más o menos las sentencias a que se aludirá después, se repite por los autores que una norma tan simple no puede resolver los complejos problemas actuales sin dar lugar a resultados despiadados, innecesarios e injustos. Sturzberg cita el caso *Carter v. Tillery*¹ [nota 1. 257 S. W. 2d 465 (Civ. App. Tex. 1953)] como ejemplo extremo de injusticia a que ha dado lugar la norma tradicional² [nota: 2. Sturzberg, *Conflict of Laws*, 210-211 (3.^a ed. 1963)]. La demandante, su marido y el demandado, todos residentes en Tejas, hacían un viaje en avión desde Nuevo México a El Paso, Tejas, en el avión particular del demandado. Perdidos, aterrizaron en un camino de Méjico. Al intentar despegar de nuevo, el avión se estrelló. El Tribunal de Tejas decidió que la

ley aplicable lo era la ley del lugar del accidente; y como los derechos nacidos del accidente según la ley mexicana eran muy diferentes a los que hubiera concedido la ley de Tejas, la acción fue desestimada.

Tales consecuencias derivan por lo demás de que el criterio usado impide tener en cuenta el interés público de otros estados, además del en que se produjo el daño, en lograr ciertos pronunciamientos que resulten más justos. Esta consideración prevalece en el pensamiento jurídico norteamericano sobre las ventajas de la norma tradicional en cuanto a certeza y facilidad de aplicación. Estas críticas se han dirigido también contra la doctrina de los derechos adquiridos; en primer lugar, y dada la relación entre la norma tradicional y dicha doctrina, apenas es posible dirigir contra la primera ataques que no se puedan dirigir contra la segunda; y en segundo lugar, por lo mismo, apenas es posible atacar a la norma o a la doctrina y dejar a la otra a salvo.

Descalificada la norma tradicional, la solución del problema inmediato, a saber, cuál sea la norma indirecta que sustituya a la anterior, quedó apuntada en cuanto empezó a aceptarse la ley del "centro de gravedad" del contrato, para regular los problemas referentes a la contratación, sustituyendo tanto a la ley del lugar de celebración del contrato, como a la del lugar de su cumplimiento, criterios estos últimos también derivados de la doctrina de los derechos adquiridos. Tal fue la doctrina del caso *Auten v. Auten*² [nota: 3. 308 N. Y. 155, 124 N. E. 2d 99 (1954)], donde se decidió que los derechos y obligaciones derivados de un contrato son regulados por la ley del estado "con el cual lo controvertido está en contacto más significativo".

Un abandono paralelo de la *lex loci* por los tribunales, en favor de la ley del estado en tales relaciones con lo controvertido, y en cuanto a los daños extracontractuales, se está produciendo gradualmente, siendo conveniente hacer notar que a lo largo del correspondiente proceso se mezclan las reclamaciones contractuales con las extracontractuales. Después de ciertos casos en que tal abandono quedó apuntado, si bien la concurrencia de otras circunstancias impide decir si lo esbozado se debe a dichas circunstancias o a un deliberado propósito de abandonar la *lex loci*, se llega al caso *Kilberg y Northeast Airlines*⁴ [nota: 4. 9 N. Y. 2d 34, 172 N. E. 2d 526, 211 N. Y. S. 2d 133 (1961)]. Kilberg, que había tomado un avión en Nueva York para Boston, pereció en accidente en el estado de Massachusetts. La ley de este estado señalaba un límite de 15.000 dólares a la cuantía de la indemnización eventual. Aunque la demanda fue desestimada por razones que aquí no interesan, el tribunal indicó que el tope señalado por la ley de Massachusetts no hubiera sido aplicable porque el fallecido era un residente en Nueva York, y su relación con la compañía aérea se había originado en Nueva York; el lugar del fatal accidente fue calificado de fortuito, añadiendo que no se podía pensar en sujetar a un pasajero a una diversa ley en función del territorio por el que pasa el avión, y que era obligación del tribunal proteger a los del estado de Nueva York "contra un tratamiento anacrónico y no equitativo". La cuestión de la cuantía de los daños fue considerada una cuestión de procedimiento, sometida por tanto a la ley del foro.

Lo anunciado como *dictum* en el caso anterior fue aceptado como norma

en el caso *Babcock v. Jackson*⁵ [nota: 5. 12 N. Y. 2d 473, 191 N. E. 2d 279, 240 N. Y. S. 2d 743 (1963)] también dilucidado ante un tribunal del estado de Nueva York. Esta vez estaba involucrada la ley de Ontario, Canadá, donde ocurrió un accidente de automóvil a varios residentes de Nueva York. Según la ley de Ontario, no había base para señalar una responsabilidad. Pero el tribunal toma como base su afirmación según la cual Ontario no tenía interés alguno en que la controversia se resolviera de una manera u otra, mientras que Nueva York tenía tal interés; y mientras la ley de Ontario perseguía finalidades ajenas a lo controvertido, no podía decirse lo mismo de la ley de Nueva York, estado que había rechazado toda propuesta de ley limitando estas responsabilidades. Por todo ello, se aplicó la ley de Nueva York, según la cual había lugar para exigir responsabilidades. Por tanto, según el tribunal en este caso, la ley que regula las responsabilidades derivadas de daños contractuales es la ley del estado "que tenga mayor interés en la solución de la controversia (the strongest interest in the resolution of the particular issue presented)".

Esta sentencia ha suscitado muchos comentarios. Varios de ellos fueron solicitados por la Revista Jurídica de la Universidad de Columbia, la cual invitó a varios distinguidos juristas norteamericanos a dar su opinión acerca de dicha sentencia⁶ [nota: 6. Varios autores, *Comments on Babcock v. Jackson, a Recent Development in Conflict of Laws*, 63 COL. L. REV. 1212 (1963)]. Con mayores o menores reservas, todos los consultados aprobaron el abandono de la lex loci, particularmente Reese. El acuerdo, por supuesto, ha de resultar más difícil en cuanto a la aceptación de la norma que el tribunal usa en lugar de la tradicional. Pero después de la evolución que ha dado lugar al caso *Kilberg*, la discrepancia se centra en torno al intento de señalar los criterios con que ha de usarse la discreción judicial que sin duda resulta de la nueva norma tal como ha sido formulada. Se nota más o menos que temen que, como nota Leflar⁷ [nota: 7. *Id.* p. 1247], los tribunales terminen encontrando los contactos más significativos dentro de sus propias fronteras, por una razón o por otra. Currie preconiza la aplicación de la ley del foro cuando el foro tiene un interés legítimo en la cuestión a él sometida⁸ [nota: 8. *Id.* p. 1242]. Ehrenzweig apoya el anterior criterio, pero haciendo que las intenciones de la ley del foro constituyan un punto de partida para estudiar a su luz los intereses de las partes⁹ [nota: 9. *Id.* p. 1246]. Otros postulan la aplicación de la ley del estado que esté en contacto más estrecho con la controversia, lo cual se decidirá partiendo de un análisis de la intención legislativa en cuanto a las leyes envueltas.

Este criterio del caso *Kilberg* ha sido recogido en el anteproyecto para la nueva versión del *Restatement*¹⁰ [nota: 10. *Restatement (second), Conflict of Laws, Tentative Draft No. 9 (1964)*.], si bien, al referirse específicamente a los daños sufridos por personas, la nueva norma es considerada una excepción de la que impone la Ley del Foro. Así, con referencia a todos los daños extracontractuales, dice la sección 379: "La Ley Local del Estado en relación más significante con el suceso y con las partes determinará sus derechos y obligaciones por daños extracontractuales." Por su parte, la sección 379a establece: "En toda acción por daños a las personas, la Ley Lo-

cal del estado en que el daño tuvo lugar determinará los derechos y obligaciones de las partes, a menos que otro se encuentre en relación más significante con el suceso y con las partes involucradas, en cuyo caso regirá la Ley de este último estado."

Aceptando el precedente del caso *Babcock*, y apoyándose también en el anteproyecto para el nuevo *Restatement*, la nueva norma ha sido aceptada por el Tribunal Supremo de Pennsylvania en el caso *Griffith v. United Airlines*¹¹ [nota: 11. 203 A. 2d 796 (Pa. 1964).] En este caso el accidente fue de aviación, y tuvo lugar en el Estado de Colorado. El representante de uno de los fallecidos entabló una acción ante un tribunal estatal de Pennsylvania, con base en que en este estado tenía el fallecido su domicilio, había sido comprado el pasaje, y fue el punto de partida del viaje; alegaba una violación del contrato de transporte, de acuerdo con la Ley de Colorado. El tribunal inferior, siguiendo los precedentes del Estado de Pennsylvania, se sirvió de la norma tradicional para aplicar la Ley de Colorado, que señalaba un tope a la cuantía de las indemnizaciones eventuales. Pero el Tribunal Supremo de Pennsylvania, abundando en los razonamientos del caso *Babcock*, declaró que la Ley de Pennsylvania era la aplicable. Preocupado por este abandono de la norma del *stare decisis*, el tribunal se justifica diciendo que no se debe perpetuar una norma anticuada por adhesión ciega a un principio.

Ha habido, por tanto, una evolución que ha empezado a desterrar en estos casos la aplicación de la ley del foro, y lo más probable es que continúe en el mismo sentido. Con ello está claro que el pensamiento norteamericano ha preferido en estos casos satisfacer sus sentimientos acerca de lo que es justo, sacrificando los deseos de certeza y de facilidad de aplicación. La implicada introducción de principios de extraterritorialidad no ha dejado de suscitar reservas. Por supuesto, no es seguro que la vieja norma sea definitivamente abandonada. Las voces en contra de la nueva norma, poniendo de relieve las incertidumbres a que está encaminada, nunca han sido del todo acalladas. Puede presumirse que si se presenta un caso en que se neutralizaran los intereses de los estados involucrados, y no se pensara legítima razón alguna para preferir una Ley a otra, o, sin ello, si se llega a pensar que la certeza había quedado demasiado sacrificada, tal vez se vuelva a la vieja norma. Valdrá la pena estar al tanto del curso ulterior de esta evolución.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

Ponencia General del
PRIMER COLOQUIO LATINO DE DERECHO AGRARIO,
celebrado en Zaragoza del 8 al 12 de noviembre de 1961,
organizado por la **ASOCIACION ARAGONESA DE DERECHO AGRARIO**

El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy

Ponente
JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Es para mí un honor desmesurado, inmerecido, superior en mucho a mis pocos méritos, hacer uso de mi torpe palabra en este acto de apertura del *Primer Coloquio Latino de Derecho Agrario*, al que tantos maestros míos concurren. Pero, mi deber de gratitud con los organizadores de este coloquio me impide, a pesar de todos mis temores, declinar este encargo que me produce tanto temor como alago.

Aragón es tierra de hombres nobles en sus actos, claros en sus palabras, directos en sus manifestaciones y a la vez generosos y cordiales. Vuestra hospitalidad, vuestra acogida tan espontánea y fraternal nos hace recordar, a todos los que somos vuestros huéspedes, una anécdota tan inolvidable para quien la conozca como fácil de comprender para quien disfrute de vuestra acogida.

Hace casi tres siglos, un hombre ilustre, el segundo Juan de Austria, conocido por el chico, en su testamento ordenó que su corazón fuese depositado en la cripta del Pilar de Zaragoza. Había sido largos años Capitán General de Aragón, y fueron tantos los afectos que se llevó al marchar a la Corte, que quiso que su corazón volviese y reposara allí donde sus sentimientos y sus latidos le pedían, como así se cumplió, guardado en un cofre de plata, según refleja un acta hallada hace unos treinta y cinco años en el Colegio Notarial de esta Ciudad.

Se da, además, por otra parte, la feliz circunstancia de que este Primer Coloquio Latino de Derecho Agrario se celebra precisamente aquí en Zaragoza, capital del antiguo Reino de Aragón, que siempre ha sido portavoz de las libertades y usos territoriales y locales, y el más esforzado paladín del Derecho foral, lo cual nos ofrece una coyuntura que no podemos dejar pasar en vano.

El Derecho agrario ha tenido una razón general histórica y actual, para pretender su autonomía, dada su separación del Derecho común y su olvido por los Códigos civiles del siglo pasado. Nuestro querido maestro Federico de Castro (1) nos lo ha recordado:

El *Corpus iuris* justiniameo no recogió ni las leyes agrarias ni la intervención censoria sobre el cultivo. Por otra parte, en «la misma Roma imperial y, más aún, en la Edad Media, se unen estrechamente el aspecto privado de la

(1) FEDERICO CASTRO Y BRAVO, *El Derecho Agrario de España. Notas para un estudio*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII-II (abril-junio 1954), pp. 378 y siguiente.

propiedad y el público del señorío jurisdiccional; hombres y tierras se vinculan en una apretada y abigarrada malla de obligaciones y privilegios, que ligan y religan a señores, vasallos y siervos. La Revolución francesa fue un triunfo de ideas de libertad e igualdad yusnaturalistas [*de la escuela moderna del Derecho natural*] y de conceptos romanistas [*de la escuela dogmática inaugurada por Donello*], frente a todo lo que se consideró estructura feudal y régimen nobiliario. Triunfo que dejó un vacío en la regulación agraria, pues, el Código napoleónico —prosigue Castro— «somete todos los bienes a un régimen uniforme. La codificación hace visible y estable la victoria de la concepción burguesa y urbana. Labrador, finca rústica, deber de cultivo son conceptos de mínima importancia jurídica. Hay propietarios y hay cosas: los unos y los otros se miden conforme a una denominación común, por lo que valen, por su valor en dinero.»

La gran ley de la igualdad, al presidir el derecho sucesorio, dio lugar a la pulverización del agro, que se ha intentado frenar en Francia marcando una nueva corriente que arrumba —al decir de Juglart (2)— «la mayor parte de los slogans sobre los cuales los redactores del Código de Napoleón trataron el armazón de la propiedad inmueble del siglo XIX.»

Muy al contrario que el Derecho común, el Derecho civil especial de las llamadas regiones forales españolas siempre ha sido y es, fundamentalmente, un Derecho agrario. Así, en sendas comunicaciones a pasados Congresos internacionales, lo expusieron años atrás nuestros amigos Alberto Ballarín (3) y José Luis Lacruz Berdejo (4). Así, Francisco Palá Mediano (5) ha dicho que: «El Derecho civil de Aragón es un ordenamiento para labradores»; y ha escrito recientemente Juan Bta. Jordano Barea (6), que los Derechos forales «pueden considerarse como Derechos eminentemente agrícolas». Y así lo ha proclamado el legislador español, en el preámbulo de la Ley de 30 de julio de 1959, al decir —con una afirmación que creemos extensiva a las demás regiones forales— que «el Derecho foral vizcaíno, verdadero *estatuto agrario*, es una anticipación a las novísimas tendencias de ordenación jurídica del agro español mediante una concentración patrimonial y familiar y, al servicio de esa única preocupación, el Derecho especial de Vizcaya es un instrumento de tan sorprendente perfección técnica en el armonioso equilibrio de sus instituciones que, aun con todo su arcaico sabor, puede servir de modelo al legislador actual.»

Pero, además, el Derecho civil de las regiones forales, es un Derecho agrario de y para *hombres libres*, en el sentido de hombres que viven y usan

(2) MICHEL DE JUGLART, *Les métamorphoses du droit rural français*, n. 13, en "Contributto per lo studio del Diritto Agrario Comparato" (Milano, 1943), página 153.

(3) ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, *La formación, concepto y fines de un Derecho agrario de la empresa*, en "Atti del primo Convegno internazionale di Diritto agrario", II (Milán, 1954), pp. 94 y ss.

(4) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *El ejemplo de los Derechos forales españoles para un Derecho sucesorio agrario*, Comunicación al II Convegno internazionale di Diritto agrario, Florencia, octubre 1962 (pendiente de publicación).

(5) FRANCISCO PALÁ MEDIANO, *Concepto del Derecho civil de Aragón*, en Nueva Encyclopédia Jurídica SEIX, tomo I (Barcelona, 1950), p. 192.

(6) JUAN BAPTISTA JORDANO BAREA, *Derecho civil y Derecho agrario*, en R. D. P. XLVIII (septiembre, 1964), p. 722, nota 5.

de sus *libertades* [en plural y en minúscula], no de hombres que sueñan y persiguen un abstracto concepto de *Libertad* [en singular y mayúscula]. Precisamente las pocas normas escritas de Derecho foral marcan el paso del régimen señorial al de la plena independencia de las casas labradoras, con un sentido tradicional de adaptación de lo viejo a lo nuevo y de lo señorial a lo autónomo.

En Aragón, a principios del siglo XIV, pisando los talones al Fuero *De testamentis nobilibus*, llegó el Fuero *De testamentis civilis*.

En Navarra, las disposiciones del Fuero General que facultaban a hijos-dalgos, caballeros y ricos-hombres para disponer desigualmente entre sus hijos mientras imponían la igualdad en la sucesión de los labradores, fueron extendidos en los usos, estilos y costumbres hasta llegar a la plena libertad de disponer, primero a los padres no labradores, y luego, sin discriminación de clases, a todos los naturales sin distinción.

En Cataluña se realizó una verdadera colonización interior gracias a una vieja institución, tachada de influencias feudales, la enfiteusis, y cubrió de vides comarcas enteras gracias a una forma temporal de ella, la *rabassa morta*. Gracias a la primera —como ha recordado Camps Arboix (7)— extensiones improductivas se daban a los *primi homines* con la obligación de roturarlas y plantarlas, como es misión de todos los *pioneros*. Y, de esa colonización, nació el *hereu*, y su función social. Como ha observado Vicens Vives (8): «En las fórmulas nacidas del establecimiento de *masos*, antes y después de la sentencia de Guadalupe, el heredero era la única persona que no podía emigrar de la tierra. Irse era romper la cadena; dar al señor directo la facultad de adjudicarse el dominio útil del *mas*... Alguien tenía que quedarse en la tierra, cumpliendo el deber de mantenerla libre para la familia».

I

Ha dicho Helmut Coing (9) que: «La labor del jurista, que trata de interpretar el Derecho en vigor, es por esencia histórico. Del mismo modo que la historia es el conocimiento del pasado todavía vivo entre nosotros».

Este *pasado jurídico todavía vivo entre nosotros* se plasma en determinadas *instituciones*, pero se anima con un *espíritu* que las dota de savia vital y de propio significado. En esta ponencia general quisiéramos lograr resaltar cuál es el espíritu de esos Derechos agrarios de las regiones forales españolas, para que quepa juzgar fundadamente si aún pueden rendir fruto en estos tiempos actuales de *revolución técnica*.

Nada debe ser condenado sin ser conocido y sin tratar de comprenderlo. Por eso, no creemos que pueda ser malo que ilustres agraristas de hoy, oigan el mensaje de un Derecho que es considerado por algunos como mera reminiscencia.

(7) JOAQUÍN DE CAMPS I ARBOIX, *Modernitat del Dret Català* (Barcelona, 1953), pp. 107 y ss.

(8) J. VICENS VIVES, *Noticia de Cataluña* (Barcelona, 1954), p. 42.

(9) HELMUT COING, *Savigny et Collingwood ou Histoire et Interpretation du Droit*, en Arch. Ph. du Dr., 1959, pp. 1 y ss.

cencia histórica a superar, pero que, a los ojos de otros, aparece cada día con mayor y más renovada modernidad.

Nada nos parece más adecuado, para ello, que escuchar cómo reflejaron el espíritu de su Derecho aquellos hombres que, en la segunda mitad del siglo pasado, lucharon por preservarlo del alud codificador, racionalista y uniformista, que en algunos momentos llegó a parecer incontenible.

A) El primer principio del Derecho foral, y fundamentalmente de su proyección agraria, es *el sentido realista de un Derecho elaborado sobre el terreno y prácticamente vivido*. Se trata de una característica especialmente campesina, el rústico buen sentido consistente —como observa el filósofo Marcel de Corte (10)— «en sentir, palpar, ver y de ahí alcanzar a comprender que existe un orden de la naturaleza al que nadie puede sustraerse sin daño.»

El Derecho foral se elabora en estrecha conexión con el medio físico y económico en que se ha de vivir. El paisaje, como ha dicho Gregorio de Altube (11), es fuente del Derecho. En nuestras montañas pirenaicas —dijo Joaquín Costa, como portavoz del Alto Aragón al Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880 (12)— «la Naturaleza existe por la sola virtud del Derecho; sin esas costumbres que tan odiosas os parecen, no habría allí naturaleza productiva».

Y ese Derecho ha sido obra del pueblo, guiado por unos juristas que convivían y se compenetraban con él, en su mismo medio geográfico, que por eso podían comprenderle.

Ello no significa que esa elaboración haya sido meramente empirista, sin horizontes. Muy al contrario, tuvo —como veremos— una clara visión de un orden natural, en el que Dios puso al hombre como señor, encuadrado en la familia y en las comunidades menores y mayores donde le concedió nacer, y tuvo una amplia visión espacial y temporal —como también veremos— al enlazar las libertades civiles y políticas de modo inseparable y al mirar la familia en su terreno de un modo dinámico, contemplando el relevo de las sucesivas generaciones con previsión de todos sus problemas y dificultades.

Es un Derecho que ha llegado a lo general y a lo transtemporal partiendo de lo concreto y lo real *Ab esse ad nosse valet consequentia*. No a la inversa. De la idea y del concepto abstracto es peligroso llevar consecuencias a la realidad.

Oíd cómo el León de Graus, que fue Costa (13), en nombre de los montaraces pueblos altos aragoneses increpaba: «legisladores engreídos, que pretendéis gobernar los pueblos con ideas, y encerrar el mundo infinito de la vida en los moldes angostos de vuestros libros; con cuatro razones banales que os ha inspirado un sentimentalismo enfermizo, disfrazado con traje de humanidad y filantropía, ¿creéis saber lo que conviene a nuestros hijos mejor

(10) MARCEL DE CORTE, *Sens commun, métaphysique et théologique*, en "Itinéraires", n.º 86 (set. oct. 1964), p. 4.

(11) GREGORIO DE ALTUBE e IZAGA, *El paisaje como fuente del Derecho*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 de abril de 1949.

(12) JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, cap. V, "Fuentes del Derecho para el Código. Las instituciones consuetudinarias" (ed. Madrid, 1883, p. 142).

(13) JOAQUÍN COSTA, loc. cit., pp. 140 y ss.

que nosotros...?, utopistas..., las leyes que nosotros escribimos en el mundo del lenguaje de los hechos, son más firmes y más incontrastables que las vuestras, porque también son más verdaderas, porque están más fundadas en la naturaleza.»

En el siglo pasado, la inquietud filosófico-jurídica de los autores catalanes, les llevó a formular científicamente el modo de crear, vivir y sentir el Derecho en las regiones forales, si bien refiriéndolo concretamente al de su región. Así volvieron los ojos a la llamada Escuela Histórica y a su ilustre capitán jurídico, Federico Carlos de Savigny, pero sin asomos de caer en el positivismo de su antecesor filosófico Schelling, ni de muchos continuadores jurídicos de esta escuela...: pues, su movimiento científico —como dijo el eximio Durán y Bas (14)—: «viene a ayudar al de aquellas escuelas filosóficas y jurídicas que hacen descansar el derecho sobre la base de la Ética, que hacen desenvolverlo dentro de las condiciones históricas de los pueblos, y que hacen aplicarlo en conformidad a las realidades de la vida.» El mismo autor nos ha dejado referencia de esta escuela que iniciaron Samponts y Barba, Ferrer y Subirana, Martí de Eixalá, Reynals y Rabassa, Permanyer y Tuyet... Y nos ha transcrita del segundo (15) la afirmación de que la legislación civil de su región no anda errante y perdida «por la región de las teorías y de los delirios humanos; no, tiene su trono y un trono de diamante acá en esta tierra en que vivimos; por esto no flota a merced de los vientos; por eso no perece con las circunstancias; por eso no se la lleva el torrente de las revoluciones; por esto su dominio es duradero e inmortal.»

El propio Durán y Bas (16), por su parte, advirtió que: «La antigüedad ha dicho: *quid iuris sine moribus?* Y el derecho cosmopolita en vez del derecho nacional, la abstracción filosófica en vez del elemento histórico en el derecho positivo, más que completar con la influencia de las costumbres la eficacia de las leyes, ha de producir un divorcio, un antagonismo, opuestos al desenvolvimiento de la civilización nacional. Y cuando la idea de la humanidad sustituya a la de nación; cuando el derecho se funde más en ideales que en necesidades legítimas de los pueblos, forzosamente habrá de haber inestabilidad en las leyes; ninguna conquistará la adhesión de las conciencias, ni se identificará con los sentimientos del país; y el tiempo presenciará, como mero testigo, los cambios de legislación, pero no concurrirá a su consolidación con su acción fecunda. De Maistre lo había dicho: «el tiempo no respeta sino lo que ha fundado.»

Y, más adelante, Durán y Bas (17) subraya que la propiedad debe organizarse, «no sólo según sus necesidades propias, sino según las condiciones del suelo, los hábitos de la población, el espíritu de la organización del Estado, los principios de la organización social, las tradiciones históricas del país...»

(14) MANUEL DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, en "Esritos", 1.^a Serie: "Estudios Jurídicos" (Barcelona, 1888), p. 373.

(15) JOSÉ FERRER Y SUBIRANA, *La civilización*, artículo sobre el Derecho civil considerado en su importancia y en sus relaciones con el orden social (citado por DURÁN Y BAS, loc. cit., p. 368).

(16) DURÁN Y BAS, loc. cit., p. 367.

(17) DURÁN Y BAS, loc. cit., p. 369.

B) El segundo principio del Derecho foral, íntimamente unido al anterior y a los subsiguientes, es el de *la libertad civil, en estrecha conexión con la total realidad de la libertad política*.

El aspecto de la libertad civil es expresado en Aragón por el principio *standum est chartae*, según nos lo ha explicado Joaquín Costa (18): «El principio foral *standum est chartae* es una consagración del derecho individual enfrente del derecho público, y el reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de sus relaciones privadas...», reconoce «el Estado, en virtud de este principio, al individuo y a la sociedad, la facultad de darse a sí propios ley en la esfera de sus relaciones privadas.» «... la familia, merced a la *charta*, no es un elemento atómico componente del municipio o de la nación, porque no está sujeta en su constitución ni en su vida interior a una regla uniforme e impuesta por fuerza exterior, sino un verdadero Estado de derecho..., libre y dueña de sus destinos, adquiere la conciencia de sus fuerzas, y halla medio de resistir las energías destructoras que incesantemente obran, pugnando por disolverla, y de perpetuarse de una en otra generación, acumulando y transmitiendo con el hogar y con la sangre, recuerdos, glorias y virtudes..., gracias al heredamiento universal, que por el régimen libre de la *charta* ha sido posible, la familia vive en el pasado y en el porvenir; como la ley no la constituye, la ley no la disuelve; a pesar de la muerte, subsiste en pie durante siglos; resiste los vaivenes de la fortuna y los azares de la suerte; no es una asociación transitoria, sino un centro de producción, un foco de tradiciones que proseguir y de aspiraciones que realizar...»

«Y si estos efectos produce el régimen libre de la *charta* en la familia... —prosigue Costa— no los causa menores en el individuo..., que de esta suerte, se siente señor de sí propio y dueño de sus destinos, adquiere la conciencia de su responsabilidad, se estudia mejor, penetra dentro de sí mismo, adquiere el conocimiento de infinitos recursos que atesora en su espíritu, y que nunca hubieran salido de su estado de potencialidad y de sueño sin esta regresión hacia el interior, como sucede en los países donde el Estado se encarga de pensar por todos, y, por consecuencia, de esto, se hace más cauto y previsor; se adelanta a las contingencias del porvenir; antes de realizar un acto, lo medita, le traza plan, estatuye ley para regularlo, y con todo esto se convierte en un ser eminentemente jurídico.»

Si falta esta libertad civil no cabe verdadera libertad política, pues —como en otro lugar dice el mismo Costa (19)—, «donde el Estado impone a las familias una forma determinada de constitución, de régimen económico, de sucesión testada e intestada, las familias carecen de autoridad y de iniciativa, obras movidas por ajeno impulso, no son seres vivos: entonces no existe en la nación sino una sola personalidad, inmensa, gigantesca, avasalladora, panceómica, que violando las leyes naturales de la sociedad monopoliza la legislación por el solo privilegio que le da la fuerza.»

(18) JOAQUÍN COSTA, op. cit., cap. IV, "Forma que debe revestir el Código, derivada del principio foral *standum est chartae*. Libertad civil. Hermenéutica legal", pp. 102 y ss.

(19) JOAQUÍN COSTA, *La libertad de testar y las legítimas*, en vol. cit., pp. 515 y ss.

El jesuítico vizcaíno Luis Chalbaud y Errazquin (20), paralelamente ha observado: «Quitáis la propiedad familiar, priváis del apoyo necesario al espíritu familiar, le habéis arrancado su nexo y nace la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable: con eso brota la familia inestable y tras ella, necesaria, fatalmente con esa necesidad de las leyes históricas que se cumplen mientras no se desvíe la curva de su acción con el influjo de nuevos elementos..., viene la absorción del Estado, viene la tiranía de este ente de razón que se llama Estado... y el envilecimiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse en la tierra.»

Pero si la libertad civil es indispensable para la libertad política, también ésta lo es para que perdure aquélla. Puede respetarse formalmente la *charta* de la familia, el Derecho peculiar de regiones y comarcas, y no obstante, perder la libertad civil ahogada por razones extrínsecas. El totalitarismo, en sentido de intervención en la totalidad de las relaciones de la vida, característico del Estado moderno, sea de forma autoritaria o democrática, puede llevar a la destrucción de aquello que la sabia previsión de las costumbres regionales y de las tradiciones familiares conservaron fructífero durante siglos.

Basta que la Administración pública, con desigualdad, dispense su apoyo a las aglomeraciones urbanas e industriales, e imponga su presión para reducir los márgenes de beneficio de los productos de la tierra... Basta que se protejan con aranceles y ayudas los precios industriales y que con importaciones de choque se imponga la baratura de los productos agrícolas (21).... basta esto, para que las estructuras, suficientes durante siglos, resulten disminuidas, insuficientes..., basta para que, por eso, se produzca la despoblación de la tierra que había sido contenida, tan sabiamente, durante tantas y tantas centurias, con saludables instituciones y sano espíritu familiar.

Todavía hay quien se felicita por ello, estadística en mano, comparando el porcentaje inferior de la población campesina en otros países, que tienen consolidada una gran riqueza industrial o una geografía física totalmente distinta. Y, midiendo, también estadística en mano, la producción agrícola, en dinero y no en calorías capaces de alimentar una familia, no vacilan en proclamar que deben dejarse yermas tierras que secularmente alimentaron familias que supieron criar y educar sus hijos, en tiempos en que, por otra parte, la presión demográfica no era tan apremiante como lo es ahora y ni existían aún preocupaciones malthusianas. Pero..., ¿es posible que haga falta esto para mantener un elevado nivel de vida en las ciudades? (22).

(20) LUIS CHALBAUD YERRAZQUIN, S. I., *La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca* (Bilbao, 1919), p. 12 y s.

(21) En 1963, en España, el precio que el agricultor pagó por sus compras a sectores no agrarios sufrió un alza del 9,6 por 100, y los precios de los productos agrícolas sólo se elevaron el 3,8 por 100. En Francia, de 1914 a 1960, los precios agrícolas subieron un 275 por 100, mientras que los industriales se incrementaron en un 470 por 100.

(22) Recientemente, un alto organismo internacional ha mostrado su preocupación por la concentración de la población en las más grandes ciudades, mientras el campo se despoblaba, poniendo así en entredicho ese deseo de tantos estadistas de reducir el porcentaje de la población campesina.

Ahí radica la diferencia, sabiamente observada por el egregio profesor Giangastone Bolla (23), entre la *empresa familiar* como *fin* y la *empresa agrícola* destinada a servir de *medio instrumental* para garantizar el *mercado de masas de consumidores*. Masas que, con aquella mentalidad, serán cada vez más numerosas, mientras el campo seguirá despoblándose, con lo cual la presión de aquellas, más inmediata a los órganos del poder, será cada vez más fuerte, mientras que el campesinado empobrecido irá sufriendo progresivamente mayor merma de peso político.

Los foralistas españoles habían barruntado estos peligros. Durán y Bas (24), había subrayado que «Las dos libertades, la política y la civil, no pueden vivir largo tiempo en divorcio.» Por eso, y para esto, se señalaron tres principios preponderantes en la libertad política secular: «la intervención del país en su gobierno: la limitación de la Autoridad real en su potestad legislativa; y la representación de todos los Brazos en las Cortes» (25).

Es preciso que los labradores puedan pesar tanto como las masas de consumidores, y sus intereses tanto como los intereses del comercio y de la industria en la regulación económica..., sin ser aplastados por el mayor número de aquéllas ni por el mayor poderío económico de éstos..., ni por los afanes intervencionistas de la burocracia y la tecnocracia administrativa. La justicia lo exige: «es claro, —proclamó Juan XXIII en *Mater et Magistra*— que se procedería con evidente injusticia si todo un sector de ciudadanos, concretamente el de los agricultores, se viera forzado a permanecer en el orden económico y social, en condiciones de inferioridad...»

Por eso, la escuela jurídica catalana pedía «la restauración de las antiguas entidades históricas y la libertad en su organización, en vez de la uniformidad legal que las divorcia de la historia y de las condiciones del territorio en que viven...» (26).

No olvidemos que identificado con este mismo espíritu, hace más de cien años, en Francia, Alexis de Tocqueville (27) sentenciaba: «país de centralización, campos vacíos de habitantes ricos y esclarecidos; podría añadir: país de centralización, país de cultura imperfecta y rutinaria» y repitiendo una frase de Montesquieu, en determinado sentido: «Las tierras producen menos en razón de su fertilidad que de la libertad de sus habitantes»... ¡Cómo nos confirmar que es así las últimas estadísticas soviéticas!

Desde este ángulo de perspectiva, la lección del Derecho foral, ofrece al Derecho agrario un ámbito insospechado, que alcanza el campo del Derecho político...

¿Qué adelantaremos asentando nuevos colonos o haciendo que accedan a la propiedad los arrendatarios, si la disminución de los precios de los productos agrícolas llega a hacer insostenible la explotación y los obliga a abandonar las tierras y a engrosar el proletariado urbano?

(23) GIANGASTONE BOILLA, *La fonction du droit agraire*, en "Contributo per lo studio del Diritto agrario e imparato" cit., p. 249.

(24) MANUEL DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones de Derecho civil de Cataluña* (Barcelona, 1883), p. XCI.

(25) DURÁN Y BAS, *Memoria...*, p. XC.

(26) Cfr. DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica...*, loc. cit., p. 372.

(27) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, cap. XII (4.^a ed.), París, 1860, p. 205).

C) El tercer principio, se refiere al *valor de los usos y costumbres y de la formación del sentido moral y social de quienes las practican*.

Algunos de los textos de Joaquín Costa que hemos transcritto en el epígrafe anterior parecerán a algunos de un trasnochado liberalismo denimonónico. Pero, tal apreciación queda pronto desmentida por el mismo autor.

Es sabido que los Derechos forales dieran valor a las costumbres *secundum, praeter* y *contra legem* y que, además, de las costumbres propiamente normativas, y dentro del ámbito permitido por los fueros y por estas costumbres, actúan usos o prácticas habituales al usar de la *charta* o libertad civil, elaborados por la experiencia y sabiduría popular de un modo adecuado a la conservación de la *casa* en su unidad agraria, productores de un sentido de responsabilidad social trasmítido de generación en generación.

Leges sine moribus vanae proficiunt. El *quid* del Derecho foral ha consistido en formar el sentido moral social preciso para usar adecuadamente de la libertad civil de conformidad a la finalidad familiar y económica de conservar la casa: Dice un dicho vasco: «*Erriak vere lege, etxeak vere ardura*». «Los pueblos por sus leyes, las casas a su modo», o, según sus usos, a su aire... al aire que les lleva por su ruta de pervivencia.

Sentido cuyo conocimiento y cultivo requiere una élite campesina que lo cuide...; casas grandes que recuerden a las chicas los usos y formas adecuadas, y exige Notarios, Jueces, Maestros, que se compenetren con este espíritu.

Ved así cómo ese liberalismo aparente se convierte, al mirarlo cara a cara, de cerca, en una libre sumisión a los usos tradicionales, a unas vinculaciones voluntariamente creadas en *herdamientos*, donaciones *propter nuptias*, sustituciones fideicomisarias, etc.

Percibid el matiz diferencial escuchando al propio Costa (28): «... la desamortización de los montes, hija de este idealismo utópico de que han nutrido los economistas a la política española durante medio siglo, la desamortización, que ha sido la causa de que el Pirineo aragonés haya quedado despoblado de sus antiguas selvas, ha producido como resultado inmediato la pérdida de la mitad de las fincas rústicas, que han desfilado a nuestra vista [hablaba Costa, como alto aragonés, a los juristas aragoneses de la ribera del Ebro], hechas polvo y lodo, por el puente de Piedra, o que han descendido al Ebro por el Gállego, por el Cinca, por el Segre...; y es que, en efecto, han pasado por allí y allí han hecho prueba las doctrinas económicas del *laissez faire*... si vuestras ideas [de no recoger las costumbres alto-aragonesas del *casamiento en casa*, el *consejo de familia*, el acogimiento o *casamiento a sobriones*] pudieran prevalecer...: la otra mitad del suelo vegetal que queda en las montañas rodaría por ríos y torrentes, hasta invadir y superponerse a vuestros campos y vuestras huertas, destruyendo las cosechas, arrancando los árboles de cuijo, desplomando las casas y los muros, convirtiendo a la poste en pedregal infértil la herencia de vuestros hijos, como un castigo y una venganza de la Naturaleza creada en el transcurso de muchos, siglos, al calor de patriarciales costumbres, y destruida en un día por la nefasta virtud de vuestras leyes».

(28) JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil...*, cap. V, pp. 144 y s.

Hoy, aunque hechas ley, se mantienen las normas, en cambio la práctica de los heredamientos establecidos en capitulaciones matrimoniales padece desde hace ya muchos años un terrible cáncer legal... el impuesto de transmisiones (29), que ha ido apartando por razones económicas, cada vez más, a los labradores, de la práctica de sus ancestrales costumbres de establecer en *heredamiento*, vinculando a sus tierras la pareja que deba constituir el siguiente eslabón en la serie de generaciones de la familia solariega.

D) El cuarto principio foral, aplicación práctica de los anteriores, es el de *la íntima unión y arraigo de una familia, monárquicamente organizada, a la casa, a la masía o al caserío*, es decir, a la *res frugifera* o el *fundus instructus*, concebido como institución-cosa, como modernamente lo ha revivido el gran agrarista Bolla (30); como, con referencia al Derecho aragonés, ha expuesto magníficamente el profesor Martín Ballester (31), y como ha aplicado al patrimonio familiar de la ley española de 15 de julio de 1952 la firme promesa de nuestro Derecho agrario que es Agustín Luna Serrano (32).

Hacia esa finalidad confluyen el principio *standum est chartae*, la libertad civil del padre de familia, su libre disponibilidad mortis causa, o por donación o heredamiento por causa matrimonial, la adecuación de los usos a la conservación de la casa. Como dijo Joseph Faus i Condomines (33): «Sólo una razón de alta utilidad o conveniencia familiar de la comunidad familiar, la conservación de la casa, del patrimonio y de las tradiciones justifica y legítima el privilegio de la institución de *hereu* o *pubilla*. Aquel privilegiado, pues, si ha de responder a la finalidad de su privilegio, tiene obligación estricta de atender en todos sus actos, siempre en todo y por encima de todo, a la *razón de familia*, a las altas conveniencias de la comunidad doméstica que preside o, con el tiempo, presidirá después de muertos sus padres».

La conservación del patrimonio, requiere la conservación de la casa, la continuidad familiar conservando sus usos y sus tradiciones tendentes a mantener aquella unidad y así... la troncalidad y la unidad del caserío, de la casa, se complementan y ayudan, con recíproco apoyo.

Pero..., como en otra ocasión dijimos (34), del mismo modo que en el agro la erosión se evita con vegetales de tamaños distintos, según las cir-

(29) Cfr. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GIL, Notario de Sort, *El impuesto como causa del desuso de las capitulaciones matrimoniales*, en "Rev. Jur. de Cataluña", 1962, p. 346, y el Editorial del mismo número de la Revista "Alarma de nuestro Derecho civil" (p. 291).

(30) GIANGASTONE BOGLI, *Il fondo ne suoi aspetti giuridici*, en "Atti del primo Convegno nazionale di Diritto agrario" (Florencia, 1935), pp. 226 y ss. e *Il problema giuridico della terra*, en "Atti del primo Convegno internazionale di Diritto agrario", I (Milán, 1954), pp. 3 y ss.

(31) LUIS MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, *La Casa en el Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1944, cap. VI, n. 10, p. 115.

(32) AGUSTÍN LUNA SERRANO, *El patrimonio familiar. La ley española de 15 de julio de 1952*, Roma-Madrid, 1962, § 5, pp. 6 y ss., y § 89, pp. 109 y ss.

(33) JOSEPH FAUS Y CONDOMINES, *Els capitols matrimoniais a la Comarca de Guissona (Catalunya Segriana)*, en "Rev. Jur. de Cataluña", vol. XIII, p. 205.

(34) Trólogo a *El Campesinado*, de HELLION DE BEAULIEU, "Verbo", número 20, p. 18; prólogo reproducido, con el título *La agricultura y la explotación familiar*, en "Rev. Jurídica de Cataluña", LXIII (enero-marzo 1964), p. 118.

cunstancias, o con la combinación de unos y otros —árboles, arbustos y herbáceas— de igual modo, la erosión humana se evita mejor conservando heredades campesinas de distintas dimensiones y riquezas, con funciones sociales distintas...

El Doctor Mariano Nougués (35) admitió que «si no hay propietarios grandes... la ignorancia, el evilecimiento será el resultado de este sistema de nivelación, que a lo más durará dos o tres generaciones, porque pasará como un torrente que iguala el terreno, sí, pero aniquilándolo y llevándose la sustancia».

Volvemos a ver entrelazarse los principios enunciados: libertades civiles y políticas, régimen familiar monárquico y autónomo de las casas labradoras, arraigo en ellos de las familias, conseguido mediante costumbres y usos adecuados al medio geográfico, económico y social. Principios que recíprocamente se apoyan y sostienen armónicamente enlazados, pues, de fallar uno, los demás crujen y se tambalean, hasta caer también.

II

Este Primer Coloquio Latino de Derecho Agrario ha elegido como temas la *colonización interior* y la *concentración parcelaria*.

Colonización interior, es decir, puesta en cultivo de tierras incultas o transformación de secanos en regadío, con asentamiento de colonos.

Concentración parcelaria, o sea, formación de nuevas fincas continuas mediante la reunión de mínimas parcelas dispersas en cada zona pertenecientes al mismo dueño.

Ambas operaciones tienen un aspecto técnico y varios aspectos jurídicos. Estos, que son los fundamentales en un coloquio de Derecho agrario, los quisiéramos otear panorámicamente desde la perspectiva en que nos ha situado el estudio que hemos hecho de los principios de nuestros Derechos forales.

Veamos, pues, aunque sea sólo muy brevemente, qué criterios generales podemos deducir de esa visión panorámica; que, en síntesis, creemos que son:

1.º) *La necesidad de examinar la realidad «sobre pequeñas comarcas, con mirada atenta a la productividad y a las costumbres»* —como ha dicho hace poco nuestro compañero Flórez de Quiñones (36)—, huyendo siempre de la centralización, que tarda muy poco en crear «un criterio uniforme, que abandona el estudio de la inmensa variedad de las tierras de España, de la inmensa variedad de los climas», y es causa por la que «se adoptan soluciones generales, de las que son buena muestra la producción literaria de los últimos treinta y cinco años». Oigamos la advertencia también reciente de Con-

(35) MARIANO NOUGUÉS, citado por LUIS FRANCO Y LÓPEZ, en *Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho aragonés* (Zaragoza, 1886), p. 87.

(36) VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES, *Declaraciones a ABC*, edición de Andalucía del 30 de septiembre de 1964 (p. 47), con motivo de la constitución en Córdoba de la Asociación de Derecho Agrario.

domines Valls (37), si desembocamos en el tema de la reforma agraria: «mucho cuidado con ese terrible y absurdo singular: no hay reforma agraria, sino reformas agrarias. Una para cada región»... y —añadimos nosotros—, si es que en ella hace falta, si es que, para muchas de éstas, la única reforma necesaria no es otra que la extrínseca defensa de márgenes justos para los precios agrícolas y una adecuación de las normas civiles y de las costumbres a la defensa de las unidades agrícolas.

2.^o) *La conveniencia de estimular la colonización privada, y la concentración verificada de común acuerdo entre los propietarios interesados, sin intervención administrativa.*

La importancia de uno y otro estímulo la ha resaltado muy bien Alberto Ballarín (38), y no podemos resistir la tentación de repetir sus palabras:

«¿Podemos siquiera comparar la exención a favor de los cultivadores directos que comprén fincas transformadas en regadío con la lista de beneficios que, a manos llenas, se le dan a los constructores de viviendas de renta limitada?... Lo que hace falta para movilizar un sector —sea el agrario, el de la construcción, el industrial— es una ley especial que sistematice las ayudas fiscales en general, combinándolas con otras. Lo que verdaderamente se ha revelado fecundo es esta combinación de exenciones + subvenciones + anticipos. Y estos tres puntos de sustentación son los que ha sabido proporcionarse el mundo urbano para su continuo desarrollo y creciente esplendor. Aquéllos que alguien ilumó con gracia los «pisotenedores» han ido y van muy por delante de los propietarios rústicos en lo que a ventajas fiscales se refiere. Cuando se establecieron unos módulos para estimar las fincas agrícolas, llegándose quizá a valores por encima de los de mercado, ¿por qué no se previeron otros semejantes para los solares y, sobre todo, para los apartamentos, los pisos, los hoteles, las fábricas, etc.?»

Y, respecto al segundo punto, pregunta: «¿No resulta absurdo que el Estado gaste millones en las zonas de concentración parcelaria, sin hacer nada, por otra parte, en el campo de los estímulos?»

No hace aún una semana que nos escribía nuestro compañero de Madridojos, Eladio Torralba: «En cada viaje que hago a Suiza me convenzo de que la simplicidad de su sistema, en el que se hacen las concentraciones de fincas en las propias notarías, sin más intervención del Estado que la de un técnico asesor, y las ventajas fiscales concedidas, le hacen ideal para España. Además, el problema suizo para concentraciones de fincas es muy parecido al de España, porque el suelo es muy accidentado, las fincas son pequeñas y los paisanos suizos están muy arraigados al terreno» (39).

3.^o) *La inapelable necesidad de fomentar un sentido social realista en los colonos y en los propietarios de los terrenos concentrados, para que en*

(37) FRANCISCO DE A. CONDONINES VALLS, *Las reformas agrarias. Es preciso mantener las instituciones protectoras de la organización tradicional*, en "La Vanguardia Española", de 30 de agosto de 1964 (p. 25).

(38) ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, *Política fiscal agraria*, en "La", de 12 de noviembre de 1963 (p. 18).

(39) Para una visión práctica del régimen suizo de concentración parcelaria, puede consultarse: JEAN JACQUES THORENS, *El Notario de Suiza ante los problemas jurídicos de la agricultura*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", vol. X, pp. 465 y ss.

ellos arraiguen verdaderos usos, fundados en el convencimiento de la necesidad de mantener unida toda explotación, que dividida no sería viable, por no poder atender al sustento y la educación de una familia.

Hay que mantener vivas, allí donde subsistan, las instituciones protectoras de la sana organización tradicional que han facilitado el arraigo de las familias al terreno.

Debe procurarse que quienes eduquen y guíen con sus consejos a estas comunidades rurales, especialmente Notarios y Maestros, sientan y difundan ese necesario sentido de arraigo y de conservación. Facilitemos a esos profesionales, con una decorosa permanencia, su estabilidad y su penetración con las instituciones jurídicas de la comarca a la que presten su ministerio, para que puedan contribuir a su conservación o a su fomento.

4.) *La precisión de arraigar familias labradoras en las nuevas parcelas, que mantengan éstas, sin atomizarlas, conservándolas con estructuras y dimensiones viables.*

Llegamos a un problema clave para el éxito o el fracaso de la colonización y que es el talón de Aquiles de la concentración parcelaria, ya que puede dar lugar a que ésta resulte completamente efímera. Muy pocas palabras diremos de uno y otro tema.

a) *Asentamientos en la colonización interior.*

Dos son las principales dificultades que necesita superar: lograr el arraigo de los nuevos colonos y que éstos puedan remontar la dura etapa del pago del precio aplazado en su compra y de los créditos precisos para la puesta en marcha de su explotación.

Ya Joaquín Costa (40) recordaba numerosos, repetidos y estrepitosos fracasos del asentamiento de nuevos propietarios. Por ello, escribió: «lo que nada cuesta, lo que se entra de repente, como por arte de lotería, por las puertas de nuestra casa, no se halla adherido a nosotros como si fuese carne de nuestra carne, sucediéndole lo que dice el refrán de los dineros del sacristán, que cantando se vienen y cantando se van». A su juicio: «también la condición de propietario o hacendado pide un aprendizaje». Su consecuente propuesta fue la de que las tierras colonizadas quedasen en propiedad del municipio y que sólo en usufructo se cediesen a los colonos.

Y, recientemente, Flórez de Quiñones (41) ha recomendado una solución muy vieja para aliviar la dificultad de que los colonos puedan satisfacer, con el menor agobio, no sólo los plazos pendientes del precio aplazado y sus intereses, sino además el equipo necesario para el cultivo de la parcela adquirida. A su juicio, es el procedimiento más satisfactorio su establecimiento a censo enfitéutico o reservativo, que hace muchos años fue —como antes vimos— una feliz solución, puramente civil, para el agro catalán.

b) *Conservación de las fincas colonizadas o concentradas.*

El mantenimiento de ésta como *fundus instructus*, para que no sea muy

(40) JOAQUÍN COSTA, *La cuestión de las tierras a propósito del caso de la Solana*, en "La fórmula de la agricultura española" (Madrid, 1912), vol. II, pp. 222 y ss.

(41) VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES, *El acceso a la propiedad de la tierra*, en "Revista de Derecho agrario", t. I (Zaragoza, 1964), pp. 135 y ss. y 160.

pronto inútil la labor realizada, se ha querido lograr fijando imperativamente unidades mínimas indivisibles.

Franco y López (42) había insinuado la alta conveniencia de que «en cada distrito o región de los en que debiera dividirse el territorio español, se estableciera —bien por las respectivas Diputaciones provinciales, oyendo a las partes o asociaciones de labradores, ganaderos, industriales, etc., o bien por delegados de los Ayuntamientos de los pueblos que hubieran de formar parte de cada una de las regiones—, lo que hubiera de constituir la que podría calificarse de unidad legal de la propiedad; debiendo ser indivisible, aun cuando sus dueños pretendiesen lo contrario, la finca o fincas, o establecimientos industriales que la formasen, y constituyéndola el terreno, edificios, dependencias, etc., que se considera necesario para el sostenimiento de una familia en las condiciones más modestas con arreglo a las costumbres del país».

Catá de la Torre (43), en una Memoria premiada por el Instituto Agrícola Catalán de San Isidro, había ya observado a la concentración parcelaria que: «la operación, a la vuelta de pocos años, habrá forzosamente de repetirse si no se quiere ver destruida la obra tan artificiosamente elaborada, ya que la libertad de la contratación y las particiones forzosas darán al traste con ella. Mas esta dificultad —añadía— la solventan los partidarios del sistema, dando el carácter de indivisible a perpetuidad a cada uno de los nuevos fragmentos, y digánnos los que así raciocinan —objetaba—, ¿qué diferencia existe entre una traba perpetua, que impide dividir un fragmento de tierra, y aquélla que deja en la indivisión un patrimonio de centenares de hectáreas? Todo ello estriba en la cantidad y en el terreno de los principios; ésta no se toma en cuenta».

Joaquín Costa (44) también lo había previsto, y mostró su franca disconformidad: «recordaré de pasada —dijo—, que, como todo artificio, llama con atracción irresistible otro en pos de sí, el artificio de la división forzosa de las herencias debía traer y, en efecto, ha traído el desmenuzamiento de la propiedad territorial, y ésta, a su vez, la idea de que la ley declare forzosamente indivisibles las piezas de tierra dentro de los límites de una cierta unidad legal. La ley del Fueno Juzgo debía engendrar por lógica necesidad la utopía de la indivisión acreditada por Ortiz de Zárate y Fermín Caballero».

Esa *utopía de la indivisión*, que dijo Costa, la realidad la confirma, mostrándonos cómo, muy a menudo, cuando los pueblos han logrado los beneficios de aquellas obras y mejoras, que como estímulo suelen acompañar a la concentración parcelaria, comienza poco a poco una nueva desconcentración a espaldas de las prohibiciones legales, de las sanciones establecidas y de la inscripción obligatoria; pero apoyada en el hecho posesorio y en el cultivo y disfrute de la tierra.

(42) LUIS FRANCO Y LÓPEZ, Barón de Mora, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho aragonés*, Parte Tercera, n.º XI (Zaragoza, 1886), pp. 142 y ss.

(43) RAMÓN M.^º CATÁ DE LA TORRE, *La ley de sucesión forzosa y la libertad testamentaria en sus relaciones con la familia, la agricultura y la conservación de los patrimonios rurales* (Barcelona, 1887), p. 56.

(44) JOAQUÍN COSTA, *La libertad de testar y...*, loc. cit., p. 528.

Por lo demás, la indivisibilidad, legalmente impuesta, a parcelas consideradas como unidades mínimas de cultivo, presenta los siguientes inconvenientes:

1.) Su rigidez estadística, basada en cálculos de términos medios, que aplicados como módulos a lo concreto resultan engañosos, siempre que éste no coincide con aquéllos.

Si la unidad mínima necesaria para alimentar una familia en tierras distintas de un mismo término municipal puede variar de extensión de modo sorprendente, ¡cuánto más divergirá en un territorio geográfico, climatológico y geológicamente tan variado, incluso dentro de cada región, como es el de nuestra Patria! Por otra parte, calculada la unidad para alimentar una familia con un número medio de hijos, resultará estrecha si el número de bocas sobrepasa ese cálculo. Y, finalmente, todo cambio desfavorable de márgenes en los rendimientos agrarios hará que la unidad tipo no baste para sustentar la familia más reducida.

2.) No es bueno el igualitarismo de las explotaciones señalado con módulo pequeño. Quita el estímulo de mejorar, al aprisionar en la mediocridad sin posibilidad de mayores horizontes..., ja no ser que se emigre! Y, por otra parte, resta fuerzas para defensa de los intereses del campo. Recordemos la preocupación de Catá de la Torre (45): ¿qué representación tendrán unos propietarios a quienes se han adjudicado exigüas porciones?, ¿cómo defenderán los intereses de la agricultura?... los empleados públicos arreglarán todos sus intereses...

3.) Además, la necesidad de vigilar que la unidad no se destruya, aumentará el intervencionismo administrativo. Corremos el peligro señalado por Federico de Castro (46): «El paternalismo administrativo procurará mantener indefinidamente su tutela. La propiedad se rebajará a concesión administrativa; el cultivo forzoso y dirigido se considerará servicio público; el cultivador se verá investido de la condición de funcionario más o menos forzado»... «Dirección que lleva hasta la creación de un poder legislativo y jurisdiccional anómalo y privilegiado, en manos también de los técnicos, con lo que se completa el ciclo de la discrecionalidad administrativa. Régimen de benévola dictadura, que encierra el peligro de todo exceso intervencionista: secar la iniciativa particular, provocar inseguridad jurídica y fomentar injustificados privilegios económicos, que, a su vez, desacreditará las reformas y originará la reacción».

4.) Y, finalmente, como en otra ocasión (47) advertimos, su desbordamiento de hecho por la realidad no puede evitarse más que con soluciones drásticas, que resultarán injustas en cuanto impongan lo positivo y formal a lo real y existencial; y que, para no resultar disposiciones estériles, incluso necesitarán desconocer la usucapión, institución que esencialmente confirma de derecho la unión vital de hecho del hombre con la cosa.

¡Cómo vuelven a resonar en nuestros oídos las voces de los juristas de las regiones forales del período codificador! *Leges sine moribus vanae proficiunt*. ¡Cuán fácil es destruir seculares usos y costumbres con presiones

(45) CATÁ DE LA TORRE, *Memoria*, cit., p. 73.

(46) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, loc. cit., pp. 387 y s.

(47) *Verbo*, cit., p. 22, y *Rev. Jur. de Cataluña*, cit., p. 122.

económicas o fiscales, o con disposiciones imperativas rígidas, o provocando el desarrago de las familias principales, que eran tomadas como ejemplo por las demás en la práctica de aquellos usos! Pero, ¡qué difícil es restaurarlos, o inculcarlos en quienes no las han vivido desde la cuna en su hogar paterno! ¿Cuántas generaciones fueron necesarias para que, entre miserias y desastres, medidos con la memoria histórica de la tradición, aquellas familias que lo graron mantenerse a flote llegaran a consolidar esos usos, que las hicieron aptas para sobrevivir en medios difíciles y pobres?

II. DICTAMENES

Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento.—Discrepancia y armonización de lo dispositivo y lo particional ordenado por el causante.—Valor de notas autógrafas del causante y su posible ponderación por los contadores-partidores.—¿Son valorables y deducibles los deberes morales que el testador implícitamente quiso que fuesen cumplidos?—Momento en que deben valorarse los bienes partibles, y específicamente en caso de existir asignaciones predeterminadas por el testador. Criterios para realizar el avalúo y ámbito discrecional de los contadores-partidores para fijar su criterio valorativo.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

ANTECEDENTES

Solicitan este dictamen dos contadores-partidores testamentarios.

Al efecto han entregado al que suscribe un amplio *dossier* contenido, además de abundante correspondencia, proyectos de valoraciones, anteproyecto de liquidación de sociedad conyugal, etc., los siguientes documentos:

- 1.- Copia simple del testamento abierto.
- 2.- Fotocopia de un documento autógrafo del mismo testador titulado: «Extracto de mi testamento».
- 3.- Sendas fotocopias de las memorias testamentarias del mismo señor.
- 4.- Fotocopias de tres notas autógrafas del testador sin fecha ni firma, tituladas: una «Valoración de ...álaz, que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes»; otra, «Valoración», coincidente en cifras con la anterior; y otra nota que comienza diciendo: «He dado la forma de Memorias Testamentarias a estos mis últimos deseos...».
- 5.- Fotocopia de una valoración de árboles y plantas de ...álaz.
- 6.- Fotocopia de una nota autógraфа del testador en la que al parecer transcribe la valoración de la finca ...errea de ...ita.

Además han sido entregadas unas valiosas notas y sendos dictámenes, de dos prestigiosísimas primeras figuras de nuestro mundo jurídico, defendiendo razonadamente posturas contrapuestas, y notas comprensivas de algunas opiniones, en especial las de dos moralistas.

El que suscribe ha escuchado no sólo a los contadores-partidores, sino también a cinco de los herederos (habiéndole recibido sendas cartas de los otros dos delegando en tres de los hermanos oídos) y al Letrado don ..., designado por los herederos para dar forma jurídica a la partición.

De todo ello, en opinión del que suscribe, resultan los siguientes hechos a tener en cuenta al objeto de este dictamen:

- 1.- Don ..., aforado navarro, falleció, estando casado en únicas nupcias

con doña dejando siete hijos, llamados, doña A, doña B, doña C, don D, don E, don F y don G.

II.—Su último y solemne testamento lo otorgó poco más de tres años antes de su fallecimiento, y del mismo interesa transcribir las siguientes cláusulas:

«Tercero.—Que como natural y vecino de ...*ita* está sometido al Derecho Foral de este Reino [de Navarra].

»Cuarto.—Reconoce a su dicha esposa, doña ..., el usufructo foral de viudedad con arreglo al Derecho civil de este Reino.

»Quinto.—Instituye herederos por séptimas e iguales partes a sus siete hijos: doña A, doña B, doña C, don D, don E, don F y don G.

»Dispone que los contadores-partidores que después designará adjudiquen ante todo en pago, a cuenta de su haber y sin perjuicio de completar sus hijuelas con otros bienes:

»A) Al hijo y heredero don D, el coto redondo, antiguo Señorío de ...*alaz* (Valle de E...), recomendándole lo mire con cariño y lo conserve y mejore como el testador lo ha conservado y mejorado. Por supuesto que juntamente con la finca se adjudicarán a este heredero don D todos los muebles, cuadros, armas y enseres y en general lo que existiere en el palacio el día de su fallecimiento.

»B) La casa llamada «...*erreña*», del lugar de ...*ita*, también con todos los muebles, cuadros, armas y enseres que se encuentren dentro de sus muros, así como toda la hacienda que tiene el otorgante en este Valle de B..., se adjudicarán a su hija primogénita doña A, única que ha permanecido soltera, y que de otro modo se encontraría sin casa.

C) Se adjudicarán al hijo y heredero don E, la casa número quince de la calle ...*ela*, de P..., en atención a lo mucho que...

»Insiste el testador en manifestar que los lotes serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta, y desea que, a ser posible, deberán figurar en cada lote finca y valores.

»Séptimo.—Prohibe toda intervención judicial en los asuntos de esta testamentaría, aunque interesen menores, ausentes o incapaces, y faculta a los Albaceas, Contadores-Partidores que luego nombra para que puedan practicar, sin intervención de los herederos instituidos ni sus representantes legales, todas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación, liquidando previamente si fuera preciso la sociedad conyugal con la esposa del testador o sus derecho-habientes.

»Serán los dichos Albaceas, Contadores-Partidores, los sobrinos y ahijados del testador don ... y don ..., que ejercerán el cargo mancomunada o solidariamente, y a los que les prorroga el plazo legal del Albaceazgo y de Contadores-Partidores por dos años más, contados desde el fallecimiento de la esposa del testador.

»Octavo. El testador se reserva el derecho de formular memorias testamentarias, complementarias de este testamento que para su validez deberán ir encabezadas con las palabras «Jesús, José y María», y estar firmadas de puño y letra del testador.»

III.—También dejó seis memorias testamentarias disponiendo legados, escritas en sendas cuartillas, encabezadas a modo de cubierta por otra que

contiene el título «Memorias testamentarias de don ...». Todo autógrafo del causante, que firma cada una de las memorias, que encabeza todas con las palabras «Jesús, José y Marfa», previstas en el número octavo de su mencionado testamento, y que no están fechadas.

IV.—Asimismo dejó una nota autógrafa sin firma, fecha ni otra señal, titulada «Extracto de mi testamento».

V.—La herencia, sin que se verificara operación particional alguna, permaneció usufructuada por su viuda hasta el fallecimiento de ésta.

Después, los contadores partidores, los herederos y el Letrado don ... tuvieron algunas reuniones con el fin de realizar puntualmente la partición de los bienes.

Pero, pronto se planteó un problema fundamental, de una parte, el testador insistía en su testamento en que era su voluntad que los lotes de sus hijos fueran completamente iguales, y, de otra, ordenaba que se adjudicara a cuenta de su haber y sin perjuicio de completar su hijuela con otros bienes, el coto redondo, antiguo Señorío de ...*álaz* (Valle de E...), a su hijo D., coto redondo que según los primeros tanteos de valoración se apreció en bastante más que una séptima parte de la herencia. Por otra parte, con arreglo a la tasación que inicialmente se calculaba a las fincas de ...*ita*, la hija soltera, doña A, quedaba con bastante menos renta que los demás hermanos, excepto don D., lo que ella estimaba un perjuicio que no creía pudiera entrar en la voluntad de su padre que sólo pensó en favorecerla.

VI.—Así las cosas, en junio de 1959, al hacer limpieza en los cajones de la mesa de despacho del testador, se hallan los siguientes documentos:

1.^º Fechado en Pamplona, a 18 de septiembre de 1954, firmado A. E., titulado: «Número de árboles y plantas de distinta especie que existen en el monte, barrancos y soto del término de ...*álaz* (E...) en septiembre del año 1954 y valor de dichos árboles y plantas, según conteo, medición y tasa-ción efectuados».—Como importe total señala el de pesetas ...

2.^º Documento a lápiz, autógrafo del causante, sin fecha, firma ni contraseña, titulado *Valoración*.

3.^º Documento a tinta, autógrafo del causante, titulado «Valoración de ...*álaz*, que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes», que transcribe las partidas del anterior, encabezándolas respectivamente con las palabras *Ingresos* y *Gastos*, pero también sin fecha, firma ni contraseña alguna.

4.^º Nota autógrafa del testador sin fecha, firma ni contraseña, que dice así:

«He dado forma de Memorias testamentarias a estos mis últimos deseos, *por si fuera necesario*.»

«Pero si, por acuerdo de todos mis hijos, pudieran aquéllos satisfacerse, evitando la larga, molesta y costosa tramitación que las Memorias testamentarias exigen, ténganse en cuenta en el reparto, considerándolas como unas *Instrucciones* para éste.»

5.^º Copia autógrafa del testador de unas valoraciones, que debieron ser hechas por R. Z., de las fincas denominadas ...*errea*, ...*chipia* y ...*erre arría* de ...*ita*, que dan un total, respectivamente, de ... y ..., sin fecha, firma, contraseña ni instrucciones del testador.

VII.—Concretamente, en cuanto a la voluntad del testador se contraponen los siguientes criterios:

A) El hijo mayor, don D., asignatario de ...álaç, razonó así:

«Mi padre desea que *ante todo*, que ...álaç sea para mí, y *por supuesto* con todo lo que hay dentro del Palacio; que se complete mi hijuela con otros bienes, y que en el lote figuren, además, valores, y su deseo lo expresa de un modo rotundo —*ante todo*—, con absoluta independencia del valor de ...álaç.»

A su juicio, el extracto autógrafo del testamento aclara la voluntad de su padre: «... desea séptimas e iguales partes, pero con la *advertencia* de que ...álaç será para mí. No dice que ...álaç sea para mí si su valor es igual o menor que la séptima parte; ni que, en otro caso, deba dar compensaciones a mis hermanos; dice simplemente, que ...álaç será para mí. A mi juicio no caben interpretaciones: ...álaç será para mí. Si su valor es igual o superior a la séptima parte del patrimonio de mi padre, tal cual; si fuere inferior, *completando mi hijuela con otros bienes*.»

»Para mí no hay duda de que mi padre siempre pensó en dejar sus bienes repartidos entre sus hijos según el producto de aquéllos, es decir, según la renta, y, de ese modo, hacerlo en séptimas e iguales partes.

Y, respecto a la adjudicación a la hija de la casa ...errea y de las fincas del Valle de B..., opinó:

«Me consta que mi madre, unos meses antes del fallecimiento de mi padre, comunicó a éste su preocupación por la situación en que podría encontrarse su hija A, a lo que mi padre le contestó «no te preocupes, ya he tomado todas las medidas para que no le falte nada». Despues de esto la conclusión es fácil.»

»En primer lugar le deja la casa «...errea» —con todo lo que había dentro— por haber permanecido soltera y que de otro modo se encontraría sin casa. Hay una tasación de dicha casa, copiada de puño y letra de mi padre, que no sé qué valor jurídico tendrá; lo que para mí es evidente es que mi padre, al dejar «...errea» a su hija para que no se encuentre sin casa quiso facilitarle un modo de vida y no dejarle una carga; es decir, su valoración debe ser simbólica y muy inferior a lo que le podría costar la construcción de una casa en ...ita de dimensiones adecuadas a sus necesidades; en caso contrario se vería obligada a venderla por no poder entretenerla y para poder vivir: es decir, todo lo contrario de lo que pensó mi padre.»

»Aparte de la casa le dejaba todas las fincas que poseía en el Valle de B.... ¿para qué vender alguna para poder vivir? en modo alguno; mi padre no vendió ninguna de sus fincas por el espíritu conservador que tenía; le dejó esas fincas para que complementadas con otros valores tuviese suficiente para vivir, siempre pensando, como he dicho antes, en la igualación en renta.»

»Por consiguiente, a mi juicio, mi padre pensó en que, con las rentas de B... y los complementos necesarios, su hija A tuviese suficiente para vivir modestamente; y que el total anual que por estos conceptos percibiese fuera igual a la séptima parte de las rentas totales de mi padre.»

B) En cambio, los otros cinco hermanos entienden de otro modo la voluntad de su padre. Para ellos, éste jamás estableció la menor diferencia

entre sus hijos. A todos les quiso igual. En su testamento insiste literalmente «en manifestar que los lotes serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta».

Si el testador no hubiese tenido este criterio, la libertad de testar navarra le ofrecía amplio campo para realizar sus deseos sin limitación alguna y si hubiese querido que se valorase en renta todo su haber o alguna finca en concreto lo habría podido expresar así en su testamento o en alguna memoria testamentaria ajustándose a los requisitos, por él mismo exigidos para su validez, de ir encabezadas con las palabras «Jesús, José y María» y firmadas de su puño y letra.

VIII. Los Albaceas Contadores-Partidores solicitan el dictamen para la resolución de los problemas planteados y de todos cuanto sea necesario resolver para el cumplimiento justo y equitativo de su gestión.

D I C T A M E N

El dictamen solicitado abarca, a juicio del firmante, diversas e importantes cuestiones jurídicas, que no es posible soslayar y que trataremos de proyectar al supuesto en cuestión. Seguiremos, para ello, el siguiente orden:

A) Interpretación del testamento. Facultades al respecto de los contadores-partidores.

B) Admonización de lo dispositivo y lo ejecutivo particional ordenado por el testador en caso de posible discrepancia.

C) Valor de las notas autógrafas del testador referentes a su partición que no reúnen los requisitos del testamento olografo ni de las memorias testamentarias, carentes de firma y de la contraseña prevista. Su posible ponderación por los contadores-partidores.

D) ¿Son valorables, por los contadores-partidores, los deberes morales derivados de los deseos e intenciones deducibles en las decisiones del testador y en sus notas autógrafas?

E) Momento en que han de ser valorados los bienes integrantes del caudal partible, en general, y específicamente en el caso de existir asignaciones determinadas por el testador.

F) Criterios para realizar el avalúo en las particiones y ámbito de discrecionalidad de los contadores partidores para la fijación del criterio valorativo que estimen más de acuerdo con la intención del testador.

Paralelamente a la doctrina general examinaremos su encaje en la sucesión del causante y en la partición de su herencia.

A) *Interpretación del testamento. Facultades al respecto de los contadores-partidores.*

El artículo 675 del Código civil ha sido considerado como fiel expresión de la doctrina común tradicional en materia de interpretación de testamentos. Doctrina que en las líneas generales —en el mismo recogidas— no difería en cuanto a su aplicación en ninguna de las regiones españolas.

Por eso, no es de extrañar que el Tribunal Supremo haya aceptado reiteradamente la aplicación del artículo 675 a regiones forales. Así, entre las

sentencias más recientes, tenemos —con respecto a Cataluña con anterioridad a la vigencia de la Compilación de su Derecho civil especial— las de 26 septiembre y 7 diciembre de 1955 que entendieron aplicado correctamente el artículo 675, y la de 23 noviembre 1957 que lo consideró infringido. La S. 8 marzo 1956 no halló contradicción, para la interpretación de la cláusula discutida, entre el artículo 675 y los preceptos romanos en materia de interpretación aplicables como Derecho supletorio a Cataluña. Más rotundamente la S. 11 abril 1958, en un recurso referente a Mallorca, en materia de interpretación, afirma que «ésta ha de hacerse con criterios generales», siguiendo el camino «señalado inequívocamente por la jurisprudencia constante» [del Tribunal Supremo], deduciendo sobre esta base la aplicación del artículo 675 del Código civil.

Para Navarra, concretamente, Lacarra («Instituciones de Derecho civil navarro», vol. II —Pamplona 1932— pág. 56) aceptó este criterio. Y el reciente Proyecto de Fueno Recopilado de Navarra de 1959 no recoge ninguna disposición en materia de interpretación de testamentos, lo que supone la aceptación de que a Navarra se aplique el precepto contenido en el artículo 675 del Código civil.

El párrafo 1.^o de dicho artículo 675 dice así: «*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*».

En otras ocasiones nos hemos ocupado de la comprensión de este precepto según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Más de una vez, hemos escrito al respecto, que: «El testamento es rigurosamente formal (art. 687 C. c.); por ello —y no por su carácter de declaración de voluntad no recepticia— es evidentemente lógica la limitación de los medios de prueba extrínsecos para la interpretación de los testamentos. La reciente S. de 11 abril 1958 ha estimado que el sentido y alcance de la declaración de voluntad testamentaria «no aconseja, ni acaso permite, acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos», y ha recordado que ya habían recogido [sería *contrario sensu*] esta afirmación de las Ss. 28 mayo 1912, 30 abril 1913, 16 enero 1915. Sin embargo, las Ss. 8 julio 1940, 6 marzo 1944, 3 junio 1947 han admitido que no hay obstáculo legal que impida al juzgador, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, acudir a circunstancias exteriores al testamento, pero siempre que, dado el carácter formal de éste, el sentido averiguado y desenvuelto, tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador (S. 8 julio de 1940), es decir, que se parta del «tenor del mismo testamento» (Ss. 1 junio 1946 y 3 junio 1947), de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil (como añade la última sentencia citada). Doctrina que ha aplicado la S. 6 diciembre 1952.

Vamos a repasar ahora brevemente algunos supuestos, en los cuales el *tenor del testamento* ha sido valorado o interpretado por el Tribunal Supremo atendiendo a circunstancias extrínsecas. Así:

La S. 27 mayo 1895 acepta la valoración hecha por el Tribunal de instan-

cia de la declaración de dos de los testigos del testamento y de la existencia de una deuda del legatario con el testador no coincidente con la referida en el testamento, que no existía con las circunstancias expresadas, para aplicar a aquélla la bonificación ordenada, que en caso contrario hubiese quedado en el vacío; y su primer considerando declara que la Sala sentenciadora reconoció el texto literal de la cláusula testamentaria que ordenó el legado, «pero concordándolo con los antecedentes producidos, estima rectamente y dentro de sus facultades, con arreglo al artículo 675 del Código civil, que la intención y voluntad del testador fueron...».

La S. 30 abril 1913 recurre al apoyo de elementos extrínsecos como los de ser sacerdote el testador, de lo que induce en él «condiciones de cultura» y de ser «persona soltera y de edad avanzada» la heredera.

La S. 3 junio 1947, partiendo de que «como las cláusulas testamentarias no son tan claras que baste con su simple lectura para corregir, de modo inequívoco, el propósito o intención del testador, es necesario acudir a otros elementos interpretativos, de los cuales pueda deducirse su verdadera voluntad, si bien partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario, o, lo que es igual, del tenor del mismo testamento, de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil», para reconstruir el cálculo del testador valoró algunos documentos intrínsecos (si bien no los juzgó suficientes en aquel caso) y la situación en que el cónyuge viudo quedaría en relación a las condiciones que el testador impuso a su legado.

La S. 6 diciembre 1952, consideró que había sido objeto de alegación «el hecho de que al ocurrir el fallecimiento del padre de los recurrentes, cohédero instituído en los tercios de mejora y libre disposición, la testadora manifestó a su administrador, designado también contador-partidor, que era deseo suyo extender a los hijos de aquél los derechos, que en su último testamento había concedido al premuerto, y —razonó que— si bien este hecho, de ser cierto en casación, pudiera ofrecer base con algún esfuerzo dialéctico, en orden a la investigación de la voluntad real de la testadora, para estimar incorporado al testamento, por medios de prueba extrínseca, el llamamiento de los nietos por sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria deficientemente expresada por imprevisión...».

Aunque hayamos de recordar, también, que la misma sentencia, en su último considerando, opinó «que en trance de valorar jurídicamente el silencio de la testadora de abstenerse de dar forma ritualista a una nueva declaración de voluntad que permitiera la entrada de los nietos, en la porción libre atribuida en el testamento al padre de éstos, se ha de estimar, según pauta marcada en sentencia de 24 de noviembre de 1943, que si pudo y debió hablar, ajustándose a los informes que se le facilitaron y no lo hizo, su silencio significa falta de persistencia en el primer propósito..., y se avino a que se cumpliese el testamento en los términos anunciados por los informantes, que son a los que se atuvo el contador-partidor...».

Aparte del problema de la limitación de los medios de prueba extrínsecos, la doctrina del artículo 675 ha sido interpretada por la jurisprudencia, recordando la S. 23 octubre 1925 que era doctrina ya recogida en las Ss. 22 mayo de 1912, 30 abril 1913 y 16 enero 1916, que el Código establece tres principios o reglas de interpretación que tiene un carácter general, dando la nor-

ma a los juzgadores para que se ajusten a la interpretación gramatical, si no son oscuras o ambiguas las cláusulas; en otro caso, y por haberse dudado entre la letra y el espíritu, al elemento lógico, y, por último, al conjunto armónico de las disposiciones, o sea al elemento sistemático. La S. 4 marzo 1952 añade otro elemento, el teleológico, que —en román paladino— la S. 11 abril de 1958 llama finalista.

De lo indicado se infiere la primacía del elemento gramatical o literal cuando no ofrezca dudas. Así lo reitera la S. 23 noviembre 1957, al casar la de instancia, estimando, en uno de sus considerandos, que eran «claros los términos literales de la expuesta cláusula, suficientes para investigar su sentido sin necesidad de acudir a otras disposiciones del propio testamento ajenas a ella, y carentes de influencia para enervarlos, la Sala sentenciadora...».

¿Se da tal claridad literal en la cláusula quinta del testamento abierto objeto de este dictamen?

La duda se plantea en un solo punto: *Si alguna de las asignaciones que hace el testador a varios de sus herederos «en pago, a cuenta de su haber», excede de una séptima parte de la herencia, ¿debe el asignatario abonar en metálico a sus coherederos el montante que lleve de más?*

Los dos prestigiosos jurisconsultos respectivamente consultados por los coherederos de opinión contrapuesta, han emitido también dictámenes contradictorios sobre este punto.

El primeramente consultado entiende de ese modo la cláusula quinta del testamento notarial:

«*Al principio*: Dispone que los contadores-partidores «adjudiquen», «ante todo en pago», «a cuenta de su haber» y «sin perjuicio de completar las hijuelas con otros bienes», a) ...*ález*, con todos sus muebles, cuadros, armas y enseres y en general lo que existiere en el palacio; b) ...*errea*; c) ...*cla*.

»*Al final*: Insiste el testador en manifestar que los «lotes serán completamente iguales», «no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta y desea que, a ser posible, deberán figurar en cada lote, fincas y valores».

»No cabe duda, que bien se entienda que las mencionadas adjudicaciones están ya hechas (consumadas) en el testamento, o bien se consideren como mandatos para los contadores, es lo cierto que este mandato sería *imperativo*, sin facultades discrecionales ni por tanto, posibles desviaciones de ninguna clase para los contadores. El resultado, pues, es el mismo. Las tres adjudicaciones, substantivamente, tienen objeto cierto y destinatario nominal. Es una atribución de objetos (...*ález*, ...*errea*, ...*cla*) a sus respectivos sujetos de derecho, que es lo que define la titularidad».

»Pero el testador, luego de hacer esas atribuciones de propiedad, establece además el modo como han de hacerse: en esto los contadores no tienen tampoco facultades discrecionales, sino *regladas*. Las reglas de modalidad establecidas en el testamento, vinculantes para los contadores son las siguientes:

»1.^o Ha de ser una «adjudicación en pago de su haber». «*Ante todo en pago*». Nada de legados. Ha de imputarse en la respectiva hijuela.

»2.^o «A cuenta de su haber», dice al principio; y al final repite: «*Adjudicaciones a cuenta*». Es decir: la adjudicación ha de hacerse en pago, pero en pago parcial o a cuenta; no en pago total, ni mucho menos sobre-

pasando el valor de la hijuela. Después de la asignación por los contadores de los bienes ya adjudicados por el testador, los adjudicatarios han de quedar todavía acreedores de la herencia de otros bienes —fincas o valores— además de los adjudicados en testamento.

»3.^o «*Y sin perjuicio de completar sus hijuelas con otros bienes*», dice primeramente; y repite después: y «desea, que a ser posible, deberán figurara en cada lote, fincas y valores».

»Claramente se ve, por el «tenor del mismo testamento» (art. 675) que la voluntad del testador es la consideración de un lote o hijuela para cada heredero muy superior en valor al que él, en su deseo y última voluntad, da a ...*álaz*, ...*errea* y ...*ela*. Estas tres adjudicaciones no son más que un núcleo que ha de envolverse con otros bienes, que serán valores o inmuebles, para que todos lleven de todo. Los lotes o hijuelas, han de ser iguales, pero ateniéndose en todo caso al pensamiento —«advertencias»— del testador: Para los tres hijos, D, A y E, los bienes adjudicados únicamente constituyen el núcleo de su respectiva hijuela: necesitan además otros bienes que las completen.»

En cambio, el Letrado consultado en segundo lugar opina que:

«La esencial intención que, ante todo, reflejan las palabras utilizadas por el testador es la de que los haberes hereditarios correspondientes a los instituidos estén representados por siete partes iguales. Cada uno de sus siete hijos aparecen instituidos en una séptima parte. Es el caso típico en el que el fraccionamiento del patrimonio hereditario en cuotas sólo viene determinado por el número de los llamados a participar en un todo único. El testador no quiere hacer distinción ni diferencia alguna. Persigue una igualdad absoluta, mediante la división de todo entre todos.

»Este criterio de la igualdad en la institución y entre los interesados, no es sólo un punto de partida, sino la idea que en todo momento priva en las disposiciones testamentarias. Es cierto que el testador, además de instituir a sus hijos herederos por séptimas partes iguales, ordena adjudicaciones de bienes determinados a sus hijos don D (el coto redondo de ...*álaz*), doña A (la casa llamada ...*errea* en ...) y don E (la casa de la calle de ...*ela*). Pero con tales adjudicaciones, ni pretende llevar a cabo por sí la partición, ni trata tampoco de apartarse de la igualdad en los lotes, ni siquiera de interpretarla y materializarla según su punto de vista. No hay partición, porque las adjudicaciones sólo conciernen a determinados bienes y a algunos de los herederos, y congruentemente designa a los que, con el carácter de albáceas contadores-partidores, habrán de llevar a cabo las operaciones de inventario, avalúo y liquidación. No hay alteración en aquella igualdad, ni propósito de interpretarla, según su propio punto de vista, porque dirigiéndose a los contadores-partidores, les encomienda, según se lee en el párrafo segundo de la misma cláusula, que «adjudiquen ante todo en pago a cuenta de su haber y sin perjuicio de completar sus hijuelas» los bienes que señala. Con ello se pone, bien claramente, de relieve que las adjudicaciones dispuestas quedan subordinadas a los haberes previamente señalados. No se pretende superponer el criterio atributivo representado por las adjudicaciones en sí al de los haberes, sino que es éste el que prevalece.

»Pero hay más. Después de ordenar el testador lo relativo a las adjudicaciones, señalando circunstancialmente a quienes han de hacerse, con qué bienes y por que motivo, sigue preocupado con la idea fundamental de la igualdad, quiere despejar la más leve sombra de duda, y añade en el último párrafo de la cláusula 5.^a: «Insiste el testador en que los lotes serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta, y desea que, a ser posible, deberán figurar en cada lote, fincas y valores». A la vista de tan rotunda declaración es bien escaso el cometido que le resta al intérprete. Estamos en presencia de algo de suyo evidente. El testador extrema el rigor concluyente de las palabras, al servicio de una inequívoca voluntad e intención. Ya había dicho que las partes habrían de ser iguales. Ya había proclamado que las adjudicaciones quedan sometidas a los haberes. Y de nuevo vuelve sobre el tema para señalar que los lotes «serán completamente iguales». La palabra incorporada es «completamente», que equivale a totalmente, absolutamente. En realidad, no era necesario añadir «completamente». Sólo una igualdad absoluta es, gramatical y matemáticamente, una verdadera igualdad. Sin embargo, creyó oportuno decirlo aún a costa de insistir o reiterar. El mismo comprendió que se trataba de una insistencia, y por eso dijo también «insiste». E insiste, precisamente después de referirse a las adjudicaciones, para advertir que «no obstante» ellas la igualdad habrá de mantenerse. Con esto se patentiza lo que está claro desde el principio: que la igualdad de los lotes es esencial y no puede resultar alterada por las adjudicaciones. El «no obstante» tiene, pues, el significado de que, pese a las adjudicaciones, los herederos hereditarios son los que imperan como modo de fijar la participación de cada uno en la herencia. Todo lo demás, se subordina a esa exigencia. Así, en el propio inciso final del particular último de la cláusula 5.^a a que nos estamos refiriendo, advierte: «desea que, a ser posible, deberán figurar en cada lote fincas y valores». Concuerda perfectamente con lo expuesto que al formular el criterio particional de que en cada lote figuren fincas y valores, lo haga, no de manera imperativa, sino como expresión de un deseo y en la medida en que resulte posible. Las medidas de la posibilidad está representada, sin duda, por la igualdad de los lotes. Si la adjudicación de una finca no cubre la cuantía del haber asignado, será posible que la participación hereditaria se haga efectiva, también en valores. Mas no ocurriría otro tanto si la adjudicación de la finca absorbiera el total haber o excediera del mismo. Por eso la formación de los lotes con bienes de diferente naturaleza, se recomienda dentro del margen de la posibilidad, pero no se impone.

»La igualdad, tan reiteradamente proclamada, ha de tener la consiguiente traducción económica en el sentido de que todos los llamados a la herencia reciban el mismo trato y experimenten el mismo beneficio. Las adjudicaciones, se hacen sin merma de esa idea rectora. A través de ellas no se persigue el beneficio de los adjudicatarios en detrimento de los otros. Todos son herederos en igual cuantía. Consiguientemente, si la adjudicación hecha no cubre el haber correspondiente al heredero, habrá de completarse con otros bienes. Si la adjudicación coincide con el haber, no ha lugar a más. Y si excede el valor del bien adjudicado de la cuantía del ha-

ber, es pertinente la compensación en metálico a favor de los demás herederos, porque sólo de esta forma los lotes serán completamente iguales.

»La circunstancia de que el testador, al referirse a las adjudicaciones las denomine «a cuenta» y contemple singularmente el caso de que, por no representar la totalidad del haber, haya de completarse éste con otros bienes, no puede en modo alguno servir para sostener que en caso de que las adjudicaciones equivalgan al haber o le sobrepasen, no pueda darse ni sea pertinente la compensación en metálico. Esta es una hipótesis que, si se da en la realidad, porque alguno de los bienes adjudicados sea de un valor que sobrepase el del haber —como puede ocurrir—, según se indica, con el señorío de ...*días*, tiene que ser resuelta conforme a lo declarado por el testador en el sentido de que se formen lotes «completamente iguales», «no obstante las adjudicaciones». Mientras efectuándose compensaciones en metálico en aras de la igualdad de los lotes, no se hace sino llevar a cabo algo que es ineludible consecuencia de lo dispuesto por el testador, el no acudir a tales compensaciones y asignar a un heredero un bien cuyo valor excede de la séptima parte del valor del patrimonio, significaría infrigir la última y concluyente voluntad del causante.

»Para que la adjudicación de un bien determinado excluyera toda acomodación al haber a virtud de una compensación en metálico, sería preciso: o que el testador hubiera superpuesto las adjudicaciones a los haberes, considerando aquéllas como el medio de atribución y distribución preferente, o que el testador hubiera impuesto, de manera vinculante para los herederos, una determinada valoración. Mas no sólo ha omitido lo uno y lo otro, sino que, positivamente, ha hecho lo contrario.

»Antepone los haberes a las adjudicaciones, según hemos dicho y repetido. Estas últimas se han de acomodar a aquéllos. La igualdad, que la empieza proclamando respecto de las diversas instituciones en favor de sus hijos, la predica también respecto de los «propios lotes», representados por el bien o el conjunto de bienes atribuidos a cada uno. Igualdad, podría decirse, en la institución, en el llamamiento y en el pago de haber. La razón de ser de las adjudicaciones, partiendo siempre de esa idea, descansa en consideraciones o motivos que conciernen sólo a la idoneidad de la atribución de un bien a un hijo determinado, sin implicar, ni muchísimo menos que ese hijo quede sustraído al régimen general de distribución y sin pretender, por supuesto, jurídicamente ni de hecho, mejorarle.»

La circunstancia de que a dos juristas tan prestigiosos, como indiscutiblemente lo son los consultados, entiendan *con tanta claridad* la misma cláusula, *pero en sentido opuesto*, indica que seguramente tal claridad no existe si se analiza el texto desde ambos puntos de vista a la vez y no únicamente desde uno solo de ellos.

El testador, al hacer las adjudicaciones *a cuenta*, prevé que las asignaciones sean menores que el *haber* de los asignatarios, pero no contempla la hipótesis contraria de que alguna adjudicación exceda del valor de una séptima parte de la herencia.

¿Por qué esta falta de previsión? ¿Indica algo tal omisión? ¿Puede deducirse de ella alguna consecuencia? ¿Establece el testador, *contrario sensu*, una hipotética excepción a su criterio de igualdad para el supuesto de

que alguna de las asignaciones sea mayor de una séptima parte de su herencia?

Sin embargo, la regla general de igualdad, es *reiterada* por el testador en la misma cláusula después de hacer las adjudicaciones, al insistir en que «*los lotes serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta*».

¿Cómo armonizar, pues, esa reiteración de la voluntad del testador de que los lotes sean *completamente iguales*, con la doble circunstancia de su previsión de que se complementarán las adjudicaciones menores a una séptima parte y de su completo silencio acerca de la devolución del posible exceso, a pesar de que se nos presenta como un hecho evidente que la tasaación del valor en venta de una de las asignaciones era ya entonces indudablemente superior a una séptima parte de la herencia?

¿Fue sólo una involuntaria omisión literal?

Se debió a una errónea apreciación del testador de que no era prácticamente posible que ninguna de las adjudicaciones que establecía fuera superior al valor de una séptima parte de la herencia, por creerlas todas menores?

Quiso indicar que en caso alguno consideraba valorable ninguna de las asignaciones, por él especificadas, en más de una séptima parte de su herencia?

Si llegar a este extremo de imponer su criterio de valoración máxima, quiso, por lo menos, indicar que, según el criterio valorativo que debían aplicar los contadores-partidores, no creía probable que ni siquiera la asignación de mayor valor pudiera exceder de la séptima parte?

Si el testador únicamente hubiese dispuesto que las adjudicaciones las hacía «en pago, a cuenta de su haber», sin prever que en caso de defecto o de exceso respectivamente se complementarán los lotes respectivos o se compensará el exceso a los demás, así se debería entender ordenado por el solo hecho de haber dispuesto *a cuenta de su haber* las adjudicaciones. Pero, en el supuesto que examinamos, ha previsto expresamente el defecto en la adjudicación y nada ha dicho respecto de la posibilidad de exceso. Esta previsión parcial es la que crea el problema..., que no creemos deba ser resuelto sin intentar agotar las posibilidades de contestar a las cuatro preguntas que hemos formulado acerca de la razón o razones por las cuales el testador previó un supuesto y no el otro.

Y esto, es evidente que, no nos lo aclara, la interpretación gramatical de la cláusula. Hay que acudir, pues, —conforme al segundo inciso del § 2.^o del artículo 675 C. c.— a «lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». Hay que buscar la *intención* del testador, acudiendo —conforme la jurisprudencia antes citada— a los elementos interpretativos lógico, sistemático y finalista.

Un criterio lógico, aplicado a la interpretación de la cláusula disputada, nos ofrece una solución para la hipótesis extrema de que no sea posible resolver por camino alguno la duda planteada. Consiste en ponderar, de una parte, una disposición terminante y reiterada disponiendo la igualdad y, de otra, una disposición incompleta que puede inducir a estimar una posible excepción a ese criterio de igualdad. Parece claro que, en último extremo,

mo, de no poderse resolver de modo alguno la duda, esa hipotética y discutible excepción no podrá imponerse a la regla general cierta y rotunda. Pero lo que no puede resolvernos por sí sola la lógica, aplicada a la interpretación de la cláusula, es si la duda es irresoluble, porque no puede brindarnos criterio alguno para aclararnos si aquella omisión fue debida a una involuntaria inexpresión literal o a un error de cálculo, o bien fue expresión *contrario sensu* de un límite a la valoración de alguno de los lotes, o tal vez fue indicación de un criterio valorativo con el cual el exceso de valor no sería posible.

El criterio sistemático nada resuelve en nuestro caso, como no sea ofreciéndonos indirectamente la posibilidad de alguna solución a través de la designación de contadores-partidores, contenida en la cláusula quinta, o de la formulación de memorias testamentarias, que se reserva en la cláusula octava. Es decir, por este camino, no hallamos solución alguna sino tan solo la posibilidad de continuar en su busca utilizando otras nuevas vías.

El elemento teleológico o finalista nos ofrece, en cambio, mayor interés. Aparece claro que la voluntad del testador perseguía dos finalidades, tal vez no fáciles de armonizar: El reparto por igual de sus bienes entre sus siete hijos, de una parte, y el mantenimiento de su finca más querida, del solar donde deseaba que reposaran sus restos mortales —según dice la cláusula segunda— indiviso e íntegro en la sola mano de su hijo varón primogénito, de otra. Para lograr esa segunda finalidad, no bastaba al testador adjudicar el antiguo señorío sólo a su hijo don José María, sino que sería necesario, además, que éste pudiera conservarlo íntegro sin tener que vender parte de las tierras para abonar un exceso de adjudicación por un importe superior a sus posibilidades de prudente padre de familia.

Este último planteamiento, en lugar de ayudarnos a resolver las vacilaciones, nos las acentúa, si cabe. Las dudas que plantea el examen literal de la cláusula quinta, ¿fueron debidas, realmente, a que había una contradicción en la misma intención del testador por querer éste a la vez dos cosas incompatibles entre sí?; ¿en lugar de ser fruto de un defecto de expresión, la incertidumbre literal refleja exactamente un estado de ánimo del testador, de incertidumbre que no llegó a resolver, porque éste no consiguió ponerse de acuerdo consigo mismo, acerca de la ponderación equilibrada de sus deseos inarmonizables de un modo totalmente satisfactorio para él?

Creemos que esto es lo más probable. Pero, entonces, para resolver ese problema, que el texto del testamento por sí solo no nos soluciona, únicamente cabe otear la posibilidad de acudir a otras vías. Intuimos dos, que tal vez sólo sean practicables combinadamente, es decir, aprovechando ambas. Son: los medios extrínsecos de interpretación del testamento y la posible mayor autonomía interpretativa *extra tabulas* de los contadores-partidores. Veámos las respectivas posibilidades de ambos medios.

Respecto al primero, ¿con qué elementos extrínsecos contamos para completar la interpretación de la intención del testador, que su testamento nos deja dudosa?, ¿hasta qué punto podemos utilizar tales elementos y qué valor podemos atribuir a cada uno de ellos?

A primera vista, por los antecedentes examinados, contamos con los

siguientes elementos extrínsecos, de cuya posible utilización debemos hacer un problema previo:

- a) El extracto autógrafo que hizo el propio causante de su testamento.
- b) Su conocimiento, con posterioridad al testamento, del superior valor de ...*álaz*, que parecen probar las declaraciones escritas del administrador y del perito agrícola que le indicó aproximadamente cuál creía que era el valor en venta de dicha finca.
- c) El concepto que tenía de su función como titular de ...*álaz*.
- d) Las notas autógrafas del mismo testador comprensivas de valoraciones.

¿Cabe atribuirles algún valor interpretativo y, en caso afirmativo, qué podemos deducir de su utilización a dicho fin?

Del posible valor interpretativo y particional de las notas comprensivas de valoraciones nos ocuparemos después de modo especial. De momento, vamos a limitarnos a apreciar los otros tres elementos interpretativos extrínsecos.

El *extracto autógrafo del testamento* fue valorado por el ilustre jurisconsulto consultado por el hijo varón mayor, del siguiente modo:

«Tiene valor de *papel privado (instrumenta domestica)* del art. 1.228 del Código civil, pues está todo él manuscrito por el testador.

»No vale, ni pretende valer, como testamento. Pero tiene un valor, dada su autenticidad, de fijación de criterio para los contadores.

»El testador no copia al pie de la letra su testamento. Lo reproduce de memoria, ateniéndose a la seguridad, más que de su memoria, de su voluntad. Y dice: «Dispongo que mis bienes sean repartidos por séptimas e iguales partes entre mis siete hijos... con las *advertencias* siguientes»: El párrafo contiene una regla general con sus excepciones, que el testador llama «*advertencias*». *Regla general*: la igualdad. *Excepciones*: a) Señorío de ...*álaz*; b) ...*errea*; c) ...*ela* ...»

»Este escrito privado confirma la adjudicación que de conformidad con el artículo 1.056 del Código civil, con carácter excepcional, hace el testador en su testamento «de parte» de su bienes. (Cláusula quinta.)»

Dejando de lado la imposibilidad de asignar ni la menor eficacia modificativa de un testamento al extracto autógrafo del mismo debido al propio testador, si éste, a su vez, no reúne todos los requisitos del testamento ológrafo (en el extracto de referencia faltan la fecha, la firma del testador e incluso la voluntad de testar, pues sólo se trata de resumir de memoria lo dispuesto solemnemente), es muy discutible el valor interpretativo que pueda atribuirse. Pero, además, en el caso que examinamos, no creemos que el extracto en cuestión nos ofrezca ningún dato nuevo que pueda aclararnos las dudas del testamento. Las *advertencias* no creemos que puedan interpretarse como *excepciones a la igualdad*, sino sólo como anticipos parciales de voluntad particional. Luego no hay una regla general de igualdad y una excepción de desigualdad, sino una regla general de *indivisión previa* y una excepción de previa adjudicación.

El conocimiento que tuvo el testador en el verano de 1954 del posible valor en venta de ...álaz, tampoco puede considerarse decisivo en ningún sentido. Parece cierto que el conocimiento de esa posibilidad preocupó al

testador, quien pidió una peritación del monto de ...álaz a don A. E.... y basándose en ella escribió unas notas valorando la finca.

De ello, a lo más, puede deducirse que el testador al otorgar su testamento no sospechaba que ...álaz pudiera sobrepasar de una séptima parte de su haber. Es decir, que el testador, no previó la posibilidad del abono de excesos en metálico. Lo demás es congetural. Pudo aclarar el testamento otorgando otro, pero no lo hizo. Pudo redactar otras memorias testamentarias al mismo objeto, y tampoco llegó a verificarlo. Sólo escribió las notas autógrafas, de cuyo posible valor nos ocuparemos después. Dejamos, pues, aplazado hasta entonces la valoración de ese conocimiento posterior a su testamento.

El sentido que el causante daba a su propiedad del antiguo Señorío de ...álaz, no sólo resulta de su recomendación a su hijo varón primogénito de que «lo mire con cariño y lo conserve y mejore» (cláusula quinta) y de la expresión de su deseo de que sus restos mortales descansen en el Panteón que tiene allí, «celebrándose en aquella Iglesia el día de su entierro y todos los años en el aniversario de su fallecimiento, un funeral en igual forma de los que se vienen celebrando por los antepasados de la familia» (cláusula segunda, encargo que creemos debe ser referido especialmente al adjudicatario de ...álaz), contenidas en su testamento, o de sus memorias testamentarias primera (legado a la Iglesia de ...álaz de una lámpara de cristal de unas quince mil pesetas de valor) y tercera (entrega el día del entierro de una pequeña cantidad a cada uno de los caseros de ...álaz para que encomienden en sus oraciones el alma del testador) —disposiciones que en el extracto de su testamento abierto dice erróneamente haber otorgado en éste—, sino que, especialmente, destaca de su propia conducta, que no es la de simple propietario, sino de auténtico Señor de ...álaz con verdadero sentido de los deberes sociales y morales a que su posición le obliga moralmente, como resulta de las *partidas de gastos anuales de ...álaz*, escritas por el propio testador en una de sus notas autógrafas, de la que después hemos de ocuparnos, entre las que figuran una subvención a la Escuela, el gasto del alumbrado público, una renta para el Párroco y donativos a la Parroquia y los Capuchinos.

Parece, por esos datos, que es cierta la apreciación de un teólogo, moralista y jurista, también consultado por el hijo adjudicatario, de que el testador «quiso salvar la entidad moral que es ese Señorío».

De ello cabe deducir, no sólo la voluntad —suficientemente expresada por el testador— de transmitir unido e íntegro ...álaz, sino también que, al adjudicarlo a su hijo D, contaba con que éste continuaría en el ejercicio de las mismas funciones que él había ejercido y aceptaría con amor las cargas morales inherentes al Señorío. Circunstancias que creemos no pueden dejar de ser tenidas muy en cuenta por los contadores-partidores a la hora de ejercer su misión. Pero de las cuales, por lo menos de momento, no podemos sacar otras consecuencias, aunque luego volveremos sobre este punto.

El otro posible medio para solucionar las dudas del testamento, lo intuimos en la función de los albaceas, contadores-partidores designados por el testador en la cláusula séptima de su testamento, en cuyo párrafo primero: «Prohibe toda intervención judicial en los asuntos de esta testamen-

tarfa... y faculta a los Albaceas, Contadores, Partidores que luego nombrá para que puedan practicar, sin intervención de los herederos instituidos ni sus representantes legales, todas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación, liquidando previamente si fuera preciso la sociedad conyugal con la esposa del testador o sus derecho-habientes». Con algunas variaciones, refiere ese encargo el testador en su extracto autógrafo de su testamento: «Nombro Albaceas Testamentarios a mis sobrinos, F... C... y A... A.... quienes resolverán cuantas dudas encontraren mi viuda y mi hijo D al hacer el reparto de mis bienes. Prohibo terminantemente que en este reparto intervengán los Tribunales, hasta el punto de declarar desheredado al que pretendiere acudir a ellos».

Este hecho nos obliga a estudiar: *si cabe atribuir a los contadores-partidores funciones interpretativas del testamento*; qué límites tienen en el ejercicio de las mismas, y cuál es el valor de la interpretación que establezcan.

En la S. de 12 diciembre 1906, ante un recurso de casación interpuesto por quien se creía heredero pero no fue reconocido como tal por los albaceas al ejecutar el testamento, el Tribunal Supremo rechazó tal recurso, considerando que «dicha estimación fundada, no en facultad alguna especial que para ello confiriese el testador a los albaceas, sino en aquella propia voluntad, interpretada como ha de interpretarse cualquier testamento para su cumplimiento, es manifiesto que [ha de estimarse válida] mientras el actual recurrente no lleve esta cuestión a los Tribunales directamente y en debida forma, con la citación de todos los interesados en su resolución, si considera que ha sido aquella mal entendida y aplicada...», y que produce «un estado de derecho nacido, no del uso de facultades atribuidas indebidamente a los albaceas de don R. P., sino del cumplimiento dado por éstos a la voluntad del testador, sin que su recta o desacertada inteligencia haya sido hasta ahora planteada como cuestión en el correspondiente juicio...».

La Dirección General de los Registros y el Notariado, también ha aceptado, muy reiteradamente, la facultad interpretativa del testamento del causante por sus albaceas contadores-partidores. Así: en la R. de 4 diciembre 1905, instituidos herederos seis primos del testador «para ellos, sus hijos y descendientes» y habiendo premuerto tres de dichos primos, la Dirección acepta la interpretación, de la frase transcrita, por los albaceas-contadores en el sentido de que contenía una sustitución vulgar de los premuertos por sus hijos o descendientes, que excluida al tenerlos el derecho de acrecer. La Res. de 12 de diciembre 1912 aceptó —pese a la discrepancia de criterio del Registrador— la interpretación hecha por los contadores que, combinando los dos testamentos del causante, estimaron que subsistía la institución de herederos verificada en el primer testamento en cuanto a los bienes no dispuestos en el segundo. La Dirección General ha considerado inherente al cargo de comisario, albacea contador-partidor la facultad de interpretar las cláusulas testamentarias, de modo que cuando la voluntad del testador sea susceptible de varias interpretaciones, la interpretación que ellos formulen debe inscribirse y causar un estado de derecho mientras no sea debidamente impugnada (RR. 29 abril 1913, 9 marzo 1921, 23 julio 1925, 12 di-

ciembre 1927, 11 diciembre 1929, 14 septiembre 1934, 15 julio 1943, 28 marzo 1944, 28 abril 1945, 17 diciembre 1955).

Este criterio es adoptado por los autores que se han ocupado del tema. Así: ESCOBAR DE LA RIVA (*Partición por Comisario*, en «R. C. D. I», año XIII, julio 1940, pág. 394), ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado*, vol. II: «Sucesiones», cap. XII, Madrid 1948, págs. 408 y ss.), SÁENZ DE SANTA MARÍA TINTURÉ (*Notas sobre los albaceas y contadores-partidores*, en «A. D. C.», VI-II, abril-junio 1953, págs. 397 y ss.) y LACRUZ BERDEJO y SANCHÍO REBULLIDA (*Derecho de Sucesiones. Parte General*, Barcelona 1961, 65, núm. 393, págs. 504 y ss.). El segundo es el que más extensamente ha tratado de esta cuestión y la de los límites de la función interpretativa, que, a saber: a) Debe ajustarse a la ley y al contenido del propio testamento. b) No impedir las acciones de impugnación de los interesados. c) Realizarse dentro del plazo o sus prórrogas y antes de agotar su cometido.

Creemos de especial interés aclarar dos cuestiones relacionadas con los dos primeros límites indicados. Conviene precisar cuándo puede estimarse ajustada a la ley la interpretación hecha por los contadores-partidores. Y es conveniente señalar qué condiciones se requieren para que la impugnación de la interpretación pueda triunfar contra el criterio de los contadores-partidores.

No hay duda de que éstos en su interpretación no pueden incumplir disposición legal prohibitiva alguna, ni aun ajustándose a la intención del testador. Legítimas, reservas, prohibición de toda condición inmoral o de la delegación de la facultad de testar, etc., deben ser indiscutiblemente respetadas. Pero la cuestión ofrece especial interés por lo que se refiere a las normas del artículo 675 C. c. Nos parece claro que los contadores-partidores solamente podrán realizar el esfuerzo interpretativo que expresa el inciso segundo del párrafo primero, de este artículo cuando no se dé el supuesto del primer inciso, es decir, cuando haya que *resolver o decidir sobre una cuestión dudosa* (como precisa la R. 23 julio 1925). También nos parece indudable que, en caso de existir la cuestión dudosa, deben seguir las indicaciones del segundo inciso del mismo párrafo del artículo 675 C. c. en busca de la intención del testador.

El punto a discutir lo hallamos en el supuesto de que agotadas las posibilidades del tenor del testamento —examinado literal, lógica, sistemática y teleológicamente— siga subsistiendo la duda. ¿Tienen en ese caso los contadores-partidores mayor autonomía para apoyarse en medios extrínsecos de prueba?

Sinceramente, dada la necesidad de resolver las dudas y la confianza depositada en ellos por el testador, opinamos que sí, con tal de que sea observado este límite: *La duda debe estar planteada y no resuelta en el tenor del testamento, sin haberse podido resolver tampoco intrínsecamente por medios lógicos, sistemáticos ni teleológicos*. Si la duda puede resolverse intrínsecamente no cabe acudir a complementarla extrínsecamente sin infringir el artículo 675, y si la duda no se ha planteado en el tenor del testamento tampoco puede resolverse extrínsecamente sin infringir los artículos 670 y 687 del C. c., que determinan el carácter personalísimo y el carácter formal del testamento. El contador-partidor no puede integrar el testamento resolviendo

las dudas que plantea no su tenor, sino su falta de previsión. Puede resolver, en cambio, las dudas dimanantes de aquellas cuestiones planteadas por el mismo tenor del testamento, pero que éste deja sin resolver, bien sea por contradicción interna o por obscuridad en la expresión.

Por lo tanto, en el caso que dictaminamos, creemos indudable que los contadores-partidores podrán valorar —a efectos interpretativos de la duda que la cláusula quinta del testamento deja sin resolver— los datos extrínsecos a que antes hemos hecho referencia, con unas posibilidades tanto mayores cuanto mayor sea su conocimiento del causante y de sus intenciones.

El otro punto que deseamos aclarar es el relativo a los requisitos necesarios para que frente a la interpretación de los contadores-partidores pueda prevalecer la impugnación judicial promovida por los herederos. Partimos del supuesto de que la interpretación discutida se refiera a un punto dudoso del testamento y no sea contraria a ninguna disposición legal. Tratamos, pues, de determinar el *valor* de la interpretación hecha por los contadores partidores dentro del ámbito de sus facultades.

Acabamos de ver que la Dirección General de Registros entiende que dicha interpretación es inscribible aún contra la opinión interpretativa del Registrador y que causa estado jurídico mientras no sea eficazmente impugnada.

Aparte de ese *valor*, entendemos que cabe atribuirle otro, tal vez aún de mayor entidad. El Tribunal Supremo ha establecido cierta escala valorativa de las interpretaciones testamentarias, según por quien sean hechas. La S. de 2 noviembre 1957 afirma que «aun cuando sean de igual categoría la interpretación de una Sala y la del recurrente en casación, la lógica y el derecho imponen la preferencia a la primera»; y la S. de 23 del mismo mes y año considera «que la doctrina jurisprudencial tiene repetidamente declarado qué, cuando se trata de interpretación de cláusulas testamentarias, debe prevalecer el criterio del Tribunal *a quo*, en tanto no resulte manifiestamente erróneo por contrariar de modo ostensible la voluntad del testador» (como ocurría en el caso en ella contemplado).

¿Cabe aplicar igual criterio cuando la opinión del impugnante se enfrente no con el criterio de una Sala, sino con el de un albacea contador-partidor? Creemos que sí, y así lo entendemos porque, además, estimamos que, en iguales circunstancias, la interpretación de éste ha de prevalecer en casación incluso sobre la del Tribunal *a quo*, pues ello será siempre, en caso de duda, más acorde a la voluntad del testador, dado que éste fue precisamente a dicho albacea contador-partidor a quien confió la ejecución y, por ende, la interpretación de su testamento, excluyendo, con su designación, la intervención de los Tribunales (naturalmente en cuanto aquél no vulnerare claramente su voluntad o la ley).

Vistas las posibilidades de los albaceas contadores-partidores para resolver la duda planteada por la cláusula quinta del testamento en cuestión y cuáles son los medios extrínsecos a que pueden acudir, e, incluso, ponderada por nosotros la inocuidad de los dos primeros medios examinados, antes de pasar adelante nos conviene detenernos en otra cuestión.

Se trata de que la duda principal que suscita este dictamen puede ser resuelta —a juicio nuestro—, bien sea en todo o solo en parte, por dos ca-

minos: uno, interpretativo de la voluntad sustancialmente dispositiva del testador; otro, interpretativo de su criterio ejecutivo, particional o valorativo. Trataremos, especialmente en los dos siguientes epígrafes, de distinguir estos dos aspectos de la voluntad del testador, observando que si bien el primero solo afecta a la adjudicación de ...*díaz*, el segundo, además tiene también interés con respecto a la valoración de las demás adjudicaciones dispuestas por el testador, en especial las asignadas a su hija mayor doña A.

B) *Armonización de lo propiamente dispositivo y de lo ejecutivo o particional, ordenado por el testador, en caso de posible discrepancia.*

Es clásica la distinción de las disposiciones testamentarias, según sean *substantiae adiiciatur* (es decir, relativas a la institución de herederos o al conferimiento de un legado o a la imposición de un fideicomiso) o bien *executione, vel solutione* (esto es: referentes a su realización o ejecución, en caso de ser la substancia una institución de herederos; o a su prestación, de serlo un legado; o a su restitución, de serlo un fideicomiso).

Vemos establecida esta distinción, v. gr., en GREGORIO LÓPEZ (gl. 2.^a a la ley 31, T. IX, P. 6.^a), ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri commentarius*, I, 17, núm. 26), MATIENZO (*Comentariae...*, T. IV, I, I, gl. XVII, núms. 8 a 12), CÉVALLOS (*Speculum aureum...*, *quaest.* 790, núm. 29 y ss.), LUIS DE MOLINA, S. I. (*De Iustitia*, Disp. 189), CASTILLO SOTOMAYOR (*Quotidianarum Controversiarum Iuris*, Lib. IV, cap. LVI, núm. 71) y el Tribunal Supremo la ha recogido, v. gr., en la S. de 8 de junio de 1869.

Adelantaremos que el interés que tiene, para nuestro objeto, el problema planteado se dirige al examen de si es posible una total disección entre *disposición* y *partición* en el ámbito del artículo 1.056. *Ambos conceptos, teóricamente inconfundibles, pueden entrelazarse tan íntimamente en un caso dado que no sea posible determinar sus límites respectivos?* La solución de la cuestión enunciada, puede significar la confesión de que en ciertas ocasiones no hay bisturí jurídico capaz de separar lo particional de lo dispositivo cuando han sido amalgamados al amparo del artículo 1.056 del Código civil.

La mayor parte de los autores —LÓPEZ R. GÓMEZ (*Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, T. II. Valladolid 1893, págs. 261 y s.), FALCÓN (*Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, 5.^a edición, Barcelona 1897, pág. 441), MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, volumen VII, 6.^a ed., Madrid 1943, pág. 637), SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado extensamente*, vol. XVIII, Madrid 1901, pág. 445), MAURA (*Dictámenes*, T. IV, Madrid 1930, pág. 260), COVIÁN (*Partición de herencia*, en «Encyclopédia Jurídica Española», Editorial Seix, T. XXIV, págs. 359 y 382), DE BUEN (*Notas al «Curso elemental de Derecho civil»*, de COLIN Y CAPITANT, T. VIII, Madrid 1908, pág. 433), CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, 4.^a ed., para Notarías, Madrid 1939, I, 2.^a), BONET (*Comentario la S. de 6 de marzo de 1945*, en el citado volumen de la «Rev. de Dr. Priv.», pág. 450), MARÍN LÁZARO (*La partición de herencia hecha por acto «inter vivos»*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», T. CLXXVI, 2.^o semestre de 1944, pág. 231). ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, Barcelona 1948, pág. 381, y *notas al Derecho de sucesiones*, de Kipp, II, § 86, IV, I, págs. 34 y ss.),

GÓMEZ MORÁN (*Tratado teórico práctico de particiones. El ejecutor testamentario en el Derecho comparado*. Madrid 1950, págs. 250 y ss.)— entienden el artículo 1.056, en el sentido de que concede al testador una facultad ampísima para hacer la partición, sin otro límite que el respeto debido a las legítimas.

SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, VI, 3.º, 2.ª ed. Madrid 1910, págs. 1987 y ss.) y VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, 4.ª ed. Valladolid 1939, T. V., págs. 565 y ss.) distinguen la partición hecha por el causante en el mismo testamento, o en otro posterior, y la verificada en acto *inter vivos*. «Si la partición está hecha *inter vivos* —dice el segundo de estos autores— puede ser nula, rescindible o modificable, cuando no se ajuste al testamento del causante, puesto que éste es la verdadera ley, y la partición no puede ser acto modificativo del testamento; pero si la partición fuera hecha a continuación del testamento o por otro posterior con las solemnidades para testar, habrá que atenerse a ella por lo mismo que esta voluntad es la última y posterior del testador y, por consiguiente, puede prevalecer sobre la expresada en el testamento». Concluyendo SÁNCHEZ ROMÁN que «será nula, rescindible o modificable la partición formada por el propio testador, cuando sea hecha por actos *inter vivos* y no se ajuste exactamente a la ley que debió regirla que es el testamento del mismo, pues no habiéndose observado las solemnidades de Derecho en la partición que hizo el testador, sino las de los actos *inter vivos*, no obstante ser notorio el cambio de voluntad, carece de eficacia legal la manifestación de la misma realizada en el segundo acto de partición para revocar la consignada en el primero de institución o disposición testamentaria, otorgada con arreglo a Derecho».

Con mayor generalidad, afirma DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, Madrid 1932, T. III, pág. 246) que «esa autopartición del testador puede estar en contradicción con su testamento, cuya ejecución representa (a menos que hecha en otro acto con las solemnidades del testamento implique una modificación del anterior), con las bases en él establecidas, en que la misma voluntad se informe. En tales casos, como si la partición estuviera desprovista de requisitos legales, parece justo otorgar a tales herederos el derecho a impugnarla o modificarla y aún a promover el juicio de testamentariedad».

ALBALADEJO (*Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, «A. D. C.», I-III, págs. 973 y ss.), con toda decisión, se suma a la opinión de estos últimos autores, afirmando que «la partición, hágala quien quiera, no suple al testamento, ni menos se le antepone ni puede subsistir cuando no guarde conformidad con las disposiciones de aquél y se ajuste a ellas». Claro que, como ellos, reconoce (págs. 964 y s.) que «si la partición se hizo en el testamento, ya no son, como en el caso anterior (cuando la partición se hizo en acto *inter vivos*), partición y disposición casi como dos compartimientos estancos. No existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición. No han de existir tampoco por completo independientes de aquellas unas cláusulas única y exclusivamente partitivas. Ambas pueden compenetrarse. La voluntad que revela la cláusula dedicada especialmente a la partición no sólo puede servir para interpretar la manifes-

tación de voluntad dispositiva, sino que estas mismas cláusulas, en cuanto reúnan las solemnidades testamentarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva. De ellas se pueden extraer elementos que, combinados con los otros términos del testamento, modifiquen el sentido que se creyó ver en la voluntad de disposición manifestada en las cláusulas particularmente dedicadas a disponer». Mientras que, en cambio, los términos en que esté concebida la partición realizada por actos *inter vivos*, «sólo nos sirven como elementos de interpretación; pero la voluntad que de ellos se colija ha de poder entenderse que se manifiesta en el testamento para que sea eficaz».

Pero este autor, a diferencia de los anteriores, hace entrar en juego, en apoyo de su tesis, al artículo 1.075 del Código civil, dándole una interpretación distinta a la admitida hasta ahora por la doctrina.

Dice el artículo 1.075: «*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o que aparezca, o razonablemente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*».

En las transcritas palabras «que aparezca, o razonablemente se presuma, que fue otra la voluntad del testador», está la clave de la interpretación de ALBALADEJO. La mayoría de la doctrina ha entendido que significan que «aparezca, o razonablemente se presuma, haber querido el testador que su partición pueda ser impugnada por lesión»; es decir, lo contrario de lo previsto en la proposición inicial del precepto (Así: LÓPEZ R. GÓMEZ, *Op. y loc. cits.*, pág. 320; MANRESA, *Op. y vol. cits.*, pág. 760, en rel. con las págs. 638 y 749; SCAEVOLA, *Op. y vol. cits.*, pág. 448; SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. y vol. cits.*, pág. 2.114; GÓMEZ MORÁN, *Op. cit.*, pág. 271). En sentido distinto, ROCA SASTRE (*Estudios...*, II, pág. 383 y notas al Kipp, II, pág. 35), entiende que las palabras «que fue otra la voluntad del testador» se refieren a que haya habido error del causante al hacer la partición. En cambio, ALBALADEJO, apoyándose en la diferencia que media entre las expresiones «haber querido lo contrario» y «que fue otra la voluntad del testador», cree que esta última alude al supuesto de «que la partición discrepe de la disposición». Contrapone al efecto la palabra *difunto*, que en su comienzo emplea el artículo 1.075, y la palabra *testador*, con la que concluye el mismo precepto, y les atribuye un valor distinto, preciso y revelador. Para deducir que «al hablar en un mismo artículo de una misma persona, designándola como difunto y como testador, implica... que al decir testador se debe entender claramente excluida la voluntad no testamentaria del testador». Por ello, concluye: «La otra voluntad del testador», nos parece indudable que se refiere a «otra voluntad». Referirse a otra voluntad del testador, dicho hablando de la partición, y tratando precisamente de la impugnación por lesión, no es ni más ni menos que decir «que el testador haya querido otra cosa distinta de lo que la partición ejecuta», «o sea, que la voluntad dispositiva del testador sea distinta de lo que se lleva a la práctica en la partición». Entiende que, «ciertamente, siempre que la partición discrepe de la disposición, hay lesión, y siempre también que haya lesión es, por lo menos, presumible razonablemente que el testador quiso que la participación fuera impugnable por lesión, puesto

que toda lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fue otra».

Al llegar aquí nos parece que ALBALADEJO, sin darse cuenta, nos patentiza el fallo de su ingeniosa interpretación. Si la existencia de lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fue otra, el artículo 1.075, así interpretado, vendría a decir: «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 haya lesión». La antinomía, que así resultaría existir, entre la regla general del precepto y su segunda excepción, sería tan total y absoluta, que se pone en evidencia lo inaceptable de esa interpretación.

Para que haya lesión en cualquier partición es necesario y suficiente —aparte la lesión de las legítimas— que la partición no se acomode a la disposición. Por lo tanto, si el artículo 1.075 dispone que la partición hecha por el testador no pueda ser impugnada por causa de lesión, es que quiere que no sea impugnada aunque la partición no se acomode a la disposición. Sería absurdo que, después de sentar esta regla general, su segunda excepción la derogase totalmente, diciendo precisamente lo contrario con igual extensión e intensidad. Las palabras «o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador», solo puede significar que «aparezca, o racionalmente se presuma, que el testador quiso que la partición por él verificada se pudiera impugnar por causa de lesión». Es decir, que expresamente quiso cosa distinta a la determinada en la regla general expresada en el encabezamiento del propio precepto legal. Excepción que delimita, pero no borra ni elimina, la regla general que presume, en el causante-partidor, una intención determinada. Pero solo con presunción *iuris tantum*; que, por lo tanto, admite prueba en contrario. Entendiéndose por prueba no solo la expresa declaración del testador, sino cualquiera otra indicaria que sea racional. Es decir, que racionalmente se presuma que quiso otra cosa, que fue otra su voluntad, distinta de la que se traduciría en aceptar la no impugnabilidad por lesión de la partición por él verificada. No basta, por tanto, que exista disparidad entre la disposición y la partición hechas por el testador. Para poder impugnar ésta por lesión hace falta, además, que resulte, o racionalmente se deduzca, que el propio causante quisó que esa disparidad fuera motivo suficiente para dar lugar a la impugnación por lesión.

Antes hemos reconocido que teóricamente es intachable la distinción entre *disposición* y *partición*. No obstante, prácticamente, hemos visto cómo el mismo ALBALADEJO reconoce que no siempre es neta y diáfana, ya que cuando la partición se contenga en testamento puede encerrarse en ella una voluntad dispositiva. Ahora vamos a observar que, en la aplicación práctica del artículo 1.056, se enturbia esa distinción por la relatividad que suponen la determinación de cualquier valor y la precisión del momento de su fijación.

En Derecho sucesorio la voluntad del testador es ley de la sucesión, en cuanto no choque con normas de Derecho necesario. El testador fuera del límite de las legítimas y reservas puede disponer libremente. No es esencial que los herederos reciban una parte del activo hereditario exactamente pro-

porcional a sus cuotas respectivas. El testador, mediante el otorgamiento de legados y mejoras, o de donaciones no colacionables, puede dar lugar a dicha desproporción. Partiendo de esas dos premisas, no vemos inconveniente en que el testador, que tiene libertad de disposición de sus bienes, mientras no lesione las legítimas debidas, pueda verificar la partición dando a los bienes el valor que subjetivamente estime que les corresponda, y tampoco vemos obstáculo en que pueda realizar dicha valoración refiriéndola a cualquier otro momento distinto del de la delación.

Tratándose de disposiciones de Derecho necesario, la ley no puede dejar los problemas de valoración, que pueden plantearse, a la particular apreciación de una sola de las partes interesadas. En esos supuestos la valoración debe hacerse lo más objetivamente posible. En caso de entablarse el litigio será el juzgador quien deba resolver, atendiendo a las cotizaciones y demás datos oficiales o a las tasaciones hechas por peritos ritamente nombrados.

Pero en el campo de la libre disposición del causante no hay razón para imponerle ningún criterio de valoración, aunque sea más objetivo que el suyo. Su voluntad es ley de la sucesión tanto para disponer como para asignar bienes, como para valorarlos y elegir el momento de dicha valoración.

Su único límite lo constituye el respeto a las legítimas debidas. Sólo ante el cálculo de éstas se detiene su libertad de valoración y de elección del momento al que debe referirse. La legítima es institución de Derecho necesario, su cálculo debe hacerse conforme la ley ordena y en el momento por ella determinado. No así el cálculo de las cuotas partes de la herencia.

Así resulta del artículo 1.046 Ley de Enjuiciamiento Civil: «Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, *avalúo*, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse a ellas. Lo mismo deberán hacer los herederos forzados siempre que no resulten perjudicados o gravados en sus legítimas».

Estos razonamientos los escribimos hace tiempo en nuestros *Apuntes de Derecho sucesorio* (II, 2.^a. C, págs. 186 y ss.). Después se han ocupado de este tema MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (*Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto «inter vivos»*, en «R. D. P.», 1954, páginas 494 y ss.) y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho de Sucesiones. Parte general*, cap. XV, § 64, núm. 388, págs. 491 y ss.).

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ acepta, en principio, nuestra solución; pero cree que no conduce a esa confusión práctica entre partición y disposición, sino más bien a la necesidad de delimitar el concepto legal de partición. Para la debida efectividad de esta idea es necesario —dice— poner un límite a la tesis admitida: la libertad de valoración debe quedar restringida a la propia necesidad y finalidad de la evaluación, es decir, no debe servir para disfrazar o envolver un auténtico acto dispositivo incompatible con la esencia de la partición; por consiguiente: 1.^a La libertad se debe mover en un campo estrictamente valorativo. La suma de los valores asignados a los bienes integrantes de cada lote debe guardar, en relación con el valor que se dé al total de los bienes partidos, una proporción idéntica a la que exista entre la cuota que corresponda al adjudicatario del lote y el hereditario total. 2.^a Para asegurar la efectividad de este criterio hay que concluir que no se

protege la libertad valorativa del testador cuando sea utilizada para disfrazar auténticos actos dispositivos, es decir, cuando las valoraciones hechas no puedan razonablemente ser referidas a criterios evaluatorios admisibles, aun en un terreno puramente subjetivo, ni al deseo de ajustar la valoración a un momento distinto al de la muerte del testador. 3.^o En el caso de que el testador haya hecho la adjudicaciones sin valorar los bienes, la discordancia entre los lotes formados y los que resultarían en una valoración objetiva debe presumirse debida a una recta utilización de la libertad valorativa de que disfruta el testador.

Por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (precisamente en la citada obra que forma parte del *Tratado teórico práctico de Derecho civil*, de LACRUZ y de ALBALADEJO) se acepta que «el artículo 1.056 admite una interpretación plenamente congruente con el 1.075, tal como a este lo viene entendiendo la doctrina y tal como es necesario entenderlo para que tenga positivo sentido normativo; la clave de esta solución está también en la consideración de la partición como negocio incompleto, anejo y complementario al testamento. Entonces, cuando hay discordancia entre partición y testamento, debida a una valoración irreal, subjetiva, del testador, no es impugnable aun cuando la lesión exceda de la cuarta parte.»

El Tribunal Supremo ha confirmado que no cabe rescisión por lesión en las particiones hechas por el testador, a no ser que resultare perjuicio en las legítimas de los herederos forzados o que aparezca o razonablemente se presuma que el testador quiso que fuera posible dicha rescisión.

Es cierto que la Sentencia de 13 de junio de 1903, en uno de sus considerandos, afirmó que «la partición así hecha habrá de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal a cuyas reglas fundamentales y llamamientos de los interesados deberá acomodarse la partición». Pero, fijémonos bien en que ese considerando solo habla de «las reglas fundamentales» y de los «llamamientos de los interesados». Ello es lógico, pues, para la eficacia la partición hecha al amparo del artículo 1.056 se requiere que sea otorgada en testamento, o bien que se apoye en un testamento anterior o se ratifique en uno posterior. Consiguientemente la partición verificada en acto *inter vivos*, que tenga por base un testamento anterior, mal podrá apoyarse en éste si no se acomoda a sus «reglas fundamentales» y a «los llamamientos de los interesados» allí dispuestos. Pero eso no significa ni puede significar, si no se quiere privar a esa forma particional de la finalidad principal perseguida al utilizarla, que se limite al testador su facultad de calcular a su libre discreción el valor de los bienes que componen su haber y referirlo al momento que estime conveniente.

También es cierto que la recientísima S. de 28 de junio de 1961, en uno de sus considerandos, al aludir a la amplia libertad del testador en la distribución valorativa, según el artículo 1.056, observa —con invocación de la citada S. 13 junio 1903— que admite «como medio normal único de impugnación la acción por lesión en más de una cuarta parte». Pero se trata de un simple *obiter dictum*.

En cambio, las Ss. 28 diciembre 1896, 17 mayo 1910, 11 marzo 1922, 8 mayo 1926, 3 diciembre 1931, 7 enero 1942 y 6 marzo 1945, han sostenido la amplia libertad del testador para partir sin otro límite que el de respetar

las legítimas. Especialmente es de interés, en este como en otros extremos relativos a la partición hecha por el testador, la magistral Sentencia de 6 de marzo de 1945, de la que fue ponente el maestro Castán. En ella se afirma que el Código otorga al testador una amplia libertad, no solo en la disposición cualitativa de los lotes, «sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte». Y, que si en el recurso, la rescisión pretende orientarse «hacia la lesión anormal o en más de la cuarta parte, al amparo de los artículos 1.073 y 1.074 del Código, chocará irremisiblemente... con el obstáculo insuperable que el artículo 1.075, como *lex specialis*, opone a la aplicación de esos otros invocados artículos 1.073 y 1074».

Pero de esa libertad valorativa del causante, según su personal y subjetivo criterio, es discutible que puedan deducirse consecuencias para el supuesto que dictaminamos. Luego veremos si puede aplicarse a la valoración de *...alaz* contenida en una de las notas autógrafas del testador. Ahora, sólo diremos, con relación a las asignaciones hechas en el testamento, que por haberse determinado *a cuenta*, no parece posible plantearlas como acto particional propiamente dicho, sino únicamente como una *praeceptio*, que —como dice BIONDO BONDI (*Successione Testamentaria-Donazioni*, Milán 1943, n.º 86, págs. 221 y ss)— aparece como una detacción de la masa hereditaria que el causante autoriza a un coheredero con carácter previo al acto propiamente dicho de la división, a imputar al efectuar ésta a su correspondiente cuota. Podría decirse de ellas algo parecido a lo que ha dicho hace muy poco la S. 9 marzo 1961: «Como quiera que del estudio del testamento de la causante se desprende que la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio, y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes, es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte, no pueda estimarse realizada la partición de la herencia por el causante y no cabe aplicar el precepto del párrafo 1.º del artículo 1.056 del Código civil».

Si se afirmase que, al asignar el testador los bienes (previamente adjudicados) excluyendo la devolución de diferencias de valor por exceso, ha verificado éste una partición parcial, a la que será aplicable la doctrina del artículo 1.075 C. c. en el sentido que hemos visto interpretado por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia, deberíamos responder que, precisamente, lo que aún no hemos resuelto es si la cláusula quinta del testamento excluye toda posible devolución de exceso de la asignación sobre la cuota del asignante. Por ello, a menos de incurrir en petición de principio, no podemos deducir aquella consecuencia.

C) *Valor de las notas autógrafas del testador referentes a su partición que no reúnen los requisitos del testamento ológrafo ni de las memorias testamentarias.*

El testador dejó, además de su testamento abierto y del extracto autó-

grafo de éste, unas memorias testamentarias y unas notas autógrafas valorativas de algunas fincas.

No nos ofrece duda la validez de las memorias testamentarias. Estas están escritas y firmadas de su puño y letra por el testador y van encabezadas con las palabras «Jesus, José y María» previstas en la cláusula octava de su testamento. Es cierto que no se hallan fechadas, requisito necesario según el artículo 688 C. c. para el testamento clógrafo, y que conforme al artículo 672 del Código civil se aplica también a las cédulas y papeles privados del testador. Pero en Navarra la costumbre ha admitido el valor de las memorias testamentarias sin necesidad de que vayan fechadas. El reciente Anteproyecto de Fueno Recopilado de Navarra así las recoge en sus leyes 249, 250 y 251, que dicen así:

Ley 249: «*Otorgamiento.—Podrán otorgarse memorias testamentarias como rectificación o complemento de un testamento anterior, siempre que en éste se hubiere reservado el testador la facultad de otorgarlas, determinando a la vez las señales que habrán de contener para su eficacia.*

Ley 250: «*Contenido.—En las memorias testamentarias no podrán hacerse, modificaciones ni revocarse instituciones de heredero, señalamientos de legítima foral, sustituciones ni desheredaciones. Podrán, en cambio, establecerse y modificarse las disposiciones testamentarias de otra clase.*

Ley 251: «*Requisitos formales.—Las memorias testamentarias deberán estar firmadas en todas sus hojas por el testador o testadores, y llevar las señales prevenidas en el testamento que rectifican o complementan.*

Requisitos de fondo y forma que reúnen las memorias testamentarias del causante.

Pero, además de las memorias, que se hallaron junto a la copia simple de su testamento, y del extracto autógrafo de éste (extracto del que ya nos hemos ocupado), el testador dejó unas notas autógrafas halladas bastante tiempo después y en lugar distinto que aquéllos. Son:

Dos valoraciones de la renta líquida de ...*álaz*, con las correspondientes partidas de ingresos y gastos detalladas, escritas de puño y letra del testador, una a lápiz y otra en tinta, de las cuales la primera la titula «*Valoración*» y la segunda «*Valoración de ...álaz*», que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes», junto a las cuales apareció también una valoración de los árboles y plantas del monte de ...*álaz*, firmada en Pamplona a 18 de septiembre de 1954 por A... E..., de la que tomó el testador el dos por ciento para la partida de ingresos de la referida valoración.

Copia autógrafa del testador sin fecha ni firma de valoraciones hechas, según esa copia, por R... Z... de varias fincas de ...*ita*.

Y otra nota autógrafa, sin fecha ni firma, que dice: «He dado la forma de Memorias Testamentarias a mis últimos deseos, *por si fuera necesario*. Pero si, por acuerdo de todos mis hijos, pudieran aquéllos satisfacerse, evitando la larga, molesta y costosa tramitación que las Memorias testamentarias exigen, téngase en cuenta en el reparto, considerándolas como unas *Instrucciones* para éste».

Ninguna de estas notas autógrafas del testador está firmada por éste, ni lleva fecha ni contraseña alguna.

A los efectos de este dictamen es importantísimo determinar el valor de estas notas.

Para este fin debemos distinguir: *a) Su valor documental*: como testamentos, memorias testamentarias, particiones *parentum inter liberos*, o como *schaedulæ domesticæ*. Y *b) su valor interpretativo* de la voluntad del testador, sea en cuanto la sustancia de su disposición o sólo en cuanto su ejecución particional.

a) Documentalmente, no creemos que pueda reconocerse valor alguno a estas notas autógrafas, pues, a juicio nuestro:

a) Es indudable su ineficacia como testamento ológrafo, por lo menos por su falta de firma y de fecha.

b) Igualmente lo es su ineficacia como memorias testamentarias, por faltarles la firma del testador y la contraseña, exigida en la cláusula octava del testamento, de ir encabezadas con las palabras «Jesús, José y María».

c) Tampoco creemos válida ninguna de las valoraciones, como acto particional *inter vivos*, ni siquiera parcial, al amparo del artículo 1.056 del Código civil. Sin entrar en los requisitos de forma necesarios para que un testador regido íntegramente por el Código civil realice su partición por acto *inter vivos* —ámbito en el cual, tampoco creemos que las valoraciones de referencia pudieran valer en ese concepto por las mismas razones por las que rechazaremos su valor como *schaedulæ domesticæ*—, lo cierto es que en Derecho navarro es aplicable, como Derecho supletorio preferente, el Derecho romano que, en las Novelas XVIII y CVII, deja fuera de duda los requisitos formales mínimos de la *divissio inter liberos*.

La Novela XVIII, en su capítulo VII, propone al padre que quisiere distribuir entre sus hijos sus bienes que indique específicamente éstos, si es posible en el testamento, pero si no lo hiciere así, admite que «*le es, sin embargo lícito hacer las divisiones de los bienes que hubiere querido que se repartan, y o suscribirlas todas el mismo* (*et suscribire omnibus aut ipsum*), o procurar que las suscriban todos los hijos, entre los que dividiere los bienes, y darle con esto fe indudable a la cosa, siendo válido y firme, sin necesitar otra garantía, lo que hace en esta forma».

Y la Novela CVII, en su capítulo III, ratifica la validez de las divisiones suscritas por los hijos del distribuyente, pero además mantiene, que «*si también el mismo hubiere suscrito la división, y todo lo hubiere dejado claro mediante su firma* (*et clara omnia per suscriptionem suam fecerit*), sea también esto válido, porque también esto está ya contenido en nuestra ley».

d) ¿Valdrán como *schaedulæ domesticæ*, es decir como cédulas o papeles privados a los que se refieren los artículos 672 y 1.228 del Código civil?

El eximio jurista que a instancia del hijo don D. redactó unas notas, afirma que los *instrumenta domesticæ* es requisito *necesario y suficiente* la autografía total aunque carezcan de firma y de fecha, a diferencia del *olographum* y el *chirographum* que requieren, además de la autografía, firma y fecha o solo firma, respectivamente.

El artículo 1.228 C. c. admite que: «*Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen*».

Y la S. 5 febrero 1908 declara que el papel, encontrado entre los del finado, en que se consigna una obligación unilateral, ha de cumplirse en los términos que quiso establecerla.

Sobre esta base el mismo ilustre jurista, razona que:

«El artículo 1.228 del C. civil, que regula la fuerza probatoria de los instrumenta domestica, o papeles privados, establece que «únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito (o contra sus herederos) en todo aquello que conste con claridad».

«Ha de constar con claridad:

»1.º La autoría del documento. Está fuera de toda duda que el autor de la valoración de ...álaz es el mismo causante. Su autograffia es indiscutida.

»2.º Los destinatarios. Son los que han de «hacer el reparto de mis bienes», esto es, los contadores-partidores.

»3.º El alcance de las palabras y el propósito con que fueron escritas.

«Dice el testador: «Valoración de ...álaz, que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes.»

«La diafanidad de la frase no puede ponerse de buena fe en duda.

»a) «Valoración de ...álaz». El objeto y la significación del documento queda patente. Es un acto de *valoración*, un acto singular de partición, de los que el mismo testador enumera en la cláusula séptima como integrante de las operaciones testamentarias; inventario, *avalúo*, liquidación y adjudicación. Un acto de avalúo o valoración es lo que con toda claridad quiere hacer, y así lo expresa el testador: valoración de ...álaz. El testador, al hablar de valoración, no ignora que está realizando un acto para la partición, para «el reparto de mis bienes», dice.

»b) «Que deberá tenerse en cuenta». Aquí el testador expresa con toda energía, —que deberá— su voluntad de que tenga fuerza de obligar dicha valoración, que vincule a los que tienen que hacer el reparto de sus bienes. No es un consejo, ni una opinión; es una orden. En contra de ella, los contadores incurrirán en un acto nulo. La voluntad del testador es ley.

13.—*Valoración de ...errea.*

«Otro documento autógrafo del testador es la «Tasación de la finca denominada ...errea de ...ita.»

«En principio, son exactamente aplicables a este documento todas y cada una de las consideraciones que hemos hecho a propósito de ...álaz, tanto las derivadas del artículo 1.056 del C. civil, como las derivadas de las palabras del testador.

»La diferencia está en que el tenor del documento de ...errea denuncia claramente que es copia de otro documento al parecer firmado por R... Z... Sin embargo, ciertas palabras sitúan al documento original de R... Z... en posición de oferta. La copia autógrafa del testador ¿implica aceptación?

»*Oferta.* El documento original de don R... Z..., al parecer decía: «La presente hoja, no sé si encontrará aceptable por tasación de ...errea, por lo tanto queda a su criterio subir o bajar». Este carácter de *oferta* consta desde luego con claridad.

»*Aceptación.* La aceptación por el testador, haciendo suya la valoración de ...errea de ...ita ¿se puede deducir del hecho de que dicho testador copiara de su puño y letra el documento original de R... Z...?

»Desde luego puede deducirse; más por las facultades interpretativas de los contadores; pero ya no consta explícitamente del tenor literal del documento como en el otro documento de «valoración de ...ález», en que, en documento original y no en copia, claramente dice el testador, «que deberá tenerse en cuenta al hacerse el reparto de mis bienes». Estas palabras, tan claras y terminantes del documento de valoración de ...ález, u otras análogas, faltan totalmente en el documento de valoración de ...errea.

»Los contadores-partidores tienen en este caso necesidad de interpretar la voluntad del testador, lo que no es ni siquiera posible en el documento de valoración de ...ález.»

En cambio, el prestigiosísimo profesor y letrado que dictaminó a solicitud de otros cinco herederos, formuló su opinión contraria con estas palabras:

«Como simples papeles privados que deban de producir los efectos que determina el artículo 1.228 del Código civil, tampoco puede atribuirseles eficacia alguna en perjuicio de determinados herederos. Y ello porque el artículo 1.228, relativo a la prueba de las obligaciones, bien claramente establece que «los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad...». Sirven, pues, para imponer a quien los suscribe una determinada obligación que deberá cumplir frente a otra persona. Pero no puede ampliarse su esfera de acción tratando de extender sus efectos a terceras personas que no los han suscrito, como ocurriría en este caso, en el que no crearían obligaciones para el que los suscribió, sino para algunos de sus herederos frente a otros. En este sentido, dice MANRESA (*Comentarios al Código civil*, 5.^a ed., tomo VIII, vol. II, págs. 199 y ss.): «De esta consideración —se refiere a la de tratarse de documentos personalísimos e íntimos— y del precepto legal, se deducen dos consecuencias importantes: la una, que basta con que los papeles estén escritos por el mismo a quien pueden perjudicar; la otra, que cuando estos documentos aparezcan escritos por distinta persona, no harán prueba ninguna, a no ser que la parte para quien fueran adversos los hubiese firmado haciéndolos tuyos de este modo, y siendo en tal supuesto y no en otro, necesaria la firma para la eficacia del expresado documento, porque sólo mediante ella pueden adquirir la condición de personalísimos en que se basan las disposiciones que comentamos». Únicamente en el supuesto de que en tales documentos el testador hubiese reconocido en su contra alguna deuda u obligación frente a otro, podría tener aplicación el artículo 1.228. Pero a los efectos de sostener que se trata de una tasación-partición que deba perjudicar a algunos de los herederos frente a otros, son en absoluto inoperantes los documentos aludidos y no puede invocarse aquel precepto.»

Por nuestra parte, queremos hacer observar que del artículo 672 C. e., que alude a las cédulas y papeles privados a efectos *mortis causa*, puede deducirse la ineficacia a estos efectos de las notas autógrafas de que nos estamos ocupando.

Dice este artículo 672 que: «*Toda disposición que sobre institución de herederos, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.*»

De él se ha querido deducir, *sensu contrario*, que las cédulas o papeles privados que no contengan disposiciones sobre institución de heredero, mandas o legados no hace falta que reúnan los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo. Pero, es de observar, que un examen cuidadoso del artículo 672 convence de que este precepto exige dos requisitos: el segundo, es el indicado de la forma ológrafo, solo exigible para las cédulas o papeles sobre institución de heredero, mandas o legados; pero el primero y básico es el de *que sea referidos en el testamento* («Toda disposición que... haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados...»), aplicable a las disposiciones *mortis causa*, aunque no se trate de institución, manda o legado sino sólo de ejecución de las disposiciones del testador o de la partición de su herencia, pues de lo contrario se abriría un peligroso boquete a la garantía de madurez de certeza y de decisión firme que procuran las formalidades exigidas en las disposiciones testamentarias.

No se diga que con este criterio sacrificamos la esencia a la forma. No es así, sino que defendemos aquélla con ésta. En efecto:

¿Por qué el testador no dio forma de memorias testamentarias a las valoraciones que escribió, pero no distinguió con la contraseña prevista y ni siquiera autorizó firmándolas de su puño y letra?

El hijo asignatario del Señorío, cree intuir dos razones: Una, la preocupación del testador que, desconociendo cuánto tiempo de vida le quedaba, ignoraba, por tanto, las mutaciones de valor que podrían producirse. Otra, porque, de hacerlo con todas las formalidades legales, jurídicamente se impondría la capitalización al 4 por 100 de la renta líquida que él señalaba; y no consideró prudente obligarlo en esta forma. «Sin dar ese rigor formal —comenta dicho hijo en carta dirigida el 27 de octubre de 1961 al firmante de este dictamen—, deja al arbitrio y decisión de los contadores-partidores su capitalización al interés prudente que ellos consideren teniendo en cuenta —en el momento en que se verifique— el de las rentas de las tierras y fincas de Navarra.»

Es posible que sea así. Pero, de ser estas las razones, también pudo el testador haberlas expresado en la misma memoria testamentaria en que valoró a dichos efectos las fincas asignadas. No lo hizo y la duda permanece.

Insistimos en lo que ya hemos dicho al tratar del aspecto teleológico de la interpretación del testamento. El testador deseaba simultáneamente dos cosas hasta cierto punto incompatibles. Deseaba que sus hijos le heredasen por partes iguales y deseaba que su hijo primogénito le sucediera íntegramente en el Señorío de ...ález, sin que esto le obligara a enajenar una parte o le desnivelara el presupuesto familiar, al carecer de ahorros suficientes para compensar a sus coherederos las diferencias de adjudicación. Las valoraciones recogidas autógrafamente por el testador pero sin darles forma de memorias testamentarias ni firmarlas, confirmaron esa situación vacilante producida por la dificultad de colmar ambos deseos totalmente y a la vez.

No todos los deseos son refrendados por la voluntad. Toda persona que ha testado o piensa testar, ha tenido o tiene varios deseos que la voluntad no llegará a confirmar, sea por su imposibilidad o por su recíproca incompatibilidad. Entre los deseos que se expresan a los familiares y amigos íntimos y la voluntad que se plasma al testar, media un paso, pero un paso

separado por un abismo. El causante al redactar sus notas autógrafas sin duda deseaba la solución que en ellas desarrollaba, pero ¿llegó o no a quererlo decidida y firmemente? ¿Dio el paso definitivo que separaba *su deseo de la decisión de voluntad firme*, después de valorar todos sus *pro* y sus *contra* y de ponderar las dificultades que el incumplimiento de este deseo significaría a la realización de la completa igualdad entre todos los hijos, que también deseaba a la vez? Formalmente no lo dio; internamente no es posible saberlo, aunque más bien es de suponer que no lo dio, porque no llegó a dar forma de memoria testamentaria a esa solución, a la que pudo agregar todas las salvedades y previsiones que hubiese juzgado procedentes.

b) *Interpretativamente*, es decir, como medio extrínseco para deducir la intención del testador en punto a lo que el tenor del testamento deja en la duda, es muy posible que las referidas notas autógrafas puedan ser valoradas, especialmente por los albaceas contadores-partidores, a pesar de la falta de valor autónomo de que adolecen según acabamos de ver. De ello vamos a ocuparnos ahora, estableciendo una distinción entre la interpretación de la voluntad sustancialmente dispositiva del testador y la referente a su realización particional.

z) La aclaración de la *voluntad sustancialmente dispositiva* del testador, según el tenor de su testamento, la hemos dejado pendiente en el punto donde ésta parece inconciliablemente contradictoria. Se trata de la duda acerca del abono del exceso de adjudicación a los demás herederos en el caso previsible de que la valoración de ...*díaz* excediera de la parte viril correspondiente. Hay una regla general de igualdad; una precisión de que debe completarse la parte de los asignatarios de fincas concretas; a la par que un absoluto silencio de la hipótesis de que, en lugar de defecto, hubiere exceso de valor en alguna de las previas asignaciones, y, en fin, una reiteración —«insiste el testador»— de que los lotes «serán completamente iguales, no obstante las anteriores adjudicaciones a cuenta». ¿Aclaran la duda, esas valoraciones autógrafamente consignadas por el testador?

No dudamos de que el testador las formuló preocupado al saber, posteriormente a haber otorgado el testamento abierto, que el valor en venta de ...*díaz* posiblemente podía exceder del correspondiente a un séptimo de su herencia líquida. Luego veremos hasta qué punto pueden indicar un criterio querido por el testador para la valoración que los albaceas contadores-partidores deben realizar. Ahora lo que tratamos de apreciar, es si en caso de que, con el criterio valorativo que los contadores-partidores deberán adoptar, resultase valorada en más de una séptima parte del caudal líquido de la herencia alguna de las asignaciones verificadas por el testador, debería o no el asignatario abonar ese exceso a sus coherederos que lo recibieran de menos.

Sin perjuicio del criterio valorativo que las notas autógrafas indiquen, y que puede disminuir la probabilidad fáctica del exceso, lo cierto es que en nada nos facilitan un criterio para resolver dudas sustantivas. Siendo así, hemos agotado todas las posibilidades para resolver la antinomía cuestionada, y no tenemos más remedio que volver a la única posible solución que el criterio lógico nos brindaba. Una regla general clara, ratificada e insistida después de hacer las asignaciones concretas, no puede quedar desvirtuada por el

hecho de no haberse previsto un supuesto posible (exceso de una asignación sobre la cuota del asignatario), aunque el supuesto contrario (defecto de la asignación) haya sido previsto. Por tanto, *sin perjuicio del criterio valorativo que los contadores-partidores deban adoptar, atendiendo siempre la intención del testador, creemos que de haber exceso respecto la cuota de su adjudicatario en el valor de los bienes adjudicados, éste debería abonar a sus coherederos en metálico el montaje de lo que recibiera de exceso.*

β) La voluntad del testador referente al modo de evaluar los bienes por el valorados en sus notas autógrafas sin duda puede y debe ser interpretada teniendo en cuenta como elemento auxiliar dichas valoraciones.

Los contadores-partidores no deben considerarlas como una orden, dadas las razones antes expresadas al rechazar su eficacia como *schaedulae domesticae*. No parece que el testador haya concretado en ellas su deseo —difícil de compatibilizar con otro expreso deseo suyo— en una voluntad imperativa.

Sin embargo, nos parece evidente que indican un criterio, marcan una pauta, que de modo ponderado deben tener en cuenta los contadores-partidores, armonizándolo con el otro deseo del testador de que los lotes de sus hijos sean iguales.

No llegamos a deducir qué debía entenderse que el testador haya excluido otro criterio valorativo que no sea el de capitalizar la renta. El motivo de nuestra opinión sigue siendo el mismo, el testador no llegó a imponerlo, no formalizó su voluntad en este sentido. Pero, en cambio, creemos que los contadores-partidores deben tenerlo en cuenta dándole la debida importancia, atendiendo a la que el testador le concedió.

El testador no llegó a imponer su voluntad en esta cuestión, tal vez porque —insistimos— no llegó a decidir definitivamente su criterio, pero mostró su inclinación por un criterio, una intención no decidida, pero sí a la que su deseo se inclinaba.

La clave del dictamen se halla, pues, en la determinación del criterio valorativo, pero antes de entrar en esta cuestión, nos queda por dilucidar si los contadores partidores pueden y deben tener en cuenta los deberes morales que del testamento, las notas autógrafas y la misma conducta del testador puedan dimanar para alguno de los asignatarios, y por determinar el momento al que, a efectos particionales, debe referirse el avalúo. Seguidamente examinamos, por orden sucesivo, ambas cuestiones.

D) *¿Son valorables por los contadores-partidores, los deberes morales derivados de los deseos e intenciones deducibles en las decisiones del testador o en sus notas autógrafas?*

Se trata de una cuestión que no hemos visto estudiada por ningún autor.

Sin embargo sí que se ha estudiado la eficacia del pago verificado por el comisario o por el albacea de las obligaciones naturales del causante. La Ley 32 de Toro la aceptó, al decir que: «el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de conciencia del Testador que le dio el poder...» ESCRIBÍE (*«Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia»*, vol. II —Madrid 1874— pág. 443) explicó: «descargar la conciencia: satisfacer las obligaciones de justicia que pesan sobre alguno. Se descarga la conciencia del testador cuando se pagan sus deudas o se satisfacen sus obligaciones morales».

¿Qué decir del Código vigente? —ha preguntado AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN («El cumplimiento *post-mortem* de las obligaciones naturales», en An. Ac. Matr. del Not. X, pág. 46). El problema no ha sido objeto de atención especial por legislador —explica—, «sin que por ello deba entenderse que haya sido rechazada su viabilidad». Y termina concluyendo que, «como dice la Sentencia de 11 de junio de 1905, los albaceas deben respetar y cumplir la voluntad del testador siempre que no perjudique los derechos de los herederos forzados».

En nuestro caso, nos preocupa una cuestión parecida pero no idéntica. No es cuestión de obligaciones morales del causante. De lo que se trata, en primer lugar, es de determinar si no obstante no haber impuesto el testador como obligaciones civiles exigibles, la conservación y mejora de ...*elaz* «como el testador lo ha conservado y mejorado» (que solo ha *recomendado* a su asignatario en la cláusula 5, letra A de su testamento) ni la continuación de las prestaciones a la Iglesia y a la escuela y demás donativos, que recogió entre las cargas de ...*elaz* en la nota autógrafa de valoración de esta finca, los solos hechos de la recomendación y de la colocación en la partida de cargas al hacer la valoración, unidas al riguroso cumplimiento que el testador realizó en vida de esas cargas, supone la posibilidad de ser estimadas como obligaciones naturales por los albaceas contadores-partidores y tomadas en cuenta por éstos a efectos de valorar la adjudicación de quien moralmente debe, a juicio de ellos, cargar con su continuación.

Creemos que en este, como en general en cualquier otro punto, los albaceas contadores-partidores tienen un amplio campo para valorar la voluntad del testador, al ejecutar sus últimos deseos y, por tanto, creemos posible que consideren como carga deducible a efectos particionales los deberes morales que estimen deba cumplir el heredero al que se refieran y de cuyo voluntario cumplimiento por éste no dudó el testador.

E) Momento en que han de ser valorados los bienes integrantes del caudal partible, en general, y, específicamente, en el caso de existir asignaciones predeterminadas por el testador.

Para la computación del caudal para cálculo de las legítimas y para determinar la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones y legados la ley señala imperativamente el momento en que debe verificarse la valoración de los bienes relictos o de la cosa donada.

En cambio, salvadas las legítimas, el testador que goza de autonomía para distribuir los bienes mejorando o favoreciendo en otra forma a alguno de los llamados, además de imponer su criterio valorativo, puede evidentemente también determinar el momento al que la valoración debe referirse. Pudo, pues, el causante imponer que la valoración de las fincas asignadas se refiriera a la fecha de sus notas autógrafas. Pero, como antes hemos visto, no impuso dichas valoraciones; ni tampoco que referirse a dicha fecha las que hicieren los contadores-partidores de las fincas en cuestión.

A falta de determinación por el testador del momento al que debe referirse la valoración de los bienes de su herencia, la comunidad de riesgos entre los coherederos en indivisión señala como criterio más justo el de determinar la

valoración en el momento de la partición. Este criterio, resulta también del artículo 1.074 C. c., que al determinar la posibilidad de rescisión por lesión de la partición, atiende —para apreciar la lesión— o cuál era «el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas».

Sin embargo, cuando el testador asigna bienes concretos a determinados herederos, esos bienes asignados quedan fuera de la masa sometida a comunidad de riesgos, para afectar su *periculum* y su *commodum* exclusivamente al asignatario. Estos bienes no llegan a entrar en la comunidad hereditaria. Cuando muere el testador quedan individualizados y aunque integran su herencia no han llegado a integrar nunca la comunidad hereditaria. Así como los demás bienes salen de ésta al partir, los asignados testamentariamente no llegan a entrar porque al morir el testador quedan ya individualizados. Por eso su valoración y la del resto del caudal, a efectos de juzgar su relación con la correspondiente cuota hereditaria del asignatario, ha de referirse siempre a la fecha de la muerte del testador.

Así, en el caso que dictaminamos los contadores-partidores deberán realizar dos valoraciones referidas a momentos distintos.

Una de todo el caudal referido a la muerte del causante para determinar si los bienes por éste asignados cubren exactamente, no alcanzan o sobrepasan la cuota de su respectivo asignatario y la proporción en que quedan en defecto o en exceso.

Otra en el momento de partir, para distribuir los demás bienes no asignados entre quienes corresponde, según el criterio que el artículo 1.074 indica para juzgar la justicia de las particiones. Criterio evidentemente justo en tanto que dada la comunidad de riesgos entre los comuneros sería injusto atribuir retroactivamente a uno solo los detrimientos o los incrementos producidos durante la indivisión.

No se crea que este criterio difiere del que resulta del artículo 1.074 C. c. Al contrario, concuerda con el mismo. Si el testador adjudica u ordena la adjudicación de algún bien concreto en la cuenta del haber de un heredero, la adjudicación queda realizada en el mismo instante de deferirse la herencia, es decir, en el instante de la muerte del testador, dado el efecto retroactivo de la aceptación (art. 989 C. c.). Sin perjuicio, es claro, de la ulterior determinación particional del montante de los excesos que, dada la coincidencia de fechas de adjudicación y fallecimiento del causante, deberá referirse a este día. Ahora bien, valorados en ese día los bienes asignados específicamente, habrá que valorar también en la misma fecha los demás a efectos de determinar el montante de la respectiva cuota que cubran los asignados y, en su caso, cuál es el exceso que representen.

Vamos a referir este criterio al supuesto que dictaminamos:

...ález, ...orrea y los demás bienes del Valle de E... y la casa ...ela sólo han de valorarse a la fecha del fallecimiento del testador, a cuya fecha también ha de referirse una valoración de los demás bienes relictos a efectos de determinar el exceso o el defecto de aquellas adjudicaciones; si se da el primero, para reintegrarlo en metálico a la masa, y si el segundo, para cubrirlo con otros bienes.

La cosa es evidentemente justa. Si la casa ...ela o cualquiera de las de ...ález o ...ita hubieran resultado seriamente siniestradas, o si el monto de

...*élas* se hubiese quemado totalmente, el riesgo hubiese tenido que recaer en el adjudicatario. Igualmente, los incrementos del bosque en nuevos árboles o en crecimiento de los existentes o los beneficios de la expansión de Pamplona han de correr exclusivamente a cuenta —el *commodum* igual que el *periculum*— del adjudicatario determinado por el testador.

En cambio, para distribuir el caudal restante y para completar las cuotas de los lotes no cubiertos totalmente con la asignación testamentaria, habrá que determinar otra valoración de los bienes aún no asignados con referencia a la fecha en que se adjudiquen. No sería lógico ni admisible que los contadores por su cuenta y a su elección asignaran por su antiguo valor igual entonces, a unos herederos unos bienes que hoy tienen menos valor del que tuvieron cuando murió el causante y a otros herederos bienes que ahora tengan mayor valor del que en aquella fecha habían tenido, siendo así que todos los coherederos interesados en la masa común, como cotitulares de la masa indivisa, comparten todos los riesgos favorables y adversos de cada uno de los bienes que la integran. No pueden asignarse a unos herederos los resultados favorables y a otros los adversos, de unos bienes que están en común, hipótesis contrapuesta a la de individualización previa de los riesgos que significa la asignación predeterminación de bienes concretos para un heredero hecha por el testador.

Por lo tanto: Primero, hay que valorar todos los bienes a la fecha de la muerte del testador. Hecho esto, debe compararse el valor de los bienes asignados con el correspondiente, en la misma fecha del óbito, a la séptima parte correspondiente al asignatario. Si hay exceso en alguna asignación, ese exceso queda transformado en una deuda dineraria a pagar en metálico por quien lleve el exceso. En las asignaciones que no cubran la cuota hay que hallar la proporción de la cuota que quede sin cubrir: v. gr., 1/3, 1/5, tantas centésimas, x milésimas, etc.

Luego, hay que volver a valorar el día de partir los restantes bienes, para distribuirlos, juntamente con el montante de la compensación dineraria antes fijada, a prorrata de las cuotas por cubrir, unas íntegramente y otras en la determinada proporción o porcentaje antes fijados.

F) Criterios para realizar el avalúo en las particiones y ámbito de discrecionalidad de los contadores-partidores para la fijación del criterio valorativo que estimen más de acuerdo con la intención del testador.

Hace ya tiempo que nos ocupamos del problema de los criterios de valoración a efectos partionales. Repetiremos solo algunas de las observaciones que dejamos escritas en nuestros Apuntes de Derecho Sucesorio (II, § 3, C, págs. 195 y s.):

«Es sabido que el concepto de valor es relativo. GIDE («Curso de Economía política», traducción al español de CARLOS DOCTEUR y JOSÉ MUÑOZ ESCÁMEZ. —8.^a ed., París, 1932—, págs. 59 y ss.), transcribiendo a RICARDO, al que califica como el más profundo pensador de la ciencia económica, afirmó: «Cada hombre tiene su módulo particular para apreciar el valor de sus goces, y este módulo es tan variable como el carácter humano». Científicamente, después de transcurridos ochenta años, desde que STUART MILL afirmó

que la teoría sobre valor había quedado completa con sus conclusiones, el citado GIDE, calificando de temeraria esa afirmación, nos confiesa que «son innumerables las teorías nuevas sobre el valor, sin que pueda afirmarse que ninguna de ellas sea definitiva». Tenemos un valor en uso, un valor de producción, un valor de reproducción (es decir, por el coste de producción en el día de la fecha de una cosa igual a la valorada), un valor en renta, un valor en cambio. Y cada uno de estos valores es igualmente relativo: subjetivo el primero, variables casi todos los demás según las circunstancias de tiempo, lugar, oportunidad, etc., o según los intereses concretos que tengan comprador y vendedor, o la necesidad sentida por éste y por aquél.

«Tratándose de disposiciones de Derecho necesario la ley no puede dejar los problemas de valoración, que puedan plantearse, a la particular apreciación de una sola de las partes interesadas. En esos supuestos la valoración debe hacerse lo más objetivamente posible. En caso de entablarse el litigio será el juzgador quien deberá resolver, atendiendo a las cotizaciones y demás datos oficiales o a las tasaciones hechas por peritos ritamente nombrados.

«Pero en el campo de la libre disposición del causante no hay razón para imponerle ningún criterio de valoración, aunque sea más objetivo que el suyo. Su voluntad es ley de la sucesión, tanto para disponer, como para asignar bienes, como para valorarlos...»

Ahora, debemos preguntar, ¿de qué ámbito disponen los contadores-partidores para determinar el valor de los bienes partibles? ¿Gozan de la misma autonomía que el testador, limitada tan sólo por la voluntad del propio testador expresada en sus instrucciones o determinada a través de su interpretación, atendiendo a su intención dentro del margen que, para su apreciación, corresponde a los mismos contadores-partidores, según hemos visto?

Es sabido que el artículo 1.074 del Código civil admite la rescindibilidad de las particiones por lesión de más de una cuarta parte; *que en Navarra ha de ser de más de la mitad*, según la ley 1.^a, título 37, libro 2.^o de la Novísima Recopilación Navarra. También hemos visto que para la partición hecha por el testador, resulta del artículo 1.075 C. c., según la opinión más común y el criterio dominante en la jurisprudencia, que no parece admisible ni posible aquella rescisión, si no hay lesión en las legítimas, más que en el caso que *aparezcan o razonablemente se presuma que fue otra la voluntad del testador*.

¿Jugará, respecto de la partición verificada por contadores-partidores la rescisión por lesión de más de un cuarto o de más de la mitad si se trata —como en nuestro caso— de una sucesión regida por la ley navarra?

La doctrina parece dividida en este punto.

MUCIUS SCALVOLA (*Código civil comentado y concordado extensamente*, vol. XVIII, Madrid 1901, art. 1.057, págs. 292 y ss.), SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, VI-III, Madrid 1910, 53, b, pág. 2002), A. MAURA (*Dictámenes*, I, dict. núm. 4, págs. 78 y s.), CLEMENTE DE DÍBGO (*Dictámenes*, III, dict. núm. 50, págs. 608 y ss.) han opinado que sólo cabe rescindir la partición hecha por los contadores-partidores si lesionan alguna legítima o contraría la voluntad del testador, atribuyéndosele el mismo valor que la hecha por éste —que el artículo 1.056 C. c. define al decir que *se pasará por ella*—, reputándola a todos los efectos jurídicos como practicada por el

propio testador, en cuanto la voluntad de éste sea fielmente obedecida y debidamente interpretada.

Por el contrario, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, T. VII, 6.^a ed., revisada por BONET RAMÓN, Madrid 1943, arts. 1.056, 1.060, pág. 664) y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho de Sucesiones. Parte General*, cap. XV, § 65, núm. 394, pág. 507) creen que la partición hecha por el contador-partidor no cae en el ámbito del art. 1.075, sino del 1.074 (que en Navarra sería el de la citada ley, tít. 37, lib. 2.^o de la Novísima Recopilación).

El Tribunal Supremo, en S 2 noviembre 1957, ha considerado «que la partición practicada por el Comisario designado por el causante es válida como acto unilateral, sin necesidad de que los herederos la aprueben con su consentimiento, porque el Código civil no exige tal requisito, y debe ser aplicable lo dispuesto en el artículo 1.056 respecto a la partición que haga el testador».

Poco después, la S. 14 diciembre 1957, ante un recurso, que rechazó y en el cual se alegaba la infracción del artículo 1.075 C. c., consideró que «no basta para [apreciar si hay lesión para las legítimas] la tasación que haya practicado un perito, sino la estimación que de ésta, como uno de tantos elementos de juicio, haga el comisario contador con arreglo a las facultades conferidas por el testador, todo esto aparte de que no en todos los casos de lesión, según los artículos 1.074, 1.075, 1.077 y 1.079 del Código civil, procede la rescisión».

Recientemente, la S. 24 marzo 1961, consideró que «no se ha justificado en el caso actual que los contadores con su valoración hayan ocasionado al recurrente una lesión en más de una cuarta parte, para que la partición se rescinda, atendiendo al valor de los bienes cuando le fueron adjudicados, que es lo que realmente ha perseguido el procedimiento». Y, en el anterior considerando, esta misma sentencia razonó que: «si se tiene en cuenta que en el juicio de testamentaría se produjeron cuatro tasaciones completamente dispares, y aun en el procedimiento de que dimana este recurso, una cuarta en cantidad inferior a todas las anteriores, y aun a la fijada por los contadores, la Sala de instancia pudo aceptar la de éstos como la más equitativa, al no existir norma legal alguna de carácter sustantivo o procesal que obligue a los contadores facultados por el testador para tasar los bienes hereditarios a atenerse al dictamen del perito dirimente...»

Sin embargo, en el supuesto que dictaminamos, los contadores-partidores, mucho más que conocer su autonomía desean que se les indiquen orientaciones y criterios respecto de la práctica del avalúo que deben efectuar.

Acabamos de ver lo que dice la jurisprudencia acerca de la no sumisión del contador-partidor a la estimación pericial ni siquiera a la del perito dirimente. Por lo demás, en la doctrina se habla muy vagamente del modo de hacer el avalúo.

Con referencia general a la partición y sin referirse, por tanto, a la hecha por contador-partidor, SÁNCHEZ ROMÁN dice y nos lo recuerdan LACRUZ y SANCHO (núm. 401, pág. 525), que «una norma práctica de gran utilidad es ajustarse en este avalúo a los conceptos y tipos de liquidación del impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes, para evitar que pueda la

Hacienda rechazar las valoraciones hechas», SCAEVOLA (vol. cit., *Apéndice II*, páginas 538 y ss.) sigue esa misma directriz.

A. MAURA (*Diccionario*, núm. 7, págs. 198 y ss.) —más concretamente para una partición a verificar por contadores— dictaminó que: «Para señalar las estimaciones no están sujetos los contadores a ninguna facultad preceptiva; pueden asesorarse de peritos cuando lo conceptúen conveniente, o guiarse por su propio juicio, señaladamente cuando les cerciore del acierto el costo de la adquisición, o el amillaramiento, o la capitalización de los réditos, o una razonable ponderación que resuelva o promedie la disparidad, de estas condiciones, u otras análogas. Siempre convendrá que en un *supuesto* o en otro lugar de las operaciones expliquen los contadores-partidores, bien el fundamento de los avalúos si los acuerdan por sí propios, bien el informe pericial si lo adoptan como guía».

El prudente consejo de MAURA de promediar los criterios de valoración es sin duda temperador. Pero tampoco puede asegurarse que sea siempre el más correcto, porque en ciertos casos la naturaleza o el destino de las cosas puede aconsejar la aplicación, para cada una, de un criterio único o la desestimación de alguno o de varios.

Vamos, pues, a abordar más concretamente el problema con referencia a los bienes de cuya valoración más se discute.

Comencemos por la casa llamada ...*errea*, del lugar de ...*ita*, «también con todos sus muebles, cuadros, armas y enseres que se encuentren dentro de su muros, así como toda la hacienda que tiene el otorgante en este Valle de B...». El testador en el apartado B) de la cláusula quinta de su testamento, ordenó que fuera adjudicado a su hija primogénita A, agregando a su nombre la siguiente explicación: «única que ha permanecido soltera, y que de otro modo se encontraría sin casa». No ofrece duda, por lo tanto, que el tenor del testamento claramente expresa que el testador, al hacer la adjudicación de dicha casa, pensó en favorecer a la asignataria, y en facilitarle habitación, aunque fuera como refugio subsidiario. Por consiguiente, no cabe admitir valoración alguna que le sea perjudicial, pues esto no pudo quererlo el testador. La única forma de cumplir la voluntad del testador, nos parece que consiste en valorar la casa con todos sus muebles y enseres por su valor en uso, *in concreto*, es decir, atendiendo a su situación (en ...*ita*, no en Madrid ni en Pamplona) y a la persona a quien se destina.

Lo mismo que respecto de éste, tampoco creemos que los demás edificios sitos en el campo (sea en ...*diaz* o en otras fincas) puedan ser valorados atendiendo a su valor de construcción (que, dada su antigüedad y la continua desvalorización de la moneda, nominalmente resultaría ahora muy exiguo) ni por el de reconstrucción en fechas actuales (seguramente excesivo en proporción a su utilidad), ni que sea fácil fijarles un valor en renta ni en venta (dependiente de circunstancias muy casuales, ya que no es lo mismo aprovechar el capricho de un aspirante a comprador, que tener necesidad ir en su busca dentro del reducido círculo de posibles compradores de casas señoriales sitas en pequeños lugares que no están de moda) o, por lo menos, fijarlo con separación de sus tierras.

En toda clase de bienes, si están arrendados no es admisible prescindir de

esta circunstancia que, hoy día, influye evidentemente en el valor, no solo en utilización y aprovechamiento, sino también en venta de la cosa arrendada.

A este propósito, conviene repasar la circunstancia de que, al fallecer el causante, las tierras de ...ález se hallaban arrendadas por unas rentas muy bajas. Atendiendo esa circunstancia, su valor en renta, ¿debe tomarse en relación precisamente a esas rentas que efectivamente se percibían?, o ¿con referencia al que normalmente produjeran las fincas de igual calidad y en proporción a su extensión? o ¿al que se podría obtener con su explotación directa y personal? Para contestar a estas preguntas, hay algo que no puede olvidarse: si al fallecer el testador existían arrendatarios, no se puede prescindir de esta circunstancia ni de que para obtener la libertad de los fundos normalmente es necesario realizar determinados trámites, agotar plazos e incluso seguir y ganar litigios, o bien obtener la libertad mediante la satisfacción de indemnizaciones a los colonos. Todo lo cual ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar las posibilidades, que nunca pueden ser cifradas si no es como problemáticas, es decir, por debajo de lo real y efectivo. El mismo criterio parece que debe aplicarse a todas las demás tierras que se hallen en iguales circunstancias.

Por otra parte, tampoco debe olvidarse con respecto a las valoraciones en renta, el hecho de que usualmente en el mundo económico no se pide igual rentabilidad para una clase de bienes que para otra, atendida la mayor seguridad que unos representan y la menor de los otros, a su distinta susceptibilidad de sufrir las consecuencias de la depreciación de la moneda, etcétera, etc.

Con respecto al mobiliario hay que tener muy presente la diferencia de las ofertas que quienes se dedican a comerciar con muebles antiguos hacen, según traten de comprar o de vender.

En resumen, la cuestión es muy compleja y casuística, aunque tampoco pueda ser olvidada la visión de conjunto, a fin de que los criterios aplicados en un caso no arrojen una valoración que en relación a las otras practicadas resulte desequilibrada y, por ende, injusta. Los contadores-partidores deben tener en cuenta todos los criterios, ponderar las diversas circunstancias *con su propio criterio*, en el que *precisamente* confió el testador, y procurando siempre *compatibilizar con equidad* los deseos que éste no llegó a concretar en una fórmula que los armonizase a su plena satisfacción, en especial respecto a la valoración de ...ález.

CONCLUSIONES

PRIMERA. —La cláusula quinta del testamento del causante parece contener una contradicción que, agotados los medios de interpretación en busca de la intención del testador —porque probablemente deriva de la contradicción de dos deseos inarmonizables por lo menos plena y totalmente—, sólo puede resolverse lógicamente a favor de la regla general reiterada de igualdad en cuanto a la esencia de la disposición.

SEGUNDA. —No cabe atribuir a las valoraciones autógrafas sin fecha ni

firma ni contraseña, valor de testamentos ológrafos, de memorias testamentarias, de partición *inter liberos* ni de *schaedulae domesticæ*, ni darles valor interpretativo a los efectos sustantivos de eliminar toda compensación en metálico en caso de exceso de adjudicación, pero sí, en cambio, deben tenerse en cuenta a efectos ejecutivos o particionales, aunque no en el sentido de estimarse —a efectos partacionales— impositivos del valor dado ni siquiera del criterio de valoración por renta, sino como demostrativos e indicativos de una tendencia u orientación deseada por el testador que los contadores-partidores no pueden dejar de estimar en la medida efectiva en que juzguen armonizables todos los deseos del testador.

TERCERA.—Los contadores-partidores se hallan investidos de amplias facultades para la interpretación de la voluntad del testador, y, en caso de ser impugnada su interpretación, solamente podrá prevalecer sobre ella la del reclamante, si aquélla resultare evidentemente contraria a la verdadera voluntad del testador.

CUARTA.—Igualmente, siguiendo las instrucciones del testador, tienen amplia autonomía de criterio para valorar las adjudicaciones, sin que los herederos tengan posibilidad de impugnación más que en caso de que los contadores al hacerla hubieren contravenido la intención del testador. En nuestro caso, no cabe la posibilidad de impugnar por lesión de las legítimas, dada la amplia libertad de testar que se disfruta en Navarra y el carácter simbólico de la legítima en este régimen foral. Y no creemos posible —en más casos que el indicado— la impugnación por lesión, que en Derecho navarro debería ser *ultra dimidium* (de más de la mitad).

QUINTA.—Al interpretar la voluntad del testador, en cuanto a su ejecución particional, los contadores-partidores deben tener en cuenta los criterios indicativos señalados por éste, en especial los que aparezcan expresos, como el relativo a cuál era su intención al disponer la adjudicación que hizo a favor de su hija primogénita, e incluso creemos que han de tener en cuenta los deberes morales que la aceptación de alguna de las adjudicaciones presuponga para el heredero asignatario, según la intención del testador y la confianza puesta por éste en aquél.

SEXTA.—El avalúo de los bienes específicamente asignados solo ha de referirse a la fecha del fallecimiento del causante e igualmente el del resto del caudal a efectos de determinar si aquéllos cubren o no la cuota parte del asignatario y, en su caso, cuál es el déficit o el exceso de la asignación, con el fin de traducir éste en una deuda dineraria a reintegrar a la masa o bien fijar en qué proporción ha de cubrirse aquél con otros bienes. Y, los bienes no especialmente asignados han de valorarse, otra vez, de nuevo en la fecha en que se adjudiquen, a fin de distribuirlos entre quienes no tengan, en todo o en parte, su cuota cubierta con asignaciones testamentarias de bienes concretos.

Tal es el dictamen que gustosamente someto a cualquier otro mejor fundado.

Madrid, 17 de noviembre de 1961.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CAMPILLO, Manuel: "Las inversiones extranjeras en España (1850-1950)". Madrid, 1963; 181 págs.

El amplio período acotado para el estudio del tema permite no sólo fijar los resultados obtenidos, sino también señalar la línea de evolución a que responden. En este sentido, esta línea de evolución justifica plenamente la delimitación cronológica efectuada, porque, durante el siglo estudiado, se produce un ciclo completo, que se inicia con caracteres completamente contrarios a los que marcan su final. Durante el siglo considerado se produce, como dice el autor, un ciclo que comienza con la irrupción tumultuosa del capital extranjero, como en terreno conquistado, propicio a toda especulación y a la obtención de pingües beneficios, y termina con un desolador abandono, del que no estuvo ausente la intención de aislamiento, pasando por una etapa de inversiones preparadas, discriminadas e incluso hábilmente camufladas tras pomposos rótulos de "sociedades españolas". Situaciones que se corresponden con actitudes paralelas de la política nacional.

Centra el autor su estudio en las inversiones a largo plazo, y preferentemente directas, de un sector privado en otro sector privado. Recuerda la universalidad del fenómeno, en virtud de la internacionalización del capital, unidos capitalismo y liberalismo. En torno a la captación o exclusión del capital extranjero, señala la postura, tradicional en nuestro Derecho, de equiparación del extranjero al nacional, que se recoge en el Código de Comercio de 1885 y en el Código civil, y sigue su evolución posterior a partir de las primeras medidas restrictivas de 1907. Al estudiar la posición del inversor extranjero ante el fisco, con los consiguientes problemas de doble imposición y evasión fiscal, resume Campillo su pensamiento afirmando que las sociedades extranjeras encontraron en España un auténtico "paraíso fiscal", en virtud "no sólo de su equiparación a las nacionales y de una presión harto reducida, sino de las facilidades que encontraban ante la evasión"; afirmación que el autor evidencia de modo incontestable, señalando (pág. 37) la proporción —desproporción— existente entre la suma total de capitales extranjeros invertidos y la cuantía a que ascendían en el Presupuesto de 1890 —año en que había llegado ya a España la inmensa mayoría de los capitales invertidos— los ingresos presupuestados por Contribución Industrial y de Comercio, único concepto por el que tributaban. Seguidamente, se precisan las causas históricas, económicas y políticas, que determinaron tanto la irrupción de capitales extranjeros como su posterior discriminación.

En la segunda parte de la obra se analizan detalladamente las inversiones extranjeras en los distintos sectores, como ferrocarriles, minas,

banca y seguros, servicios públicos (tranvías, abastecimientos de agua, gas, teléfono, telégrafo, energía eléctrica) y otros. En todos ellos—salvo excepciones contadísimas, como ocurrió con la industria siderúrgica, ya con cierto grado de desarrollo aun antes de la llegada de los capitales extranjeros—encontramos la presencia exclusiva o mayoritaria de estos últimos. El autor sintetiza las características de la inversión en los distintos sectores y acompaña una relación nominal de las compañías inversoras, con una ficha completa de las mismas en la que se recogen, entre otros datos, su nacionalidad, fecha de constitución, domicilio, objeto y capital sociales. Finalmente, nos ofrece un juicio crítico sobre los resultados obtenidos de la totalidad de inversiones extranjeras (que Campillo cifra en 3.500 a 4.000 millones de pesetas), señalando sus aspectos positivos y negativos. Destaca la ausencia de criterio oficial y la defectuosa política económica seguida, que contribuyó a agravar nuestros problemas, convirtiendo al Estado en siervo de ciertos intereses económicos. El juicio más adverso lo merecen las inversiones en la minería. Resultados negativos se encuentran también en el aspecto social y en el freno que las inversiones supusieron para nuestra industrialización. Resultados positivos son, en cambio, la entrada de nuevas técnicas y de un espíritu emprendedor que faltaba en España.

En el trabajo reseñado nos ofrece Manuel Campillo un estudio preferentemente documental, pero pleno de significación; rico en datos económicos y sociológicos, con unas utilísimas tablas cronológicas que sincronizan los acontecimientos políticos y económicos, la actividad legislativa y las inversiones extranjeras. Constituye, por todo ello, una indudable fuente de conocimientos, de sugerencias y reflexiones, no sólo para el economista, sino también para el político y el legislador, además de una segura base de partida para ulteriores estudios. Por encima de otras muchas consideraciones, de la objetiva exposición que el autor hace, una cosa se desprende claramente: la falta de iniciativa y decisión del capital español, de que tantas veces se ha hablado. Hay, a este respecto, en la obra de que damos cuenta, un dato sumamente expresivo: el autor, hablando de los beneficios obtenidos con la inversión extranjera, constata que con ellos entró en España, como ha quedado dicho, un "espíritu emprendedor que se contagió a los nacionales, en los cuales produjo un efecto mimético indiscutible, hasta el punto de que es curioso comprobar que son precisamente los mismos sectores que para sus inversiones seleccionaron los capitales extranjeros, los que, a renglón seguido, abordan con decisión los capitales españoles" (págs. 157 y sig.). Tal circunstancia, que el autor califica de *curiosa*, nos parece a nosotros suficientemente reveladora de la falta de visión y decisión del capitalismo español, incapaz de marchar por caminos que no le hayan sido sugeridos, de una u otra forma; incapaz de arriesgarse en la exploración de mercados y actividades, antes de que la actuación de otros haya evidenciado su seguro rendimiento.

JUSTO JOSÉ GÓMEZ Y SABEL

DIEZ-PICAZO, Luis: "La prescripción en el Código civil". Editorial Bosch, Barcelona, 1964; 254 págs.

El profesor Díez-Picazo ha acometido el estudio de una de las instituciones que desde antiguo lleva fama de oscura. Me atrevería a decir que, al mismo tiempo, es una de las más difíciles. La razón parece obvia. El tema afecta a tantos conceptos fundamentales de la teoría del Derecho (derecho subjetivo, facultad, acción, etc.), que obliga ineludiblemente a replantear las posiciones doctrinales en torno a la tradicional distinción entre prescripción extintiva (P. E.) y usucapión (U.) a la luz de una postura previa en torno a aquellos conceptos de base, sobre los cuales la doctrina parece empeñada en demostrar que no se conseguirá jamás una unanimidad.

Pero la complejidad de la labor no queda, ni mucho menos, en lo expuesto. La prescripción supone, por otra parte, indudables repercusiones prácticas. Ello hace necesario un examen atento y cuidadoso de la realidad antes de manifestar opiniones. En pocas ocasiones se revela tan peligrosa una jurisprudencia conceptual como en materia de prescripción. Además, agréguese a lo anterior la poco afortunada redacción de los preceptos legales, la discutible sistemática, las diferencias de trato para la P. E. y U. tan poco justificada en ocasiones, etc., para darse una idea de la magnitud de cualquier estudio sobre los mismos.

El profesor Díez-Picazo vuelve, sin embargo, a demostrarnos con este nuevo libro las cualidades que le distinguen como jurista; su claridad mental, el dominio absoluto que posee en el campo de la teoría general del Derecho, la agudeza en el plantamiento de problemas prácticos, su atención constante a la doctrina jurisprudencial, y su difícil facilidad para la construcción apoyada en estos materiales. Ha reunido en el volumen que hoy reseñamos diez estudios "que no integran una obra monográfica", dice modestamente. En verdad, después de su atenta lectura cabe preguntarse qué es lo omitido, de carácter fundamental, sobre la prescripción.

El hilo conductor de la obra es la idea de la unidad entre P. E. y U. Dos vertientes o perspectivas de un mismo fenómeno. La adquisición del dominio por una persona va acompañada de la pérdida del mismo en otra. La extinción del crédito significa siempre la adquisición por el deudor de su liberación. Las diferencias institucionales, que existen efectivamente, "obedecen a la diversidad del supuesto de hecho en que el fenómeno incide y a la diversidad de la estructura de la situación jurídica existente entre los interesados" (pág. 52).

Para llegar a un concepto exacto de la prescripción, Díez-Picazo estudia:

- a) El objeto de la P. E. Ante lo insatisfactorio de las dos teorías principales (derecho subjetivo o acción en sentido procesal), busca un nuevo camino, partiendo de una conceptualización del derecho subjetivo como situación de poder de la que emanan un conjunto de facultades. La P. E. afecta inmediatamente a alguna de esas facultades, y sólo mediata-

te al derecho subjetivo en cuanto lo limita o reduce. Cuando la facultad que prescribe es la que pudiéramos llamar central: facultad del propietario de reivindicar su cosa, v. g., la pérdida de la facultad coincide necesariamente con la pérdida del dominio.

Las facultades afectadas por la P. E. son las facultades de exigir (una acción u omisión), que procesalmente se traduce en acciones de condena. Desde este ángulo, el objeto de la P. E. son "acciones de condena".

b) Presupuesto de la P. E. Lo constituye la formulación tardía de una pretensión (facultad de exigir). La formulación tardía es aquella que, atendido el previo silencio (ni reclamación ni reconocimiento del derecho) y el tiempo transcurrido, la ley considera como *desleal* en sentido objetivo. El deudor o sujeto pasivo de la facultad de exigir (pretensión) ha de estar sometido a una espera razonable. La objetiva inadmisibilidad se produce conforme a unos cánones establecidos (plazos fijos, causas predeterminadas de suspensión, etc.).

c) Modo de funcionamiento de la P. E. Tiene que ser alegada por el interesado (arg. art. 1.464 L. E. C. y art. 1.935 C. c.). No hay que olvidar que con la P. E. se tutela el interés del sujeto pasivo.

Distinto es el problema del modo de alegarse la P. E. No tiene que ser, forzosamente, por medio de una excepción. Es independiente la alegación de la posición que ocupe en el proceso el demandado.

El cumplimiento del plazo de prescripción no produce automáticamente más que la *facultad de alegar de prescripción*. Los demás efectos jurídicos derivan del *acto de ejercicio de esa facultad*. Las consecuencias del ejercicio se retrotraen al momento del cumplimiento del plazo.

d) Relaciones entre P. E. y U. Si bien son fenómenos indisolublemente ligados, el efecto adquisitivo y extintivo no pertenecen a la sustancia de la prescripción, que en síntesis se reduce "a la facultad de repeler la pretensión tardíamente formulada". El efecto adquisitivo de la usucapión no es más que un reflejo indirecto de la inadmisibilidad de la pretensión del "*vetus dominus*". La usucapión no ha sido el acto de adquisición del "*novus dominus*". Este adquirió la cosa con el acto o con el negocio que le permitió comenzar a poseer.

e) Conclusión. Tras este análisis el profesor Díez-Picazo dice que la P. E. desde un punto de vista estructural es un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Desde un punto de vista funcional, es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo.

Interesa subrayar la aproximación, quizá mejor inclusión, que hace el profesor Díez-Picazo de la P. E. en la órbita de la buena fe (la pretensión tardía es *desleal*), y la admisión del "abuso de la prescripción", de la técnica alemana". Es inadmisible proponer la P. E. cuando quien la invoca, según el sentido objetivo de su conducta y la buena fe, ha suscitado en su adversario la confianza de que la P. E. no sería invocada, de tal manera que con fundamento en aquella confianza ha dejado transcurrir los plazos sin ejercitlar la acción o sin realizar cualquier acto de interrupción" (pág. 57).

AUTONOMÍA PRIVADA Y PRESCRIPCIÓN.—¿Qué límites tiene la autonomía privada en materia de prescripción? Para resolver acerca de la nulidad o validez de los negocios jurídicos sobre la prescripción toma como base: "Si bien es cierto que en la P. existe una razón de utilidad social y de paz jurídica, esta razón se realiza mediante la tutela de un interés que es exclusivamente privado: el interés del sujeto pasivo del derecho o de la acción" (pág. 62). Otro puntal es la interpretación del art. 1.935 C. c. Lo único que prohíbe es que convencionalmente lo imprescriptible sea prescriptible o viceversa.

EJERCICIO DE LA PRESCRIPCIÓN POR LOS ACREDITADORES Y OTROS INTERESADOS.—Díez-Picazo plantea la problemática del art. 1.937 C. c. fuera del campo de aplicación de la acción subrogatoria y pauliana. Sirve el precepto para resolver los conflictos que puedan existir entre el interesado que lo invoca y el titular del derecho prescripto (pág. 74). La renuncia a la facultad de alegar la prescripción sólo es eficaz entre el renunciante y el titular del derecho prescrito, y no lo es para los demás interesados en la prescripción. "En resumen, el artículo 1.937 tiene su más hondo fundamento en el principio de la relatividad de la prescripción, a que, a su vez, se basa en que los derechos subjetivos no se polarizan entre personas determinadas, sino que se difunden vagamente y afectan en todas direcciones a una multitud de personas" (pág. 75).

EL COMIENZO DE LA PRESCRIPCIÓN.—Examina el problema tan debatido del momento inicial de la P. que el art. 1.969 C. c. sitúa de una manera general "desde el día en que pudieron ejercitarse" (las acciones). Profundiza en el estudio de las distintas teorías, y observa que los Códigos tratan de simplificar el problema acogiendo sin más la línea de la "actio nata", que significa —dice Díez Pacheco— "que el titular del derecho pueda ejercitarse la acción y que la situación en que se encuentra colocado exija el ejercicio de la acción para la actuación o para la defensa de su derecho", subrayando que la jurisprudencia se ha cuidado de puntualizar que la "posibilidad" a que alude el art. 1.960 es la "posibilidad legal", siendo indiferentes las condiciones personales del titular.

Cuando entre las partes exista una relación o una situación jurídica, sobre todo de naturaleza familiar, tal que el ejercicio de la acción aparece como objetivamente razonable cuando dicha situación se haya extinguido (entre cónyuges, titular de patria potestad y persona sometida a ella, tutor y pupilo, etc.), hay que inclinarse hacia la suspensión de la prescripción valiéndose para ello del artículo 1.969.

LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.— En realidad, como apunta Díez-Picazo, no hay interrupción de la P. (art. 1.973) sino causas que impiden o que excluyen la prescripción "Parece indicar que la P. tiene como un ciclo vital y que en un momento dado se paraliza o queda estorbada, cuando no es así" (pág. 94). Igualmente, en el ámbito de la usucapición no hay en rigor interrupción de la posesión en los supuestos de los artículos 1.945 y 1.948, sino que esa misma posesión, que persevera, no tiene virtualidad para convertirse en dominio.

La comparación entre las causas que impiden la prescripción extin-

tiva de las acciones y la usucapión, demuestra que el legislador hace objeto de un trato distinto a ambas instituciones, que en ocasiones no resulta justificado. "En la extintiva basta cualquier hecho que denote que el derecho continúa vivo, como es, v. gr., una simple reclamación extrajudicial y, por tanto, también una demanda que no cumple las formalidades legales o una demanda desistida. En la adquisitiva, lo que interrumpe es únicamente la privación —voluntaria o judicial— de la posesión" (pág. 99).

La interrupción se diferencia de la suspensión de la prescripción y de la revigorización del derecho prescrito. En la suspensión, la prescripción queda paralizada y al reanudarse el tiempo anterior conserva su eficacia. La interrupción, por el contrario, lo borra. Cuando, por último, se renuncia a la prescripción, el derecho prescrito renace.

Seguidamente aborda el análisis de los tipos de actos interruptivos sobre la base, no sólo de los artículos 1.944-48, y 1.973 C. c., sino también del artículo 944 del Código de Comercio. Sumamente interesante es la interpretación del término "citación judicial" (art. 1.945), como sinónimo de demanda judicial. "El hecho interruptivo es la presentación de la demanda y no la posterior comunicación... que puede hacer el juez al demandado" (pag. 114).

Díez Picazo, de forma sugestiva, trata de llegar a una unificación entre las causas de interrupción, sin perder de vista que la situación jurídica en la prescripción extintiva es distinta que en la usucapión. "La usucapión piensa siempre en el poseedor: sólo la cesación o la privación de la posesión altera la situación de ésta. La prescripción extintiva piensa siempre en el titular del derecho: cualquier actividad le beneficia" (página 100).

Finalmente, bajo la rúbrica de los efectos de la interrupción de la prescripción, examina los problemas que la aplicación de los artículos 1.974 y 1.975 C. c. suscita, y la solución de otros conflictos de intereses no tenidos en cuenta, de una manera expresa, por el legislador.

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES REALES.—Partiendo de su concepción de la prescripción extintiva como unida a la usucapión, para Díez-Pizaco no hay una prescripción extintiva de acciones reales que sea diversa de la usucapión. La prescripción de la acción real ha de ser invocada por un poseedor que ha reunido los requisitos necesarios para usurpar.

Atención especial dedica a la prescripción de la acción de petición de herencia y a la acción hipotecaria. A su juicio, para la primera ha de aplicarse el plazo general de quince años. Por lo que respecta a esa "cuadratura del círculo" que es la prescripción de la acción hipotecaria (artículo 1.964 C. c.), aventura la siguiente interpretación: A los quince años no prescribe el crédito hipotecario, sino que, a partir de este plazo, se modifica sustancialmente en el sentido de que la deuda tiene que ser hecha efectiva únicamente sobre los bienes hipotecarios. Se opera una conversión en hipoteca de responsabilidad limitada.

LA PRESCRIPCIÓN QUINQUENAL.—Recogida en el artículo 1.966, que obedece al principio "favor debitoris". Se aplica, en cuanto a los supuestos de hecho, a las prestaciones periódicas. No hay razón, arguye, para negar que afecte al pago de intereses, si el pago de los mismos se ha pactado que se haga de manera periódica. Cuando sólo se ha fijado el ritmo del devengo (tanto por ciento anual, mensual, etc.), hay que estimar que los intereses son exigibles en el momento en que son devengados (arg. artículo 1.113 C. c.).

LA PRESCRIPCIÓN TRIENAL.—Contemplada en el artículo 1.967. El precepto, afirma Díez-Picazo, no comprende todos los créditos que tengan por objeto la remuneración de servicios. "Parece como si el Código hubiera atendido más al carácter profesional del acreedor de la retribución que a la naturaleza del servicio." Pero anota que sería conveniente que una jurisprudencia progresiva extendiera su aplicación a todas las acciones dirigidas a obtener la remuneración de servicios o de trabajo.

Quiero destacar dos afirmaciones que me parecen fecundas en consecuencias prácticas: a) El párrafo segundo del artículo 1.967 debe ser interpretado de la manera progresiva que se advierte en la jurisprudencia (SS. de 7-XI-1940, 10-III-1952), comprendiendo los créditos por servicios de las personas que ejercitan una técnica profesional. b) La famosa cuestión de "los tres párrafos anteriores". Con buenas razones cree que se refieren a los números primero, segundo y tercero del artículo.

LA PRESCRIPCIÓN ANUAL.—Típica de las acciones posesorias e indemnizatorias (art. 1.968 C. c.).

Pese a que el Código civil enumera las acciones posesorias de retener y recobrar, estima que es aplicable a la acción para impedir obra nueva (como caso particular de retener la posesión), y a la acción posesoria que nace, con arreglo al artículo 445 C. c., cuando las posesiones concurrentes son inferiores a un año.

En cuanto a las acciones indemnizatorias, no contempladas expresamente en el artículo 1.968, afirma que la responsabilidad delictual debe estar sometida al plazo general de quince años del artículo 1.964. Critica, acertadamente, la reducción de ese plazo en los supuestos de calumnia y de injuria, que no tiene más razón que los precedentes del Código, que, a su vez, la recogieron de la legislación comparada.

PRESCRIPCIÓN Y DERECHO TRANSITORIO.—El artículo 1.939 C. c., "a contrario sensu", parece afirmar que la prescripción comenzada después de la publicación del Código civil, se rige por las reglas contenidas en dicho Cuerpo legal. Con ello, "está permitiendo que prescriban conforme a la ley nueva los derechos nacidos según la legislación anterior de hechos realizados bajo su régimen" (pág. 246). El artículo 1.939 tiene así un carácter efectivamente especial frente a la disposición transitoria primera, y significa la puesta en marcha de una retroactividad de grado mínimo, "pues la ley nueva se aplica a los derechos nacidos bajo el imperio de la ley antigua".

El inciso segundo del artículo 1.939, a juicio de Díaz-Picazo, no hace más que sacar la consecuencia del inciso primero (momento del comienzo de la prescripción). "No hace otra cosa que autorizar un nuevo comienzo de la prescripción bajo el comienzo de la ley nueva" (pág. 249), facultad ociosa porque siempre estaría en la mano del deudor y poseedor, sin más que renunciar a la prescripción ganada o interrumpirla por su voluntad.

He aquí, a grandes rasgos, una parte de la riquísima problemática que ha desentrañado Díez-Picazo. Me contentaría con haber testimoniado su importantísima aportación a nuestro Derecho civil.

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

Facultad de Derecho Civil

FOYER, Jacques: "Filiation illegitime et changement de la loi applicable (Conflicts mobiles de lois)". Préface de Henri Batiffol. Bibliothèque de Droit International privé. Volume I. Librairie Dalloz. París, 1964. 372 págs.

El objeto de esta obra es el estudio de los conflictos móviles de leyes, es decir, el de qué ley debe regir la situación jurídica de los hijos ilegítimos que, con posterioridad al momento de su nacimiento, cambiaron su nacionalidad. En los conflictos móviles de leyes, la solución de los conflictos de leyes en el tiempo-ley antigua y ley correspondiente a la nueva nacionalidad adquirida por el hijo ilegítimo, está subordinada a la solución de los conflictos de leyes en el espacio-ley de su antiguo Estado y ley correspondiente al nuevo Estado que le ha otorgado su nacionalidad.

Expuesta la finalidad de su obra, el profesor Jacques Foyer estudia las soluciones adoptadas por las legislaciones extranjeras ante el problema de los conflictos móviles de leyes, clasificándolas en dos grandes grupos: El grupo primero está constituido por aquellas legislaciones en las que el legislador da preferencia sistemática a su derecho nacional. Las causas de esta preferencia varían, según las legislaciones: en las basadas en la llamada, según la terminología de Niboyet, "solución política", como el Código civil alemán, consiste en la creencia del legislador en que su propia ley es la mejor y que ella debe recibir aplicación, siempre que uno de sus nacionales esté interesado en la causa. En este sentido, el artículo 20 de la Ley de introducción al EGBGB dispone que "las relaciones jurídicas entre el niño y la madre son regidas por la ley alemana, cuando la madre posea la nacionalidad alemana o cuando, aun habiéndose perdido, el hijo conserva esta nacionalidad. En cuanto a las relaciones entre padre e hijo, el EGBGB establece la competencia de la ley del Estado a que esté sometida la madre en el momento del nacimiento del niño, para regular el deber del padre a la guarda del hijo natural y la indemnización a la madre de los gastos de embarazo, parto y manuten-

ción. Toda acción dirigida contra el padre debe ser limitada dentro de los términos señalados por la ley alemana.

En otras legislaciones, como el derecho inglés y suizo, la causa de la preferencia por el derecho nacional está en la consideración, por el legislador, de la circunstancia de que, por ser esta ley nacional la que el juez conoce, no se presentan dificultades ni para su determinación ni para su aplicación. Para que un tribunal inglés se reconozca competente para conocer de la demanda de un hijo ilegítimo de declaración de su filiación, es necesario que este hijo ilegítimo haya nacido en el Reino Unido o que la madre estuviese domiciliada en Inglaterra en la época del nacimiento. Los derechos reconocidos por la ley inglesa a estos hijos, son bastante reducidos: respecto a su madre, tiene derecho a alimentos, pero este derecho se extingue al cumplir los diecisésis años o en caso del fallecimiento del hijo; en relación a su padre, no tiene ningún derecho y solamente la madre puede, por medio del procedimiento de "l'Affiliation Proceeding", obtener una contribución, bastante reducida, al sostenimiento de los gastos ocasionados por el hijo, durante el plazo de doce meses, contados desde su nacimiento o desde el momento en que el padre haya dejado de contribuir a su sostenimiento.

El segundo grupo está constituido por las legislaciones que adopten una solución bilateral, para determinar la ley aplicable; pero dentro de este grupo, unas consideran que la ley aplicable es la correspondiente al momento de la concepción (así la ley checa de 11 de mayo de 1948, de competencia a la ley de Checoslovaquia, en lo referente a los efectos de la pensión alimenticia, si la madre o los que tuvieron relación con ella en la época de la concepción, tienen su residencia en Checoslovaquia); en otras muchas, en cambio, se considera que la ley aplicable es la correspondiente al país en que se verifique el nacimiento.

A continuación de esta exposición de legislaciones extranjeras, el profesor Foyer, se centra en el estudio de las soluciones de la legislación y jurisprudencia francesa ante diversos problemas suscitados en esta materia. El primero es el de averiguar la ley aplicable a las acciones de investigación de la paternidad, en el caso de que el hijo ilegítimo haya cambiado de nacionalidad, entre el momento de su nacimiento y aquél en que el juez deba resolver. La actual jurisprudencia francesa considera como ley aplicable, la ley nacional del hijo en el momento de su nacimiento, pudiendo, no obstante, el hijo extranjero que, con posterioridad a su nacimiento, adquirió la nacionalidad francesa, acogerse a la aplicación de la ley francesa si ésta le es favorable. Para llegar a esta solución, la jurisprudencia se orientó en las resoluciones dictadas con motivo de la aplicación de la Ley de 15 de julio de 1955. Con anterioridad a la promulgación de esta ley, se dio el caso de acciones de investigación de la paternidad por seducción, rechazadas por los tribunales, por insuficiencia de prueba. La Ley de 15 de julio de 1955, estableció que para el ejercicio de estas acciones no será necesario aportar un comienzo de prueba por escrito en el sentido del artículo 1.347 del Código Civil francés. Y se planteó el problema de si las Cortes de apelación debían admitir las interpuestas con-

tra las sentencias dictadas antes de la Ley de 15 de julio de 1955. La jurisprudencia estableció que la Ley de 15 de julio de 1955 se aplicaba a hijos ilegítimos nacidos antes de su promulgación. La atribución de competencia de la ley más favorable al hijo, ha adquirido una importancia considerable en las más diversas legislaciones; así la ley polaca de 2 de agosto de 1926, ley de Hungría de 1952, sobre el matrimonio, la familia y la tutela, Convención de la Haya, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, respecto a estos hijos; tratado de 11 de mayo de 1951, entre los países del Benelux, en lo que respecta a la regulación de las obligaciones alimenticias del padre o madre hacia el hijo.

Esta idea de favorecimiento al hijo ilegítimo se manifiesta en la tendencia de la jurisprudencia francesa a restringir la aplicación del orden público (por ello hoy día no se rechaza una acción fundada en derechos extranjeros, por el hecho de haber transcurrido los plazos que para su intercesión señala el artículo 340 del Código Civil francés, por no considerar hoy día de orden público los plazos marcados por dicho artículo) y en la relativo al ejercicio de acciones alimenticias. En Italia el reconocimiento de la obligación alimenticia por los tribunales, implica el de la paternidad ilegítima; en Alemania, se conciben como independientes ambas cuestiones. En Francia, hasta la Ley de 15 de julio de 1955, se habían considerado a las acciones alimenticias, como acciones de investigación de la paternidad, por lo que su ejercicio debía someterse a las condiciones señaladas por el artículo 340 del C. c., pero en la actualidad pueden ejercerse estas acciones ante un tribunal francés, en base a lo dispuesto por las legislaciones extranjeras, no sólo por los hijos adulterinos o incestuosos, sino por los hijos naturales simples, que gozan, pues, de un derecho no reconocido a los hijos naturales franceses por la legislación de su país.

En caso de conflictos móviles de leyes surgidos con motivo de estas obligaciones alimenticias hacia los hijos ilegítimos, la jurisprudencia francesa considera que la ley competente es la que regía en el momento de su nacimiento, reconociendo a este hijo, sin embargo, el derecho a la elección de la ley que le sea más favorable y excluyendo la ley normalmente competente, en el caso de que esta ley deniegue toda clase de socorros al hijo ilegítimo.

En cuanto a la determinación de la ley aplicable al reconocimiento voluntario de la filiación ilegítima, la doctrina y jurisprudencia francesas sostienen que la ley es la vigente en el día en que realizó el reconocimiento. Sin embargo, en materia de conflictos móviles de leyes, existen dos tendencias diferentes: Según una de ellas debe ser competente la ley vigente en el momento del nacimiento, ya que el nacimiento es un hecho esencial para que exista la filiación y, por otra parte, la consecuencia de reconocer como competente la ley vigente en el día del reconocimiento,ería la de atribuir a este hecho efectos retroactivos en contravención del artículo 2º del Código civil.

Los partidarios de la competencia de la ley vigente en el día del reconocimiento, sostienen que el reconocimiento es un acto que consagra

jurídicamente un lazo de filiación preexistente y como acto de voluntad, debe someterse, en lo que respecta a la capacidad y condiciones de validez del acto, a la ley nacional bajo la cual se realizó el acto.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha descartado a veces esta ley del día del reconocimiento, en favor de la ley más favorable al menor y así en l'affaire Fontaine, la Cour de Cassation no consideró competente la ley inglesa y sí, en cambio, a la ley francesa "por el derecho imprescriptible (para una madre francesa) de reconocer a su hijo en la forma y condiciones establecidas por la ley francesa".

Otro problema que se presenta en esta materia es el del cambio de nacionalidad, resultante del establecimiento de la filiación. En el derecho suizo está establecido que "la nacionalidad suiza se adquiere por el hijo ilegítimo que ha visto reconocida voluntariamente su filiación o por el ejercicio de "la gran acción", ya que la "pequeña acción" sólo tiene como consecuencia el que el padre deba contribuir equitativamente a los gastos de sostenimiento y educación del hijo (art. 391 C. c. suizo). En la mayoría de las legislaciones extranjeras el reconocimiento de obligaciones alimenticias no supone la atribución de la nacionalidad. Sin embargo, el artículo 279 del C. c. italiano atribuye la nacionalidad italiana a los hijos adulterinos o incestuosos que hayan obtenido alimentos, ejercitando las acciones concedidas por el derecho italiano.

La jurisprudencia francesa, interpretando el artículo 26 del C. c., ha establecido que:

1.^o La nacionalidad provisional francesa, que es la del niño no reconocido, es la determinante de la ley aplicable al hijo ilegítimo en el momento del reconocimiento.

2.^o La filiación de un individuo extranjero deberá apreciarse, según su actual ley extranjera, aunque esta ley extranjera conduzca a reconocer a ese individuo una filiación, respecto a padres franceses y como consecuencia, la nacionalidad francesa.

Por último, estudia el profesor J. Foyes los efectos que una filiación ilegítima, reconocida en países extranjeros, tiene en Francia, destacando cómo por consecuencia de la Ley de 15 de julio de 1955, se ha limitado la actuación del orden público en esta materia y así es posible hoy día el que un tribunal francés ejecute, por ejemplo, una sentencia dictada por un tribunal danés o noruego, que condene a pagar alimentos al hijo ilegítimo en concepto de deudores solidarios, a todos los que hayan tenido tratos con la madre o una pretensión, fundada en el artículo 792 del nuevo C. c. de Etiopía, según el cual "cuando por aplicación de los artículos que preceden, un niño deba ser atribuido a numerosos padres, una reglamentación de paternidad puede ser establecida por contrato entre aquéllos a quienes la paternidad ha sido atribuida por ley", y el de las consecuencias que el cambio de nacionalidad tienen sobre una filiación anteriormente establecida, en lo referente a obligaciones alimenticias hacia el hijo ilegítimo, derechos sucesorios, patria potestad y tutela.

El problema de los conflictos móviles de leyes, en materia de filiación ilegítima, es hoy de gran actualidad, por los desplazamientos de grandes

masas humanas, motivadas por la segunda guerra mundial, hacia los países del Este de Europa, y, la cada día más frecuente relación entre personas de nacionalidad diferentes. La obra de Jacques Foyer tiene, además del interés práctico que supone el tratamiento de este problema, el de constituir una exposición de la actualidad legislativa en materia de filiación ilegítima, en todos los países del mundo.

LUIS SIMÓN DÍAZ

GRAZIANI, Alessandro: "Studi di diritto civile e commerciale". Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. XV + 610 págs.

Alessandro Graziani, ha sido uno de los mercantilistas más sólidos y sensibles de la generación que floreció entre las dos guerras. Sus numerosísimos escritos siempre agudos, clarísimos, nos han mostrado un jurista atento a los problemas más vivos de cada momento, en los que sobresalen su formación de civilista y una preocupación constante por el aspecto funcional de las instituciones. Ricos de información, sobrios en la expresión responden a un deseo constante de adecuación a la norma de servir hasta el máximo a la certeza del derecho.

Su producción vastísima, a veces publicada sin firma, se encuentra diseminada en revistas y publicaciones universitarias que si en Italia son de difícil consulta, en el extranjero son a menudo absolutamente inasequibles. De ahí la extraordinaria utilidad de esta recopilación ofrecida por el editor Dott. Eugenio Jovene, que recoge trabajos publicados entre 1925 y 1952 sobre temas de derecho civil y mercantil. Como apunta el propio autor "algunos de estos hacen referencia a la codificación derogada, pero muchos de los problemas discutidos están todavía abiertos" y en todo caso su lectura puede ser de utilidad para la mejor valoración de la norma vigente.

Un primer grupo de ensayos se refiere a la representación y a la relación de gestión: "La rappresentanza senza procura" y "Il mandato di credito", referidos al derecho anterior, siguen siendo todavía dos estudios fundamentales. Citemos también el profundo estudio sobre "La cessione dei crediti" la nota "In tema di formazione dei contratti" sobre un tema que ha suscitado el interés de los mayores juristas italianos, y el claro ensayo sobre la noción técnica y jurídica del reaseguro.

La materia del derecho de sociedades, que interesó siempre al autor de modo muy particular, publicando un volumen institucional de singular difusión universitaria, está también aquí ampliamente representada: Sociedades atípicas, sociedades no manifestadas y el problema de la responsabilidad frente a los terceros, sociedad anónima y consorcios industriales, el pacto leonino, los derechos de la sociedad frente al accionista moroso, el derecho del socio a los beneficios, la invalidez de los acuerdos sociales, la prórroga tácita, la transformación de sociedades mercantiles, el conflicto de intereses entre el accionista y la sociedad, son otros tantos temas en que el autor muestra su profundo conocimiento del derecho de sociedades.

Los títulos de crédito están representados por varios estudios que tocan algunos de los temas fundamentales en la materia. "Azione cambiaria e azione causale", que fue publicado como nota a sentencia, constituye una exposición particularmente feliz de una cuestión atormentada. Recordemos también sus observaciones en materia de endoso fiduciario de la letra de cambio, cesión del crédito y endoso cambiario, la letra de cambio hipotecaria.

EVELIO VERDERA

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE: "Jurisprudence de droit uniforme", núms. 1-2. Milano, 1964.
Un volumen de 175 págs.

El "Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado", con sede en Roma, continúa su magnífica tarea de ofrecer reunida la jurisprudencia que se produce en todos los países adheridos a los convenios internacionales sobre materias de derecho uniforme. Con este nuevo ejemplar, correspondiente a los fascículos primero y segundo del año 1964, se recogen sentencias belgas, americanas, italianas, inglesas, austriacas, francesas, luxemburguesas, portuguesas y holandesas, en su texto original.

Sobre el Convenio de Bruselas de 1964, acerca de los conocimientos de embarque, son de interés las sentencias que tratan de la responsabilidad del transportista por daños durante el viaje, las averías al efectuar la carga, los daños no probados, sobre la diligencia del transportista, cláusulas con reservas, cláusula F.I.O., presunción de responsabilidad, mercancías libradas con averías, mal estado de las mercancías después del libramiento, sobre la fortuna en el mar, navegabilidad y daños causados por defecto de construcción del naviero.

En cuanto al Convenio de Bruselas de 1957, sobre la limitación de la responsabilidad de los propietarios de naves marítimas, se considera el aspecto de la responsabilidad limitada del propietario de un remolcador. El Convenio de Bruselas de 1926, que trató sobre los privilegios e hipotecas marítimas, ha producido jurisprudencia al tratar de aplicar lo referente a su ámbito de aplicación y de las formalidades de publicidad previstas por la ley nacional.

Respecto al Convenio de Varsovia de 1929, sobre el transporte aéreo internacional, se recogen las sentencias que hacen referencia al "bautismo del aire" en caso de transporte remunerado, sobre las condiciones de un transporte en que se derogan convencionalmente por un representante del transportista, la limitación de la responsabilidad en cuanto al piloto y un transporte aéreo de mercancías con cláusula específica y que se produce un retraso.

El Convenio de Ginebra de 1930, sobre la ley uniforme en materia de cambio y títulos a la orden, es objeto de numerosas decisiones, tales como las que se refieren a la aceptación dada por el gerente de una sociedad, a la falta de pago por el que avala, en cuanto a los límites del aval, la

indicación de dos lugares de pago en un título a la orden, su defecto por falta de señalar el lugar de constitución, su endoso por intermediación, sobre la firma de un título a la orden en calidad de suscriptor o avalista, la letra de cambio a la orden de un banquero y su calificación como portador legítimo y en cuanto a los terceros, la letra de cambio incompleta a la emisión por ausencia de firma del suscriptor y por no estar de acuerdo con lo convenido, sobre la obligación cambiaria y el *falsus procurator*, la prescripción de la letra de cambio y su validez como título de un acto privado, la falta de oponibilidad al portador de buena fe, la letra de cambio "agraria" y su asimilación con la ordinaria y sobre el defecto de pago y de la aceptación.

El Convenio de Ginebra de 1931, acerca de la ley uniforme sobre cheques, también ha producido una jurisprudencia de interés en los casos de la alteración del nombre del beneficiario en el cheque, del cheque que se suscribe al nombre de dos personas y se endosa por una sola, casos de acción cambiaria y regularidad de los endosos, contrato de emisión y la oponibilidad indebida al portador de buena fe, el protesto y su finalidad, plazo del protesto y sobre la falta de provisión.

Este volumen contiene, además, la jurisprudencia uniforme del Convenio de Ginebra de 1956, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), sobre los casos de una acción de responsabilidad intentada por el destinatario frente al transportista y sobre las relaciones entre el comisionista expedidor y su cliente.

JOSÉ BONET CORREA

LUBASCH, Kurt: "Die volkswirtschaftlichen Wirkungen von Geldwertsicherungsklauseln". Berlín, 1964. Editorial Walter de Gruyter. Un volumen de 97 págs.

Las "cláusulas de estabilización", aquellas que la autonomía privada añade en sus contratos de trato sucesivo por componerse su prestación de dinero, de un dinero que se desprecia, han sido objeto de estudio desde el punto de vista jurídico con objeto de estudiar su naturaleza y efectos con la finalidad fundamental de lograr la equivalencia de las prestaciones entre las partes. La obra que reseñamos trata de examinar otro aspecto distinto del jurídico, el económico, si bien toma en cuenta el primer aspecto en sus tres apartados iniciales.

Ante el fenómeno de depreciación del dinero, Lubasch se propone el examen de la significación económica de estas cláusulas tanto por el interés de los que ahorran (argumento ya estudiado con más amplitud al tratar de extender dichas cláusulas a ámbitos más generales, puesto que en Alemania inicialmente estas cláusulas están prohibidas), como respecto al desarrollo económico general. Dado que con la inflación sufren la formación de capitales y los medios de inversión, especialmente cuando se trata de amortizaciones a largo plazo, tal como sucede con las obras de estructuras fundamentales o de infraestructura de un país,

es por lo que el autor las propugna y califica como un remedio para luchar contra estos efectos de la depreciación del dinero a través de su mecanismo proporcionador de un valor económico relativo.

Las cuestiones fundamentales que el autor presenta en este estudio se refieren a las siguientes interrogantes: Los créditos asegurados con estas cláusulas ¿son para el deudor una carga pesada? Dichas cláusulas ¿contribuyen o aceleran una depreciación monetaria? Estas cláusulas ¿corrigen la falta de una mejor inversión del capital? En siete apartados Lubasch trata de dar una respuesta a dichas demandas y sistematiza su estudio del siguiente modo: I. La esencia de las cláusulas de estabilización. II. Los argumentos en pro y en contra de la admisión de las cláusulas de estabilización. III. Los efectos de la estabilización de los créditos para el deudor y el acreedor. IV. El problema de la unidad de valor. V. Los efectos de las cláusulas de estabilización en modificaciones inesperadas del valor del dinero. VI. Los efectos de las cláusulas de estabilización en modificaciones previsibles del valor del dinero. VII. Los resultados.

La obra se cierra con un elenco bibliográfico sobre el aspecto económico de dichas cláusulas estabilizadoras y con un índice de materias. En esta obra tanto el economista como el jurista podrán tener un estudio muy acabado de las cláusulas de estabilización y de su operatividad tanto respecto de sus efectos de equidad como mayormente de sus resultados para el ámbito patrimonial, especialmente del crédito.

JOSÉ BONET CORREA

MARTIN-BALLESTERO y COSTEA, Luis: "La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo", Editorial Montecorvo, Monografías, Colección de Estudios Jurídicos IV, Madrid, 1963; 128 págs.

La presente monografía constituye una muestra de la constante preocupación del ilustre profesor zaragozano por la problemática actual del Derecho de Obligaciones. La idea central se desarrolla a lo largo de siete capítulos para llegar a la conclusión de que: "Bien está que en Derecho privado partamos de la voluntad, pero condicionándola, vistiéndola, cuando ha de producir un efecto que afecte a los demás, exigiéndosele manifiesta intención de obligarse y causa justa o razonable para que la ley y el tráfico deduzcan y tomen en consideración aquella emanación del querer humano"; pero junto a esta idea fundamental la obra está enriquecida con buen número de consideraciones marginales, sugestivas en extremo y no pocas veces polémicas.

El autor nos hace entrar en materia con un capítulo --notable por su galanura literaria-- de consideraciones generales sobre la panorámica de la actual crisis jurídica, en el que se nos recuerda que la crisis no es sino una parte del mismo proceso vital, y que en nuestra labor de juristas debemos conservar los antiguos moldes y cuanto de básico o fundamental pudiéramos salvar de lo pasado para adaptarlos a las nuevas circunstancias y condiciones de vida. A continuación expone el mito del

contrato tal como ha quedado plasmado en los Códigos de cuño liberal, mientras que la realidad social acostumbra a marchar por caminos muy distintos. El capítulo III trata de la voluntad contractual y su autonomía; fundamentando la autonomía de la voluntad en el respeto a la persona, subraya acertadamente el autor que lo más delicado y lo más importante de esta teoría es la necesidad de su reconocimiento y el problema de sus límites, y después de dirigir un canto a la libertad aragonesa y al principio *standum est chartae*, formula el deseo de que así como el contrato, en cuanto libre acuerdo de voluntades, sirvió a la época del frenesí individualista en la política y en la filosofía, cabe también esperar que el contrato se adapte a una nueva y actual concepción de la vida y del Derecho. Probablemente el capítulo IV contiene el meollo de la tesis del autor; dedicado a exponer la génesis y la fuerza obligatoria del contrato, traza la evolución histórica de éste, haciendo ver las diferentes vicisitudes de la manifiesta intención de obligarse; en un principio la forma y el contrato típico vienen a suponer en su aceptación el inequívoco deseo de las partes contractuales de obligarse en sentido jurídico, y cuando el formalismo pierde rigidez, la voluntad de obligarse se concreta en la realización de la presunción, apareciendo *res* y forma en el Derecho intermedio como necesarios para demostrar que las partes habían superado ya la fase de negociaciones preliminares; el principio del nudo consentimiento, en el que España se adelanta con el Ordenamiento de Alcalá, es de trabajosa elaboración, y junto a él aparecerán como limitaciones la doctrina de la causa razonable y de la causa suficiente. Domat y Pothier elaborarán una doctrina que sustancialmente será recogida por el *Code*, y a partir de éste la averiguación de la intención de obligatoriedad se lleva a cabo de modo independiente respecto del criterio de la forma y de la *res*, y mediante la libre investigación sobre los motivos y circunstancias del caso. En ello ve Martín-Ballesteros una desviación con relación a los criterios romanos y medievales, si bien en los artículos 1.100 y 1.124 C. c. puede vislumbrarse una base para reconstruir la doctrina de que el contrato no es tal contrato sino cuando ha comenzado a ser ejecutado; finaliza este capítulo con una revalorización de la doctrina de la causa con arreglo a un sugestivo esquema: a) en los contratos típicos la causa es la tipicidad; b) en los formales, la forma y la necesidad de llenarla en todas sus partes, supone o refuerza y asegura ese "algo más" exigido a la simple voluntad de querer obligarse; c) en los atípicos e innominados, la causa suficiente o razonable hay que buscarla en la manifestación objetiva y amparada por el Derecho, y, en particular, en la realización de la prestación en los contratos reciprocos; d) en las promesas gratuitas, la causa se presenta con cierto aislamiento y dificultad para la valoración objetiva de su obligatoriedad. Bajo el epígrafe de "Las nuevas manifestaciones contractuales", los contratos normativos, de adhesión y colectivos son objeto de análisis por el autor, siguiendo los conocidos estudios de Ossorio y Rayo Martínez. Muy sugerivas son las consideraciones sobre modificación, revisión y estabilización de los términos de un contrato, haciendo un completo catálogo de los supuestos de modificación legal y de

revisión o modificación judicial, con particular atención a las cláusulas de estabilización. El último capítulo está dedicado a la fuerza vinculante de la sola promesa y de sus condiciones, que finaliza con la conclusión de que aceptando la doctrina voluntarista de que la voluntad por sí sola es incapaz de producir un vínculo, es necesario ver ese algo más, no tanto en la aceptación antes de ser revocada la oferta, cuando en la expectación producida por la declaración unilateral de voluntad, y de la que da fe de modo decisivo la aceptación, en cuanto supone respuesta a aquella manifiesta intención de obligarse que ha conocido como tal el tráfico jurídico.

Como final de este trabajo propone una revisión de la dogmática del contrato, quizás un tanto sofocada por la doctrina del negocio jurídico y de la autonomía de la voluntad, encaminada a dar el debido realce a la manifiesta intención de obligarse.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MARTÍN BLANCO, José: "El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo". Editorial Montecorvo, Monografías, Colección de Estudios Jurídicos, VIII. Madrid, 1964; 362 páginas.

A riesgo de parecer banal, debo anticipar que estamos en presencia de un libro importante. Cualquier jurista que ha tenido que enfrentarse con la Ley del Suelo sabe del impacto considerable que la misma ha producido en nuestro Derecho patrimonial, y, en consecuencia, de los graves problemas que plantea su falta de coordinación con las normas del Código civil. Por otra parte, pocas personas tan adecuadamente preparadas para acometer el tema como el doctor Martín Blanco, quien a su acrisolada formación iusprivativista une el actual desempeño de un elevado cargo en el Ministerio de la Vivienda, desde donde puede seguir paso a paso el moderno desarrollo del urbanismo en nuestra Patria. Si a ello unimos el que la contratación y especulación sobre inmuebles urbanos se encuentran en el primer plano de la actualidad jurídica, forzoso es concluir que buen número de incitaciones teórico-prácticas empujan a la lectura de esta obra. Y hay que confesar que el libro no defrauda.

Las seis partes de que consta la obra se inicián con un capítulo de consideraciones introductorias de carácter metodológico, en donde se destaca el valor jurídico del Plan y los intereses que entran en juego en la ordenación jurídico-urbanística. Fundamental es el segundo capítulo, dedicado al objeto de las relaciones jurídicas del tráfico inmobiliario; Martín Blanco subraya las modificaciones que la Ley del Suelo ha aportado a las categorías clásicas, y así considera que en adelante la diferenciación entre lo rural y lo urbano ha de regirse por aquélla (en tal sentido la sentencia 28 febrero 1963), y que lo propio puede decirse del concepto de solar; digna de mención es la calificación jurídica que al autor merecen las zonas verdes (inmuebles que, no jurídica, pero sí económicamente, y de hecho, son *extracommercium*), así como los nada fáciles problemas de la divisibilidad e indivisibilidad. La tercera parte, dedica-

da al valor del objeto de las relaciones jurídicas del tráfico inmobiliario, será probablemente la más apreciada por los prácticos, y buena confirmación de ello es la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida por el autor; pero se trata de una cuestión no del todo ajena a las cuestiones teóricas, pues, como acertadamente pone de relieve el autor, el valor de los inmuebles ya no constituye el tradicional concepto de la *aestimatio, reparatio o restitutio*, sino que representan nuevos elementos patrimoniales que deberán ser tenidos en cuenta en la ordenación de bienes en el Derecho privado. La cuarta parte trata de la sustitución del objeto, y aquí tiene cabida el tratamiento de la subrogación, permuto de terrenos y las reparticiones urbanísticas. Aspectos de Derecho público predominan en la quinta parte (cuestiones de expropiación forzosa, el tanteo urbanístico municipal como problema de *leye ferenda*, las cesiones obligatorias de terrenos por los particulares, la venta de terrenos del Patrimonio Municipal y la venta de parcelas por organismos autónomos); en este punto quisieramos sugerir al autor que la traducción del *Vorkaufsrecht* de la *Bundesbaugesetz* alemana de 1960 por derecho de tanteo acaso no sea del todo apropiada, teniendo en cuenta el estricto significado del tanteo entre nosotros. Por último, en la sexta parte el autor se ocupa de algunos requisitos de los negocios jurídicos que tienen por objeto inmuebles urbanos, entre los que destaca la licencia municipal de obras.

Merece elogios el autor por haber acometido un tema prácticamente inédito en nuestra literatura jurídica; en la francesa pudiera señalarse como antecedente el volumen colectivo *L'inmuble urbain à usage d'habitation* (cfr. nuestra recensión en *ADC*. XVII, pág. 691), aunque de orientación, en parte, diferente. De destacar es también la altura desde donde acomete los problemas; que no siempre el lector esté de acuerdo con las soluciones concretas, no es demérito alguno de la obra, sino que confirma su valor incitante. Como las Jornadas de Derecho Civil sobre la Ley del Suelo, celebradas en Valladolid en 1963, pusieron de relieve una intensa colaboración entre civilistas y administrativas a propósito de la Ley de 1956, se hace más necesaria cada día (cfr. la reseña de dichas Jornadas en *ADC*. XVII, pág. 119).

GABRIEL GARCÍA CANTERO

VIDELA ESCALADA, Federico N.: "La interpretación de los contratos civiles". Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961; 135 págs.

No es, ciertamente, muy abundante —fuera de la atención que al tema se presta en los tratados generales— y no solamente en nuestra patria, la bibliografía existente sobre la interpretación de los contratos. En esta pequeña monografía realiza su autor un estudio del problema sobre la base del Derecho argentino.

Dado el fondo común existente en toda la materia de interpretación jurídica, se afirma que, sin perjuicio de las soluciones especiales que deban adoptarse, en la interpretación de los contratos se habrán de tomar en

consideración los principios que rigen la interpretación de la ley. Con este motivo, pasa revista el autor, brevemente, a las distintas teorías o métodos interpretativos de la ley, para afirmar respecto de la tesis de Gény que ésta se adapta fértilmente al campo de la interpretación de los actos jurídicos.

Para delimitar el objeto de su estudio, Videla Escalada distingue entre actos jurídicos unilaterales y bilaterales, exponiendo su criterio de que "en el caso de los actos jurídicos unilaterales se tiene más en cuenta la voluntad real, mientras que en los contratos adquiere mayor preponderancia la declarada" (pág. 31). Entiende, pues, que no cabe una separación rigurosa y tajante de las conocidas teorías subjetiva y objetiva en materia de interpretación: "no puede decirse con verdad—escribe—que el Derecho francés acepte una y el alemán la otra, con exclusión de aquélla, sino que, realmente, prevalece, en cada uno de ellos, una de esas posiciones, pero también, en los respectivos cuerpos de leyes, se ha dado cabida a ambas y, en ambas jurisprudencias, las diversas teorías encuentran su mejor campo de aplicación en las instituciones análogas, sometidas a una labor interpretativa" (págs. 31-32) (1).

Dentro ya del tema propio de su estudio, el autor se limita al análisis de algunos puntos concretos, como son los métodos utilizables, las reglas de interpretación, la calificación del contrato y la integración del mismo. Acerca de las reglas de interpretación, destaca acertadamente cómo existe una coincidencia general en su utilización, tanto si dichas reglas están recogidas expresamente en la legislación positiva, como si no estando han sido aplicadas o elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina; esto revela, a juicio de Videla Escalada, el "profundo contenido de equidad y eficacia" de tales reglas.

Basándose en la distinción entre usos interpretativos y usos normativos, afirma Videla Escalada que la única norma que, en el Código civil argentino, se ha entendido como regla de interpretación, a saber, el artículo 1.198 (derivado, con ciertas variantes, del art. 1.135 C. c. francés; recuérdese el art. 1.258 de nuestro C. c.), se encuentra, en rigor, fuera del ámbito de la interpretación y constituye un precepto de integración del contrato.

Examinando concretamente, en la tercera parte de su trabajo, la regulación del tema en el Derecho argentino, constata el autor el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en el Código de comercio de dicho país, en el que se encuentran recogidas la casi totalidad de las reglas usuales para la interpretación de los contratos, el Código civil no contiene normas de interpretación de los mismos. Ante esta situación, tanto la doc-

(1) Lo que ya había sido advertido por COSENTINI: *La reforma della legislazione civile*, Módena, 1914, pág. 306, cit. por CASTAÑ: *Derecho civil español, común y foral*, 8.^a ed., III, Madrid, 1953, pág. 309, nota 2. Sobre la posición del Derecho español, en relación con las teorías *voluntarias* y *declaracionistas*, v. DE CASTRO: *Apuntes de Derecho civil*, pág. 33 (que afirma que la regla general que concede valor predominante a la voluntad, "viene encarnada o corregida por dos ideas, sobre todo, que implican el reconocimiento de lo que las doctrinas declaracionistas y de la confianza tienen de justa"). CASTAÑ, loc. cit. y pág. cit.

trina como la jurisprudencia han aplicado a la interpretación de los contratos civiles aquellas normas establecidas en el Código de comercio. El mecanismo técnico que ha permitido esta extensión se encuentra en el juego de los artículos 15 y siguientes del Código civil, que, al ordenar al juez que no se abstenga de fallar pretextando insuficiencia u oscuridad de las leyes, le permite recurrir a los principios establecidos en leyes análogas.

Como se advierte, esta pequeña monografía está pensada y realizada desde el punto de vista del Derecho argentino. Su autor utiliza la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia nacionales; la bibliografía extranjera utilizada (en la que se advierte la ausencia de toda referencia al Derecho español) es reducida, aunque fundamental. El interés que la obra reseñada puede ofrecer a los juristas españoles, aparte del general y directo de ilustrar sobre la regulación de esta materia en el Derecho argentino, se encuentra, a mi juicio (y dado que el Código civil español regula con bastante detalle lo referente a la interpretación de los contratos), en la observación del carácter universal que tienen las reglas de interpretación de los contratos y la unidad básica que existe, en esta materia, incluso respecto de legislaciones que, como la argentina, no la regulan expresamente. Ante la tendencia que parece prosperar en la doctrina (2), contraria a la inclusión en los Códigos civiles de normas interpretativas, resulta elocuente la necesidad a la que han tenido que hacer frente aquellas legislaciones que, como el Código civil argentino, no establecen reglas de interpretación de los contratos; vacío que, en último término, ha tenido que ser colmado aplicando las existentes en otra legislación (en el caso concreto argentino, las contenidas en el propio Código de comercio).

JUSTO-JOSÉ GÓMEZ Y SABEL

(2) Cf. CASTAÑ, loc. cit., III, pág. 398.

REVISTAS

A cargo de Carlos MELÓN INFANTE y
Antonio Manuel MORALES MORENO

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

GIMENO FALERO, Pedro: *Esquema de la Parte General del Derecho Civil*, RCDI, núms. 418-419, marzo-abril 1963; págs. 248-270.

Como su título indica hace un esquema general, con referencia al Derecho español, de aquellas materias que han de componer la parte general del Derecho civil.

JORDANO BAREA, Juan B.: *Derecho Civil. Derecho privado y Derecho público*, RDP, octubre 1933; págs. 868-875.

Distinción apriorística, tras de la que late el problema de las relaciones entre el individuo y el Estado. Se recoge el fruto de las modernas interpretaciones del texto de Ulpiano. Se toma postura en esta distinción aceptando que la diferenciación se crea por los principios diversos que actúan (personalidad, comunidad).

2. Derecho de la persona.

BELTRÁN DE HEREDIA, José: *En torno a la condición potestativa*, RDP, 1963; págs. 215-226.

Clasificadas las condiciones en causales, potestativas y mixtas, se estudia el régimen de las dos últimas. Condición potestativa es aquella en que interviene exclusivamente la voluntad de una de las partes. Siendo *rígidamente potestativa* acarrea la nulidad de la obligación, tanto si se trata de la voluntad del deudor (art. 1.115 C. c.) como de la del acreedor (vid. art. 1.256 C. c.); en las obligaciones bilaterales por la vía del art. 1.124 C. c. y del enriquecimiento sin causa. A diferencia de la rígidamente potestativa, la *potestativa simple* permite la validez de la obligación (art. 1.115 *a sensu contrario*, 1.453, 1.507 Código civil), pero aplica la sanción del art. 1.119 C. c. En la *condición mixta* la voluntad de los contratantes concurre con un suceso externo. Se ha visto en

ella una condición casual (Giorgi), aplicándolas el régimen de tales con la sanción del art. 1.119 C. c.

CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, Buenaventura: *De la representación*, RCDI, números 418-419, marzo-abril; págs. 161-195.

Se pretende realizar un estudio teórico más que abordar sus aplicaciones prácticas. Dentro del sentido amplio de la representación (ponerse en el lugar de otro) se comprenden cuatro figuras:

a) El órgano de la representación: la representación hemos de entenderla aquí como la acción de hacer presente una manifestación de voluntad en el orden jurídico. Distingue en este estudio tres elementos que concurren en las acciones humanas: el formador o conciencia, el emisor o vehículo de aquella y la información misma o contenido de lo emitido. En el segundo elemento sitúa esta especie de representación. Analiza su mecanismo en la persona individual y jurídica.

b) Representación en sentido estricto: analiza el contenido de la representación, que está referida al ejercicio de los derechos y no a su titularidad (persona interpuesta).

c) Contrato de mandato: desplazado en importancia por el de poder, hoy, en los supuestos en que se presenta, ha pasado a ser un contrato accesorio. Se caracteriza por estar dirigido a crear una relación jurídica futura con un tercero.

d) Poder: para el autor, "el poder es aquel documento más o menos solemne en el que se recoge una oferta de contrato de mandato representativo emitida por el mandante". Estudia sus efectos contra terceros.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: *La interrupción de la prescripción*, RDN, año XII, núms. 41-42, julio-diciembre 1963; págs. 11-70.

La prescripción extintiva que "consiste sustancialmente en la inadmisibilidad del ejercicio tardío de una facultad, que funciona mediante la atribución de otra facultad al sujeto pasivo para detener, enervar o repeler este ejercicio tardío cuando haya existido un continuado silencio de la relación jurídica", se interrumpe a tenor de lo establecido en el art. 1.973 C. c. La otra figura paralela, interrupción de la usucapión, contemplada por el Código como interrupción de la posesión (art. 1.943) consiste en lo que sigue. Un poseedor está expuesto durante un cierto tiempo a la acción de dueño. Pasado ese tiempo, el poseedor puede repeler o enervar la tardía acción del propietario, pero este enervamiento no es justo si han existido actos que permitan vislumbrar la existencia y el ejercicio del derecho. De la comparación del régimen jurídico de ambas figuras parece desprenderse una diferencia de trato en la interrupción de ambas prescripciones. En la extintiva basta cualquier hecho que denote que el derecho continúa vivo. En la adquisitiva lo que la interrumpe es únicamente la privación-voluntaria o legal de la posesión (art. 1.945 y 1.946 C. c.). Los

vetos interruptivos, cabe incluirlos en las llamadas declaraciones modificativas. Se encuentran, por su naturaleza conservativa, dentro de las facultades de ordinaria administración; realizables por representante y receptores, aunque el efecto interruptivo se produce con la emisión, sin necesidad de demostrar que ha llegado a conocimiento del sujeto pasivo. Se hace un estudio, enumerándolos, de los actos interruptivos, por ejercicio judicial del derecho, cesación de la posesión, reclamación extrajudicial, reconocimiento del derecho. Los efectos de la interrupción, ejercicio válido del derecho e iniciación de un nuevo período de prescripción, exigen un análisis en las relaciones jurídicas con pluralidad de sujetos. Así se hace matizando la pluralidad de partes, activa o pasivamente, y la figura del fiador. La pluralidad de partes (cotitularidad) es estudiada en el derecho real y en el de crédito, teniendo en cuenta en este caso las figuras de la solidaridad, mancomunidad, y la situación de los herederos del acreedor.

LARENZ K.: *El Derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana*, RDP, julio-agosto 1963; págs. 639-645.

El BGB, par. 823 sólo protege la vida, el cuerpo, la salud y la libertad; dejando importantes lagunas, como la protección de la imagen (descripción en una novela, en el cine.....) publicación de documentos íntimos, exposición de la vida privada y familiar, fijación secreta de la voz por medio de magnetófonos, o aplicación de aparatos escuchas. Antes de 1945 se había negado por la jurisprudencia un derecho general de la personalidad; por su amplitud de cláusula general y su indeterminación, la formulación de un derecho general de la personalidad no se adaptaba al sistema de supuestos limitados de actos ilícitos, que sirve de base al BGB. Los excesos bélicos de la segunda contienda y el progreso técnico, con lo que supone de peligro para la esfera de la personalidad, hacen dar un giro a la jurisprudencia. En una serie de casos que el autor recoge, se amplía más allá de los límites del BGB la defensa de estos derechos. El apoyo lo viene a prestar la propia constitución, y la construcción técnica de un derecho general de la personalidad de contenido indeterminado. El autor habría preferido que la nueva situación se hubiera producido por la vía legal.

3. Derecho de cosas.

AGUIRRE, Agustín: *Dos conferencias sobre propiedad horizontal en torno a la Ley de Puerto Rico*, RCDI, núms. 420-421, mayo-junio 1963; págs. 305 a 344.

Se recogen dos conferencias pronunciadas en Puerto Rico, que tienen por objeto principal mostrar en sus esencias y detalles el sistema acogido por la ley puertorriqueña núm. 104, de 25 de junio de 1958. En la primera analiza el problema terminológico (nombre con que designar a la nueva institución jurídica) y los precedentes históricos, para por fin, antes de adentrarse en el

estudio de la propiedad horizontal como institución jurídica autónoma, referirse a las necesidades humanas y la vivienda. En la segunda conferencia, expuesta la génesis de la ley cubana, modelo de la de Puerto Rico, analiza los principios básicos que rigen la propiedad horizontal y algunos aspectos de la regulación positiva de esta materia en la ley que estudia. Es de destacar que la aplicación de esta ley a un edificio exige que sus dueños o dueñas declaren ser su voluntad someterlo al régimen que ella establece mediante escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

AGUTRRE, Agustín: *Tercera conferencia sobre Propiedad horizontal en torno a la Ley de Puerto Rico*, RCDI, núms. 422-423, julio-agosto 1963; págs. 504-533.

El título es expresivo de lo que se recoge en este artículo. Prosigue el análisis de la L. 104 de 25 de junio de 1958 puertorriqueña. Estudia, en relación a ella, las siguientes cuestiones: régimen legal, normas de la Ley, Reglamento, administración y acuerdos, fondo de reservas y depreciación, administración y ocupantes, ingresos y gastos, preferencia de créditos de gastos y solidaridad, costo de operación, seguro. Se recoge al final el texto de la Ley.

ALBALADEJO, Manuel: *Adquisición y pérdida de la posesión*, RDP, febrero 1963; págs. 117-125.

Se estudian los dos temas señalados en el título. Para abordar el tema de la adquisición de la posesión deja sentado previamente, que si bien la posesión como derecho es transmisible (art. 440 C. c. 1.652 Lec.), no lo es como hecho. En este último caso, lo que se indica es la adquisición de una cosa porque otro se despoja voluntariamente de ella. La posesión se adquiere por sí, como hecho, consiguiendo el señorío de hecho (art. 438 C. c.), para el que basta la capacidad natural de entender y querer (art. 443 C. c.) y la genérica de señorear la cosa, siendo diversas las formas. Como derecho, los supuestos son varios y la capacidad depende del acto adquisitivo. No se requiere ésta cuando se obtiene por acontecimiento independiente de la voluntad o por voluntad del otro. La posesión se puede adquirir también por representante, pero tal figura de la representación no puede albergar la adquisición de la posesión como hecho. Si es posible en cambio que el representante realice un acto que nos atribuya el derecho de posesión,

La continuación de la posesión se manifiesta en dos preceptos que regulan la continuidad del tipo de posesión adquirido (art. 436) y la presunción de la posesión intermedia (art. 459 y 1.960, 2.^a C. c.). "Tipo" es un término comprensivo de todos los caracteres de una posesión, que restringe su alcance para el adquirente y el heredero, pues en estos casos las circunstancias personales no se traspasan.

La pérdida de la posesión de hecho, es irrito de cesar el poder de hecho sobre la cosa (art. 460, 1.^a, 2.^a y 3.^a C. c.) o la aptitud de la cosa para ser poseída. Como derecho se pierde por cese de la aptitud de la cosa para ser poseída,

transmisión, renuncia, pérdida del derecho sobre la cosa, transcurso de un año después del despoj... Los efectos de la recuperación están previstos en el artículo 466 C. c.

ALBALADEJO, Manuel: *Protección y efectos de la posesión*, RDP, abril 1963; páginas 304-315.

La ley protege a todo poseedor en su posesión (art. 446) en razón a que no puede permitir que una situación existente (anum de hecho) sea atacada. La protección es obra de los interdictos, ejercitables dentro de un año, por cualquier poseedor perturbado o despojado contra todo aquél que haya ejecutado o por orden del que se haya realizado la perturbación o el despojo (art. 1.652 Lec. in fine) incluso contra el que recibió la cosa del despojante por el título hereditario u otro con conocimiento del despojo. Pero incluso cabe la defensa por la fuerza de la posesión, siempre que estemos en el supuesto del art. 8.^o 4. ss. Código penal y la recuperación por sí, de la posesión perdida por la Administración. Cuando surja confusión sobre quién es el poseedor, se aplicarán las normas del art. 445 C. c.

Los efectos de la posesión no son únicos, y vienen determinados por el concepto en que se posee la cosa y por la buena o mala fe. Van referidos a los puntos, frutos, indemnización de gastos y mejoras y responsabilidad por pérdida de la cosa. La posesión adquirida de buena fe de los muebles equivale al título, precepto que se interpreta por el autor según la tesis germanista, al mismo tiempo que trata de restringir el concepto de privación ilegal.

FAIRÉN MARTÍNEZ, Manuel: *La propiedad: Teoría de errores*, RDP, febrero 1963; págs. 126-139.

Encuentra el autor una doble dificultad a la hora de estudiar la propiedad: a) el "dominioocentrismo" (la propiedad es paradigmática del derecho subjetivo, fundamento central del universo de ciencias sobre el hombre); b) ser la propiedad institución prejurídica, fuera del Derecho, y sin embargo dentro del Derecho Privado. Una serie de errores señala en el enfoque de esta institución: 1. Histórico: conservamos las mismas palabras que en Roma (propiedad, dominio), pero es un error creer que allí significaron lo mismo que hoy. Para el Derecho Romano la propiedad es una realidad política y el significado económico que hoy denota estaba invocado en aquél Derecho por el término *possessio*. 2. La confusión entre dueño y titular, debida a los glosadores, que recogen la influencia de la filosofía platónica (paradigma) que actuó a través de los sabinianos, en la obra de Justiniano. A la propiedad se le aplicarán todas las generalizaciones sobre el concepto abstracto de titularidad. Por otra parte, la ausencia de una parte general de los derechos reales, ha hecho que se construya sobre la propiedad. 3. Teológico; "se ha exagerado no poco en las posiciones de la Iglesia en materia de propiedad, que son de una extrema flexibilidad, sancionando como esenciales algunos principios generalísimos (derecho a la propiedad) y marcando luego unos criterios puramente orientadores, perfecta-

mente opinables, en materia del derecho de propiedad o régimen de la misma". 4. Sociológico: el aprovechamiento de la naturaleza por el hombre cabe dentro de figuras distintas a la propiedad (ejemplo enftesis). 5. Lógico: definiciones descriptivas que ante la imposibilidad de ser exhaustivas operan restringiendo con cláusulas limitativas lo que en principio se considera ilimitado (contradicción, imprecisión). 6. Psicológico: la categoría global unitaria de la propiedad, "es lícita, pero sólo permite una pura ciencia lógica del Derecho, y lo que es ilícito es querer fundar en ella una ciencia del Derecho óntica".

GOMEZ CALERO, Juan: *Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español*, RDP, septiembre 1963; págs. 774 a 790.

Analiza las generalidades del retracto legal, y las particularidades del retracto legal de comuneros.

I. Definido legalmente (art. 1.521 C. c.) podemos considerarlo como derecho real (se recoge jurisprudencia) dirigido conjuntamente a una "resolución" y "subrogación" (coordinación arts. 1.506 y 1.521 C. c.) en el contrato, que surge con la consumación del mismo. "La transmisión originaria queda restituta; el retrayente, subrogado en la posición jurídica del comprador asumen los derechos y obligaciones de éste en la convención originaria. Bajo las mismas condiciones en cuanto al objeto y causa surge un nuevo contrato cuyos elementos personales son el enajenante y el retrayente". La enajenación que origina el derecho de retracto ha de provenir de compra o donación en pago, y cabe su ejercicio tanto sobre inmueble como sobre mueble (art. 1.521 "cosa"). El plazo señalado es de caducidad (amplia jurisprudencia). Recoje las direcciones jurisprudenciales acerca de si se ha de computar el día en que se produjo la inscripción o se adquirió el conocimiento.

II. El retracto de comuneros exige como requisitos: a) existencia de una comunidad (art. 392 C. c.). Rechaza que exista comunidad en otras figuras: disfrute compartido de aprovechamientos diversos (comunidad sólo en los aprovechamientos); distinta titularidad del suelo y del subsuelo; concurrencia de derechos limitativos del dominio; propiedad horizontal (L. 21 junio 1960 "máxima posibilidad de individualización de la propiedad" Exp. Motv.); b) Enajenación a un extraño, fuera de la comunidad, de parte de la cosa común. La jurisprudencia exige la condición de extraño en el momento de nacer y ejercitarse el retracto (S. 18 junio 1903); c) calidad de comunero en el retrayente, tanto al tiempo de la enajenación como en el momento de ejercitarse la acción de retracto.

DE LOS MOZOS, José Luis: *Algunos supuestos de aplicación del concepto de solar*, RDP, octubre 1963; págs. 875 a 888.

El trabajo pretende ocuparse de los criterios de determinación práctica que han de seguirse en orden a decidir: cuándo una finca puede considerarse como solar para ser inscrita en el Registro Público de Solares; y en orden a apreciar cuándo se trata propiamente de solar a efectos de la estimación de justo precio, en la aplicación de la expropiación forzosa. En uno y otro caso inter-

viene la función calificadora conferida a determinados organismos administrativos (Ayuntamiento, Gerencia de Urbanización, etc.). Se indican supuestos y criterios de determinación del concepto de solar, recogiéndose algunos criterios seguidos por el Tribunal Supremo.

4. Obligaciones y contratos.

FLORES MICHEO, Rafael: *El Depósito irregular*, RDP, septiembre 1963: páginas 753-774.

El depósito irregular (con traspaso de propiedad al depositario) "no puede ser negado como depósito, porque ni en abstracto atenta a la moral, ni en concreto a la lógica, ni en lo jurídico va contra la sustancia de la figura depositaria". Se encuentran antecedentes en Babilonia (Banco de los Igobios), Egipto, Grecia (Templos). En Roma se regula en las fuentes (Alfeno); su objeto será una suma de dinero o cosas fungibles cuya propiedad se transfiere al depositario. Está deslindado del mutuo. La doctrina medieval sigue un criterio oscilante y contradictorio; para distinguirlo del mutuo es preciso que las partes contraten "ut depositum sit" (Accurzio). Se reconoce en el F. R. y Partidas. No en el P. de 1851 (art. 1.761). Estudia el Derecho comparado, destacando, cómo es el Derecho Mercantil el que en general acoge a este instituto.

Estudia el problema de cómo construir el depósito irregular, dejando sentado *a)* que es posible la coexistencia en el mismo ámbito negocial de las variantes de traspaso y retención de la propiedad; *b)* la función propia del depósito sin adjetivo está por encima del accidente de que haya o no desplazamiento de dominio. Esta función reside en "garantizar al depositante que se le restituirá, tan sólo cuando él lo considere oportuno, dentro del término convenido y no antes, y que mientras tanto no tendrá la carga ni los riesgos de la custodia y conservación de la cosa". El Depósito irregular, será por tanto, depósito y no mutuo.

En su estructura jurídica, estudia: la entrega, traspaso de propiedad y uso de las cosas por el depositario, el término, la no compensabilidad, y la restitución.

Por fin hace un análisis del Derecho positivo español.

GARCÍA AMIGO, Manuel: *Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato*, RDP, enero 1963: págs. 25 a 45.

Son escasos los preceptos reguladores de este tema. Se empieza distinguiendo los diversos sentidos de la voz contrato: fuente de relaciones jurídicas (art. 1.081 y 1.258 C. c.), norma (art. 1.091 C. c.), efectos jurídicos obligacionales (artículo 1.254 C. c.); forma de una declaración de voluntad. El contrato norma encaja en jerarquía, entre el derecho imperativo y el dispositivo. El tema de la transmisibilidad de las relaciones contractuales tiene varios puntos desde donde planteárselo. La cesión de créditos potenciada indirectamente en la evolución del Derecho Romano (procurator in rem suam), y generalizada en la práctica

medieval y estatutaria, encuentra su reconocimiento en el Código de Napoleón. La *asunción de deuda*, más tardía, y fruto de una tendencia doctrinal, más que de una necesidad práctica, se recoge en el BGB y códigos posteriores. Pero entre las posturas actuales también las hay negativas. Argumentan: la cesión supone valores positivos, el deudor no posee nada que ceder, la relación obligatoria es vínculo patrimonial. Las tesis positivas ven en la obligación un vínculo con un deber de prestación. La cesión de la *relación obligatoria*, fue vista por Bähr (1863) como una doble cesión (crédito y deuda) después la doctrina y el C. c. italiano (1942) han venido a construirla como acto unitario.

Se analiza el problema de la transmisión de las obligaciones en el Derecho español. La transmisión supone sustitución de sujetos. La base de su posibilidad se encuentra en el art. 1.255, pues la transmisión no afecta ni a las Leyes, la Moral o el Orden Público. Se analiza el art. 1.257 C. c., pues en la medida en que el contrato de cesión pueda afectar al otro titular (tercero), tal cesión no será posible sin contar con su voluntad. La asunción de deuda (no cumulativa) exige por tanto la voluntad del acreedor. Y en cuanto a la cesión de contrato no hay precepto que a ella se oponga. Junto al 1.257, el 1.204 C. c. es estudiado. Ante él se afirma que cabe declarar la voluntad no novatoria por imperativo del 1.255 C. c.

OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *El régimen jurídico del derecho de retorno*, RDM, año XI, núm. 40, abril-junio 1963; págs. 7-43

"Facultad concedida al arrendatario (art. 62, 2º LAU) de reanudar la efectividad de la relación arrendaticia instalándose en el edificio edificado". Se trata, pues, del primitivo contrato; de una única relación jurídica continuada que pervive después de las obras. Este derecho previsto en la LAU puede ser pactado, por falta de algún presupuesto legal, o extinción de tal derecho, o pretender una diferente configuración. La concurrencia de los elementos personales, reales y formales que se exponen y estudian, origina el nacimiento de este derecho, sólo transmisible por actos inter vivos si es convencional. El contenido del derecho de retorno se estudia desde la perspectiva de su finalidad, reinstalar al arrendatario en el edificio reconstruido. Las facultades que se le confieren según los momentos, y tres son los que se han de distinguir.

Hay por tanto medidas que pueden adaptarse antes de la demolición del edificio, durante su reconstrucción y después de ésta. Los deberes del arrendador están también modelados para esas tres fases. El art. 15 R. H. ha potenciado la protección registral. Por fin, la extinción de este derecho, obedece al cumplimiento, la voluntad del arrendatario (renuncia, caducidad) o a otras causas determinadas por las modalidades de su ejercicio.

Rodríguez Arias, Lino: *La obligación*, RDP, julio-agosto 1963; págs. 646-661.

Tras una exposición de los diversos planes sistemáticos en orden al lugar que ocupan en los mismos los Derechos de obligaciones pasa a definir la obligación en sentido amplio ("toda norma en cuya virtud los hombres debemos

observar determinada conducta, teniendo como contrapartida un derecho subjetivo"), destacando la falta de uniformidad terminológica que ofrece la doctrina. Pero este concepto amplio admite una concreción de la que surge la obligación en sentido estricto, de carácter patrimonial, voluntario y que se extingue con la prestación. Los autores la han definido de diversas maneras. La formación histórica del concepto de obligación pasa por fases. Primero la concepción romana (vínculo personal), que será recogida, mitigadamente, en ciertas instituciones posteriores, como la prisión por deuda. La concepción germánica, aporta una noción más económica y objetiva (importa la prestación), que exagera hasta pensar que la obligación es vínculo de patrimonio. Ripert tratará de llevar a sus justos cauces este concepto, la obligación supone siempre la sumisión de un hombre a otro. Hoy, se tiende a centrar el sistema de la contratación en la idea de cooperación. Se estudia brevemente la sistemática del C. c. panameño y se justifica la redacción del art. 973 (equiv. al 1.088 C. c. español). Analiza entre los elementos de la obligación el vínculo jurídico, y enumera las distintas concepciones en torno a él, para, por fin, estudiar la distinción entre deuda y responsabilidad.

SIMÓ SANTOJA, Vicente Luis: *Contrato de donación y persona jurídica*. RDP, noviembre 1953; págs. 978 a 991.

Las personas jurídicas, en general, gozan en nuestro derecho, de una capacidad jurídica que trasciende de la esfera patrimonial y llega hasta el derecho personal y el derecho público, salvo la doble limitación que resulta, del mismo derecho objetivo y de la naturaleza de cada relación. ¿Pueden hacer o recibir donaciones? La donación es un contrato, en el cual se discrimina la capacidad de hacer donaciones (art. 624) y la de recibir por donación (art. 625 C. c.). a) *La capacidad para hacer donaciones* la determina la naturaleza y función del ente. Las personas jurídicas territoriales (Estado, Provincia, Municipio) y las personas jurídicas públicas institucionales no podrán donar, no sólo los bienes de dominio público, sino incluso los patrimoniales, porque "en cierto sentido y sustancialmente los bienes pertenecen a la Comunidad". Podrán, eso sí, hacer atribuciones patrimoniales gratuitas, pero por razones de público y general interés (art. 95 R. 27-V-1955).

Las personas jurídicas privadas tendrán capacidad, si es concorde con su función, derivada de la ley creadora de los estatutos.

b) *Capacidad para recibir donaciones*: el problema de la capacidad se plantea relativamente en orden a la aceptación y consiguiente adquisición de lo donado (personas jurídicas no reconocidas, en trámites de reconocimiento, que no existen ni aún de hecho; manifestación de la voluntad por la entidad).

El enfoque dado a la donación remuneratoria, influye. Si se mantiene que las personas jurídicas no pueden donar y se entiende que la remuneratoria no es tal donación, resultará que la persona jurídica puede realizar sin trabas donaciones remuneratorias.

5. Derecho de familia.

BELTRÁN DE HEREDIA, JOSÉ: *Efectos civiles del matrimonio de conciencia.* RDP, julio 1963; págs. 533-563.

El matrimonio de conciencia es el celebrado según las normas canónicas contenidas en los Cánones 1.104-1.107. Tiene plena validez en el Derecho canónico, pero el problema se plantea en Derecho civil español respecto a los efectos civiles. En este orden de cosas el art. 79 del C. c. ha sido modificado en la reforma de 1958 y el autor propone la siguiente interpretación. Los efectos civiles esenciales (parentesco de afinidad, efectos personales recíprocos entre los cónyuges, filiación legítima, patria potestad, impedimento de ligamiento) son consustanciales al matrimonio y se producen en todo caso. Sin embargo en la práctica, el carácter secreto de la figura, hace que esta eficacia sea meramente formalística. Estos efectos operan más bien en el fuero interno faltándoles efectividad jurídica. La inscripción en el Registro especial de la D.G.R., determina la producción de efectos civiles en general (primarios y secundarios) desde la celebración canónica del matrimonio, sólo entre las partes y no frente a terceros. Los efectos entre las partes tienen normalmente repercusiones respecto a terceros. Como el artículo 79 limita tal tipo de repercusiones, se modificará en ocasiones la eficacia normal entre las partes, para no afectar a tercera personas. El autor estudia las modificaciones que por esta causa se producen. Analiza los artículos 59, 60, 61 C. c., concluyendo que no son aplicables los dos últimos. Estudia el problema de la cuantía en los alimentos y si se han de satisfacer los correspondientes al período comprendido entre la celebración y la inscripción. Aun considerando injusta la solución, no encuentra posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales; el régimen de gananciales se impone de esta manera, pero sin constancia pública alguna en cuanto a los bienes que tengan tal condición. Dos problemas le plantean al profesor Beltrán de Heredia, los bienes parafernales. ¿Los frutos producidos por éstos, antes de la inscripción del matrimonio, son gananciales? ¿En ese mismo período, hace falta la autorización del marido para su venta por la mujer? Los efectos que el matrimonio ocasiona en caso de existir la condición de viudedad (artículo 793, C. c.), se producen desde la celebración del mismo, pero quedan paralizados hasta su publicación en el Registro Municipal correspondiente. Y en cuanto a los llamamientos sucesorios entre los cónyuges, éstos no tendrán efectividad hasta la publicación del matrimonio en el Registro Municipal correspondiente.

La plena efectividad se produce desde el momento en que, por ser llevado al Registro Civil municipal, desaparece el carácter secreto.

LACHUZ BIENDEJO, José Luis: *Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral*, RCDI, 1963 núms. 424-425, septiembre-octubre; páginas 493-608.

El problema se plantea porque los esposos al pactar capitulaciones matrimoniales pueden modificar el régimen jurídico y la condición de los bienes adquiridos

durante el matrimonio. Es de descartar un régimen de publicidad de tales pactos. En el Registro de la Propiedad "en cualquier caso, la publicidad se refiere sólo al inmueble en cuyo folio constan tales modificaciones del régimen normal". Estos pactos modificativos del régimen legal tienen, sin embargo, acceso al Registro Mercantil (art. 21, 9 C. de c.). ¿A qué efectos? Salvada la posible antinomia entre los artículos 26 y 27 del C. de c. LACRUZ, como regla general, piensa que el efecto estriba en que para perjudicar a tercero hace falta la inscripción (art. 26, C. de c.), considerando *tercero* al que contrate con el que debió inscribir y no inscribió. El artículo 27 "se refiere a un caso particular en el que la mujer es acreedora del marido para privar a aquélla de un privilegio que tenía con arreglo al Derecho común. La Ley del Registro civil (art. 77) y su Reglamento, establecen que cualquier modificación del régimen económico del matrimonio, sea inicial o sobrevenida, debe constar en el Registro civil, si se quiere que tenga efecto contra tercero, mediante la llamada *indicación* que es, simplemente, una inscripción dirigida a publicar la existencia de unos negocios, resoluciones o hechos cuyo contenido no manifiesta. La función de la *indicación* es negativa: priva lo no inscrito de eficacia respecto de determinadas personas (terceros). Tercero no es el titular inscrito "sino cualquiera que pueda consultar la *indicación*, aun cuando evidentemente él no es titular registral".

Las *indicaciones* se reservan a las estipulaciones capitulares y no a la aportación de bienes. Su práctica es voluntaria, mediante la presentación del documento auténtico o resolución judicial de los que resulte que se han producido una modificación de las previstas por la Ley.

PURG BRUTAU, José: *Tercería de dominio sobre bienes gananciales*, RDP, mayo 1963; págs. 419-435.

"La tercería está, sin duda alguna, condenada al fracaso si, como se ha hecho en varias ocasiones, pretende reivindicar la mitad que en los bienes gananciales corresponde a la mujer. El enfoque que, a nuestro juicio, debería permitir que la tercería triunfase, ha de consistir en sostener que la mujer está legitimada, en defecto del marido, para que se declare que ciertos bienes, por ser gananciales, no están sujetos a responsabilidad de ciertas deudas". La mujer está legitimada para ejercitarse una acción en interés de la comunidad ganancial, si el marido omite hacerlo, por ser éste quien debería hacerlo en primer lugar.

Se analiza la Jurisprudencia del T. S. contrastándola con este criterio del autor.

6. Derecho de sucesiones.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Carlos: *La aplicación del art. 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho común como solución antiminifundista*, RCDI, núms. 422-423, julio-agosto 1964; págs. 534 a 547.

El artículo 1.056, párrafo 2, C. c. crea una situación jurídica susceptible de ser llevada al Registro de la Propiedad a través de la aplicación del artículo 15 de la L. H. El problema se agudiza cuando al hijo que conservará indivisa la explotación se le considera legatario en el testamento. El autor juzga que pese a las palabras del testador, su condición será la de heredero, y será aplicable el artículo 15 de la L. H. Los demás legitimarios no son herederos por el mero hecho de ser legitimarios.

GARCÍA-MONGE Y MARTÍN, Jacinto: *La partición de la herencia*, RDP, febrero 1963; págs. 139-142.

Artículo 1.051 del C. c. está inspirado en la Ley de Partidas. Considera el autor, que la característica esencial de la partición de herencia, es ser un eslabón más en la cadena de actos hereditarios. Analiza el problema del valor que tiene la partición hecha por los herederos de común acuerdo, cuando el testador ha nombrado contador-partidor (art. 1.058 C. c.). No cabe poner en duda, a su juicio, la validez de tal partición, si es aprobada por el contador. Y en el caso en que no la apruebe, pero tampoco la impugne dentro de plazo, tiene valor vinculante para los herederos, si manifiestan su conformidad en las operaciones.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, RDP, noviembre 1963; págs. 957-977.

Distingue la legítima como *cuota hereditaria* reservada, de la legítima como *cuota de valor* utilidad económica que el legitimario ha de percibir como mínimo) pues la reserva de una parte de la herencia no es bastante para asegurar a los herederos forzosos la obtención del beneficio económico que la Ley quiere proporcionarles sobre el patrimonio del causante. El legitimario tiene carácter de heredero, no siendo su participación una mera "pars valoris bonorum". La tendencia contraria es fruto de no tener presente la distinción que al principio se propone. La posición jurídica del cónyuge viudo (legitimario) sin poder equilibrarse plenamente a la del heredero típico, tiene más elementos comunes con esta última que con la del legatario. Estudia los dos aspectos de la legítima. El primero en la hereditaria, le lleva a analizar la preterización, la delación forzosa en la cuota reservada, la imputación de los legados a la cuota reservada (legados a cuenta de la legítima, legado en sustitución de la legítima). A diferencia de los legados, las donaciones hechas al heredero forzoso, sólo se imputan a su cuota hereditaria, cuando concurren a la sucesión otros herederos forzosos en beneficio de los cuales hay que colacionarlas.

El otro aspecto, *cuota de valor*, supone unas operaciones aritméticas para

calcular un valor (art. 818 C. c.) que permita saber si las liberalidades hechas por el causante se han mantenido dentro de la parte libre, o si por el contrario son inoficiosas y deben ser reincidentes. Estudia la imputación de las donaciones y la reducción del haber de los herederos y de los legados. En las donaciones hay que distinguir entre una imputación ideal o aritmética (art. 81^a) y real o efectiva, cuando el legitimario ejerce la acción de reducción (cfr. artículo 815 C. c.).

II. DERECHO HIPOTECARIO

GOMEZ GÓMEZ, Manuel: *Lema: "Inscriptio sola traditio"*, RCDI, enero-febrero 1963; págs. 1 a 33.

Se trata de "un anteproyecto y sistemática exposición de sus motivos, de una Ley Reguladora del régimen jurídico de adquisición, transmisión y gravamen de la propiedad inmueble y derechos reales sobre la misma que, basado en el principio de publicidad registral supera la actual dualidad normativa del Código civil y de la Ley Hipotecaria".

LOPEZ MEDEL, J.: *Sentido social de las instituciones inmobiliarias-registrales de la propiedad en Austria*, RDP, marzo 1963; págs. 228-237.

Sobre la bases de dos postulados, Austria, país eminentemente social, y la concepción del Registro de la Propiedad como servicio público, se sumerge el autor en una descripción del sistema registral austriaco. En él han influido, de una parte, la idiosincrasia peculiar de este país, y de otra, la escuela insnaturalista. El sistema austriaco se caracteriza por ser de inscripción constitutiva, lo cual le acerca al alemán, pero hay en él notas peculiares que le hacen original y típico. Así la inscripción sustituye a la traditio, superándose la teoría del título y el modo; no obstante, hay supuestos (adquisiciones hereditarias, remates, accesión...) en los que la adquisición del derecho real no depende de la inscripción, pero el juez la promueve de oficio. En segundo lugar el Registro es instrumento técnico de justicia distributiva, lo que se manifiesta en la independencia del Fisco y el Registro, que no retrasa el trámite jurídico y en la conexión del Registro y el Catastro, lo que potencia, que el Registro esté siempre actualizado y que el Catastro conozca a efectos fiscales la situación jurídica de las fincas. Todo ello hace del Registro eje de la riqueza económica. Por fin, como tercera nota peculiar nos destaca el autor la sencillez, modernidad y actualización en procedimientos, libros, asientos, índices, efectos...

MARTÍNEZ MORA, Eduardo: *La difícil Ley Hipotecaria*, RCDI, núms. 420-421, mayo-junio 1963; págs. 345-358.

El autor expone críticamente los inconvenientes del principio de libertad contractual inmobiliaria, deseando que el Código civil acabe por estable-

cer, que para que sean válidos los actos y contratos relativos a los bienes inmuebles, deberán constar inscritos en el Registro de la Propiedad.

SANTA PINTER, J. J.: *Reflexiones hipotecarias*, RCDI, núms. 420-421, mayo-junio 1963; págs. 359-365.

Se propone en primer lugar una denominación de la disciplina hipotecaria que recoja las diferentes nomenclaturas que se han atribuido a esta rama, y cuya formulación es ésta: "Derecho registral inmobiliario hipotecario". En este mismo orden terminológico postula igualmente designar a los principios hipotecarios con el nombre de "Elementos registrales". Dentro de éstos, actúan innovaciones terminológicas.

III. DERECHO MERCANTIL

3. Cosas mercantiles.

GOMEZ FÉREZ, José Manuel: *El pago anticipado de la letra de cambio*, RDP, diciembre 1963; págs. 1070-1092.

Estudia los supuestos del artículo 490 y 491 C. de c. El pago de la letra vencida hecho al portador, lo encuentra válido, siempre que exista una legitimación formal y la buena fe en el que realiza el pago.

La legitimación viene determinada por la posesión del título y el endoso (cabe invalidez en el negocio transmisible). La buena fe (art. 491, art. 57 C. de c.), no existe si hay conocimiento y posibilidad de prueba de que el legitimado no es titular. El crédito al que se refiere el embargo previsto en el artículo 491 será el crédito del portador contra el librado y no el crédito del librador contra el librado.

En la letra no vencida si paga el deudor lo hace a su riesgo (art. 490 C. de c.). Hace falta la legitimación material; si no, se realiza la prestación sin efecto extintivo. La buena fe es irrelevante hasta el vencimiento. No hay pago anticipado si el librado aceptante adquiere la letra no vencida. Analiza: posibilidad de ejercicio del derecho por persona legítima que no posea la letra; pago anticipado de la letra documentada D/P. (práctica comercial y artículo 493 C. de c.); quiebra del pagador y el pago anticipado de letras documentadas D/P.; pago anticipado y letra a la vista: supuesto del artículo 510 C. de c.

4. Obligaciones y contratos.

LASTEDERAS SANZ, Antonio: *Acercas de la naturaleza jurídica del reaseguro*, RDP, diciembre 1963; págs. 1055-1069.

Analizadas las bases sociológicas sobre las que se monta el reaseguro, estudia sus clases (cesión de riesgos y exceso de daños), interpretaciones propias

del acto de reaseguro, normas de ejecución, denominación del conjunto de normas de la relación jurídica de reaseguro, clases de vínculo jurídico de la relación de reaseguro. Examina la naturaleza jurídica según las ramas previamente distinguidas.

SÁNCHEZ-VENTURA Y PASCUAL, José María: *Hacia un concepto internacional y unitario del seguro*. RDN, año XI, núm. 39, enero-marzo 1963; págs. 77-170.

Los Códigos modernos no se atreven a definir la institución del seguro, ni tampoco lo hace con acierto la doctrina, por la dificultad de albergar en un concepto unitario el seguro de daños y el de personas. Tras exponer analíticamente las definiciones del seguro desde una perspectiva económica, encuentra la función económica del mismo en conseguir el desplazamiento de un riesgo a otras economías, sosteniendo además que la diferencia entre los seguros sociales y privados no es sustancial en cuanto a sus fines. Al examinar el concepto jurídico, se expone igualmente el panorama múltiple de definiciones, y el carácter mercantil normal del mismo, por ser usual el elemento de explotación en forma de empresa. Analizados los presupuestos (mutualidad, riesgo) y elementos, se detiene en considerar el elemento de empresa, y si cabe concebir esta institución sin este elemento en el asegurador. Teóricamente el seguro cabe concebirse sin el elemento empresa, pero por exigencias prácticas y por tratamiento legislativo el seguro mercantil requiere inexcusablemente la constitución de la empresa aseguradora. Un elemento imprescindible será la prima, y el objeto del seguro radica en el interés.

Los antecedentes históricos del seguro quedan situados en el siglo xiv en las Repúblicas marineras italianas. En España encontramos en la Ord. de Barcelona (1435), según Donati, la primera disciplina completa. Se hace una exposición en el artículo de las incidencias doctrinales y positivas en orden a la construcción unitaria del seguro.

Al abordarse la naturaleza jurídica se delimita el seguro frente a otros contratos (juego, apuesta, fianza, préstamo a la gruesa, renta vitalicia), señalándose las teorías indemnizatorias, de la necesidad eventual, de la previsión, del objeto, del patrimonio y de la empresa, expresión de los diversos enfoques doctrinales del problema de la naturaleza jurídica. Concluye destacando cómo, si la prestación del asegurador es el "patí" del riesgo asegurado, la prestación del asegurado es el soportar el nuevo riesgo que en compensación ha creado para él el contrato.

IV. DERECHO NOTARIAL

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Programa de teoría y sistema del instrumento público*, RDN, año XII, núms. 41-42, julio-diciembre 1963; págs. 185-207.

Se recoge, en ochenta y cinco lecciones, el programa correspondiente al curso que el autor desarrolla en la Universidad de Madrid durante el período del Doctorado.

Rodríguez Arribas, Antonio. *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, año XII, núms. 41-42, julio-diciembre 1963: págs. 71-183.

El documento notarial aparece, prima facie, ante nuestros ojos como una cosa mueble a la que se ha incorporado, por obra del hombre, una grafía que hoy por hoy en maestro Derecho notarial es siempre escrita. El carácter de res, que el documento innegablemente tiene, ha llevado a considerables sectores doctrinales a separarle radicalmente de otras realidades jurídicas coetáneas o inmediatamente anteriores a él, como el negocio jurídico y "audiencia" para el documento notarial (teoría de la audiencia, teoría de la documentación). Si se negar el valor aclaratorio de estas distinciones, suponen una equivocada concepción del documento como cosa, cuando en realidad no sólo se produce reciprocas interferencias, sino que el documento cosa puede contener, y de hecho muchas veces contiene, el elemento suficiente del negocio jurídico, y siempre la audiencia notarial o acto formal tiene que entenderse en íntima conexión con el documento-cosa, pues se consuma en la creación de ésta, y si no llega a ella pierde su níticamente todo significado jurídico. El documento, para obtener una completa luz, ha de ser examinado desde los fundamentales puntos de vista de su estructura y de su función. *Estructuralmente*, el documento se ha venido considerando siempre como la expresión de un pensamiento humano, el pensamiento del autor. Frente a esta concepción tradicional, buena parte de la doctrina actual piensa que el contenido del documento no es la expresión misma del pensamiento del hombre, sino su presentación, o, lo que viene a ser, una modalidad de la teoría representativa, su reflejo. *Funcionalmente* el documento es un hecho del cual derivan consecuencias jurídicas (hecho jurídico), que por tener una declaración de asunción de su paternidad puede considerarse acto jurídico, y avanzando más puede ser considerado negocio jurídico en cuanto las declaraciones de voluntad puedan ser su contenido.

Frente a las concepciones pluralistas, se toma postura. El notario es el autor exclusivo del documento notarial, incluso en los documentos notariales de ciclo abierto, pues una cosa es la autoría del documento y la otra la de la declaración. El documento notarial, además, es documento público, y auténtico. Precisamente su origen público provoca su eficacia de hacer fe o autenticidad. Sin embargo, en una consideración analítica, la autenticidad sólo puede predicarse respecto al documento como cosa (autenticidad corporal) y en cuanto a la afirmación del Notario autorizante referentes a la esfera de los hechos (autenticidad ideológica). Los juicios del Notario no engendran autenticidades, sino presunciones iuris tantum y legitimaciones para el tráfico, salvo ciertos juicios que legalmente reciben la consideración de hechos. Las declaraciones de los particulares no son auténticas sino acreditadas. Y producen los efectos que corresponden a su especial y variada naturaleza. La autenticidad del documento surte todos sus efectos en juzgado y fuera de él, mientras que una sentencia firme, no le prive de su fe pública, declarando su falsedad.

CLAVE DE ABRÉVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
- AD = Anuario de Derecho (Panamá).
- AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
- AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
- AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
- AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
- BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
- BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
- BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
- BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).
- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bollettino Informativo dell'Intituto 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.
- CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Múnich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).

- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economía, Diritto Sociales (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (La Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fé, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haye).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).

- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung 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 Commercia (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO MERCANTIL

Hecho constar en los asientos registrales de los inmuebles inscritos a nombre de una Sociedad, que esta tendrá capacidad para adquirir, hipotecar, gravar o afectarlos al cumplimiento de obligaciones, puede inscribirse la venta de una de las fincas, realizada en ejecución del acuerdo unánime de todos los socios reunidos en Junta general, sin ser necesaria la previa modificación de los estatutos con la aplicación del objeto social a las operaciones de venta que no figuraban incluidas.

A) El objeto es el elemento que caracteriza e individualiza a la Sociedad, y por eso constituye un requisito esencial de mención obligatoria en los Estatutos, conforme al artículo 11 de la Ley y cuya importancia puso de relieve la Resolución de 5 de noviembre de 1956, y plantea la cuestión de la validez de aquellos actos que no se coordinan directamente con la actividad económica y social, en donde el Derecho comparado adopta varias soluciones; una, la del Derecho alemán, que en base de la teoría organicista reconoce capacidad jurídica ilimitada a las sociedades en el campo patrimonial, y otra, el sistema inglés, en donde la sociedad tenía limitada su capacidad en función del objeto, por lo que era preciso modificar los Estatutos e incluir los nuevos actos dentro del mismo para que la Sociedad tuviera capacidad.

Una postura intermedia es la seguida por alguno de los países latinos, en donde la cuestión se centra no desde el punto de vista de la capacidad de la Sociedad, sino desde el ámbito del poder o de la facultad de los Administradores, como sucede en el Derecho italiano, en donde, en base del artículo 2.298 del Código no se pone en duda la capacidad general de la Sociedad, por estimar que las limitaciones derivadas del objeto social afectan tan sólo a los Administradores, quienes, si bien pueden realizar todos los actos incluidos en el giro y tráfico de la empresa, les está prohibido hacer los que no se hallen comprendidos en dicho objeto.

B) En derecho español, no hay ninguna norma concreta que resuelva la cuestión, por lo que se acude a las disposiciones generales contenidas en el artículo 38 del Código civil, 286 del de Comercio, 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, que si han motivado algunas discrepancias doctrinales de opinión, se inclinan en general por el reconocimiento de la capacidad jurídica, fundándose además en la protección de los intereses en juego, entre los que merece una mayor el tercero de buena fe, al que no debe olvidarse al contratar con una sociedad a que valore y se asegure de la

adecuación entre el negocio concluido y el objeto social. Este criterio es compartido por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959, que declara que "en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general que se extiende a todo campo..., sin que el fin de ellas constituya por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en un círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como una sombra debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos".

C) Además, en relación a las sociedades inmobiliarias creadas al amparo del artículo 38 de la Ley de Reforma Tributaria, hay que tener en cuenta las disposiciones especiales contenidas en las Ordenes de 28 de abril de 1941 y 25 de junio de 1958, que sientan, de forma concreta igual criterio, al establecer que las empresas dedicadas a la adquisición y construcción de fincas urbanas para ser explotadas en forma de arriendo, podrán vender una o varias fincas, sin que por ello dejen de gozar de exenciones establecidas, siempre que no se desvirtúe el objeto social. Estos preceptos se reiteran en la Ley de 23 de diciembre de 1961; y como de los títulos presentados aparece que se trata de un acto aislado, que se cumplieron por la sociedad vendedora los requisitos exigidos por las disposiciones fiscales para poder realizar la enajenación y que ésta se llevó a cabo no por decisión de los Administradores, sino en virtud de acuerdo de la Junta general con la presencia de todo el capital social, hay que concluir que CAVEZA tenía capacidad para vender una de sus fincas sin que sea necesaria la previa modificación de los Estatutos para variar el objeto social, y que el obstáculo registral que suponía la limitación de disponer que afectaba a la finca inscrita puede estimarse eliminado con los documentos presentados. (Res. de 16 de octubre de 1964. "Boletín Oficial" de 6 de noviembre.)

DERECHO HIPOTECARIO

Realizada una venta a un Ayuntamiento, de noventa y cuatro parcelas procedentes de otra finca, con la cláusula de que si no se destinan a zona verde queda sin efecto la transmisión pactada, es necesario que se fije el precio que corresponda a cada una de las fincas vendidas, dado que en la escritura sólo se ha señalado uno global para todas ellas.

A) El Decreto de 17 de marzo de 1959, que reformó el Reglamento Hipotecario, adaptó los artículos 5 y 6 a la nueva clasificación de bienes municipales contenida en la Ley de Régimen Local y su Reglamento de 27 de mayo de 1955 y exceptúa de inscripción a los de dominio y uso público a la vez que establece que si algún inmueble de propiedad privada o parte

del mismo adquiere el carácter de estos últimos, se haga constar su cambio de destino por medio de la nota marginal correspondiente, que dará a conocer que tales fincas se encuentran fuera del Registro y sin que les afecte el sistema y efectos de la legislación inmobiliaria.

Si, como consecuencia de hechos posteriores, los bienes de dominio y uso público pasan de nuevo a la categoría de inmuebles inscribibles, por cambiar de naturaleza y transformarse en otros de servicio público, de propios de los Ayuntamientos e incluso propiedad privada—como podría ocurrir en el supuesto que motiva el presente expediente—, volverían de nuevo a tener acceso al Registro, y aunque esta materia no aparece regulada con la precisión que debiera, la aplicación de principios registrales tan esenciales como el de especialidad y trato sucesivo aconsejan que más que una inmatriculación del inmueble se practique el asiento de inscripción en la misma hoja ya abierta, para facilitar la mecánica registral y tener todo el historial de la finca.

B) La posibilidad de que las fincas transmitidas puedan volver al dominio de los vendedores y reintegrarse al tráfico jurídico, hace necesario que los asientos registrales publiquen la existencia de todas las cláusulas y condiciones que pór tener trascendencia real deben afectar a los terceros, y todo ello obliga a considerar, prescindiendo de si en este caso concreto la cláusula transcrita encierra una verdadera condición resolutoria con efecto *erga omnes* o se trata de una simple obligación personal que no debe tener acceso al Registro, con arreglo al artículo 98 de la Ley Hipotecaria por no haber sido objeto de debate en el recurso, si para que tenga acceso al Registro el pacto contenido en la escritura es necesario que figure distribuido el precio entre las diferentes parcelas como para el supuesto de aplazamiento de pago exige el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

C) Entre la cláusula pactada y la condición resolutoria expresa existen notables diferencias derivadas de la distinta situación que ambas contemplan, ya que en el pacto discutido no hay aplazamiento del precio ni señalado un plazo dentro del cual el acreedor pueda ejercitarse su derecho, y sobre todo porque, caso de cumplirse la condición, carecen los vendedores de esa especie de autotutela que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario establece en su favor al permitirles unilateralmente inscribir de nuevo el inmueble a su nombre. Pero dado que la resolución —de tener lugar— podría afectar parcialmente a alguna de las parcelas transmitidas y que los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento prescriben que se haga constar el valor de las fincas, si consta en el título, parece conveniente, y a fin de prevenir una posible situación futura, facilitar la operación y dar a los asientos una mayor claridad para su conocimiento por los terceros, que se señale la parte del precio que corresponda a cada una de las fincas vendidas, lo que puede lograrse, dado el carácter de la falta, mediante la instancia de los interesados a que hace referencia el artículo 110 del Reglamento Hipotecario. (Res. de 24 de noviembre de 1964.—B. O. del 7 de diciembre.)

DERECHO CIVIL

1. *Satisficho el importe de un préstamo por el deudor, para cancelar la hipoteca que lo garantiza no basta la sola comparecencia del padre como representante legal de su hijo menor de edad, siendo precisa, además, la autorización que exige el artículo 164 del Código civil.*

Como ha declarado reiteradamente la Dirección General, no cabe destacar en todo préstamo hipotecario exclusivamente el aspecto obligacional para olvidarse del carácter que tiene toda escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca en donde este último acto supone un desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación. Por ello habrá de aplicarse el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, que exige al representante legal de toda persona a cuyo favor se hubiere hecho una inscripción obtener las formalidades legales exigibles para la enajenación de bienes inmuebles, todo ello para cumplir la finalidad del artículo 164 del Código civil, que establece una serie de garantías en defensa y protección del patrimonio de todo menor de edad. (Res. de 26 de octubre de 1964.—B. O. del 11 de noviembre.)

2. *El contador-partidor nombrado por la testadora con las facultades generales del artículo 1.057 del Código civil, puede adjudicar el único inmueble de la herencia a uno solo de los herederos, con la obligación por parte de éste de satisfacer a los demás su correspondiente parte en metálico.*

Los comisarios-contadores-partidores, como encargados por el testador para realizar después de su muerte la partición de la herencia, en el ejercicio de sus facultades, cuando no se les hayan conferido algunas especiales, habrán de atenerse para el cumplimiento de su función a las normas generales contenidas en primer término en el artículo 1.061 del Código civil y procurarán guardar la posible igualdad entre los lotes, sin que proceda adjudicar todos los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque constituye un acto de enajenación que escapa a las facultades del contador y requiere el consentimiento de todos los herederos.

Ello, no obstante, es también evidente que los contadores, al cumplir su misión, deben tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición, ya que hay casos en que no tienen medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del artículo 1.061 del Código civil por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes hereditarios entre un número grande de herederos. Y por ello el artículo 1.062 permite, como excepción al artículo anterior, que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, puede ser adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, circunstancia que concurre en el presente recurso, donde hay una sola y pequeña finca inventariada, que el contador ha atribuido al mayor partícipe, siguiendo análogo criterio al adoptado por las Resoluciones de este Centro de 10 de enero

de 1903, 23 de julio de 1925 y 6 de abril de 1962, que declararon no haberse excedido el comisario en sus funciones por ser acto de partición ordinaria el comprendido en el artículo 1.062 del Código civil, sin perjuicio de la facultad de vender, en su caso, en pública subasta, la finca inventariada, a petición de cualquier heredero, según previene el citado precepto legal. (Res. de 2 de diciembre de 1964.—*B. O.* de 16 de diciembre.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

A cargo de Juan J. BERNAL QUIROS, Gabriel GARCIA CANTERO, Rafael GARCIA VILLAVERDE, Justo J. GOMEZ YSABEL, Antonio IPIENS, Rafael IZQUIERDO, Antonio MORALES, José María PEÑA, José PERE RALUY, Ricardo RUIZ SERRAMALEA-RA y Urbano VALERO, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. CUESTIÓN NUEVA: DERECHO APLICABLE (FORAL): *Alegarse en casación la aplicabilidad de un determinado Derecho foral para regular la relación en litigio, cuando tal cuestión no ha sido planteada en el juicio, supone incurrir en el motivo de inadmisión núm. 5º del art. 1.729.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Es documento auténtico, a los efectos de casación, el que muestra por sí mismo, sin necesidad de ser necesario interpretarlo, que lo consignado en él es indiscutiblemente cierto y no puede coexistir con lo afirmado por la Sala.*

RESOLUCIÓN DE LA COMPROVENTA: *El art. 1.504 C. c. es aplicable también a los casos en que no se haya pactado la resolución del contrato por falta de pago. [S. 20 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

2. ACTOS PROPIOS: *No hay la contradicción en que se apoya la doctrina legal de los actos propios en que el demandante formulara inicialmente demanda contra otros dos demandados, a la que ha sido acumulada la posteriormente interpuesta contra el hoy recurrente, hechos que dicho recurrente pretende calificar como implícito reconocimiento de ser él extraño al accidente y sus consecuencias, y como constitutivos de actos que vinculasen al actor y limitasen el ejercicio de sus derechos únicamente a aquellos otros demandados.*

INCONGRUENCIA: *No hay incongruencia en el fallo, pues si la demanda interpuesta contra el recurrente, después acumulada a la ya en trámite contra los otros dos demandados, lo era para el supuesto de que éstos resultaran absueltos, la sentencia cumple dicha condición, porque la estimación de la demanda contra los primeros demandados es sólo parcial y éstos fueron absueltos de la cantidad cuyo pago se impone al recurrente.*

DIRECTO FORMAL DEL RECURSO: *El motivo que se formula al amparo del número 1º del art. 1.692 de la LEC por la violación del art. 1.232 del C. c. carece de base legal, porque al contrariar el medio de prueba comprendido en dicho artículo el hecho deducido de la prueba, es imperativo acudir a la*

vía ordenada en el núm. 7 del art. 1.692 de la LEC, como determinante de error de hecho o de derecho. [S. 10 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

3. TÍTULO NOBILIARIO: MEJOR DERECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No son auténticos a efectos de casación los documentos consistentes en una partida de bautismo del año 1704, otra de matrimonio de los padres del bautizado de 1702 y un testamento de la madre del mismo, en los que figura como segundo apellido de algunos de los antepasados de quienes trae causa la actora, otro distinto de aquel que debería figurar para demostrar su mejor derecho. [S. 15 de diciembre de 1964; no ha lugar.]*

En el 2.^o Considerando —notable por la concisión de su argumentación— se ofrecen las razones de la doctrina extractada. Tales documentos no pueden considerarse auténticos a efectos de casación: a) porque fueron objeto de discusión a lo largo del pleito; b) porque la fe que dan se reduce al hecho del bautismo, del matrimonio y del testamento de las personas que en ellos figuran, que no contradice lo afirmado por la Sala de Instancia de que dichas personas son las mismas que menciona la actora, pese a aparecer cambiado el segundo apellido, lo que se explica por la poca fijeza que tenía éste en aquella época, y c) porque la sentencia de instancia valora la prueba en su conjunto, sin ser lícito al recurrente el desarticularla. (G. G. C.)

4. CONSENTIMIENTO: ERROR: *Es cuestión de facto determinar si la cosa objeto de un contrato no tiene alguna de las características que se le atribuyeron, y si aquélla de que carece, es la que principalmente motivó su celebración.*

PRUEBA DOCUMENTAL, ERROR: *Para considerar que ha habido error en la apreciación de un documento, es preciso, que en él se contengan afirmaciones “dispare e incompatibles” con lo afirmado por la Sala sentenciadora. [S. 27 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

Comprada una parcela de terreno para edificar en ella, en la creencia de que es posible, los compradores no recibieron permiso del Ayuntamiento para satisfacer sus deseos, pues en un acuerdo anterior a la venta la Corporación había decidido, considerar no edificable transitoriamente la zona.

Ante esta situación se pide en la demanda la nulidad de la venta por error; petición que sólo en apelación será satisfecha. La parte demandada apoya sus argumentos en que el terreno era edificable de facto, y aunque no lo fuera de iure, el acuerdo prohibitivo anterior era público y cognoscible por la parte compradora. El T. S. no entra a analizar los problemas de fondo.

Dos problemas de fondo interesantes se planteaban: a) ¿la negación del permiso de edificar, transitoriamente, tiene la virtualidad de que podamos llegar a considerar un terreno como “no edificable”? b) Puede estimarse el error existiendo previamente al contrato el acuerdo municipal con su consiguiente publicidad?

5. SIMULACIÓN: CASACIÓN: *La apreciación de la simulación compete al Tribunal "a quo" siendo sólo combatibles los hechos en que tal apreciación se funde, por el cauce procesal del núm. 7º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *En lo que respecta a la interpretación de los contratos debe prevalecer el criterio del Tribunal de instancia, siempre que sea racional y aun cuando cupiere alguna duda sobre su absoluta exactitud.*

TRANSMISIÓN DE EMPRESA: *El documento no contiene en realidad la transmisión de un negocio industrial en su totalidad, ya que no cabe confundir la maquinaria y las deudas reconocidas de la industria con la transmisión completa del "acervo industrial", o sea, de un negocio como unidad patrimonial.*

PRESUNCIONES: *No deben confundirse con las afirmaciones fácticas, según la resultancia de un conjunto de elementos de juicio y probatorios que forman la convicción del tribunal.*

EXCEPCIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO: *La cuestión sobre el quebrantamiento de un litisconsorcio pasivo necesario fue objeto de alegaciones en los escritos del demandado, aunque no se concretasen en una petición específica con abstención de decidir sobre el fondo, por lo que el Tribunal de instancia tenía que entrar en su examen, máxime cuando la excepción de litisconsorcio necesario puede ser, incluso, apreciada de oficio por los Tribunales.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *El error de hecho debe evidenciarse por medio de documentos o actos auténticos que por sí mismo patenticen la pretendida equivocación del Juzgador, y ello de un modo terminante, demostrando, sin deducciones ni interpretaciones, cosa contraria a lo afirmado en su sentencia por el Tribunal "a quo", sin que valga la citación global "de todos y cada uno de los documentos obrantes en autos", pues tal generalización es inadmisible*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No es correcta, desde el punto de vista formal y dentro del rigorismo del recurso, la enunciación del motivo que acusa "la aplicación indebida consiguiente a interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil".*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *En más acusado defecto formal incide la formulación del motivo que denuncia "violación o falta de aplicación consiguiente a una interpretación errónea del artículo 1.281 del Código civil, así como del convenio formalizado en documento privado de fecha..." porque se conjugan de manera antíbológica y disyuntiva diferentes conceptos de infracción. [S. 27 de junio de 1964; no ha lugar.]*

6. PRUEBA TESTIFICAL: *La valoración de la prueba testifical es función propia del Tribunal de instancia que no cabe sea impugnada en casación.* [S. 17 de marzo de 1964; no ha lugar.]

7. PRUEBA PERICIAL: *Los dictámenes periciales son de libre apreciación del Juez, debiendo tener en cuenta sólo las reglas de la sana crítica, por lo que la doctrina jurisprudencial viene diciendo con reiteración que es inimpugnable en casación la apreciación de la prueba pericial hecha por los Tribunales de instancia; pudiendo, si hubiera varios dictámenes, escoger parcialmente los datos que estime pertinentes.* [S. 26 de junio de 1964; desestimatoria.]

8. PRESUNCIOS: *La apreciación de la prueba de presunciones corresponde a la Sala de instancia, y contra ella únicamente puede prosperar el recurso de casación cuando se impugna en forma la realidad o certeza del hecho que sirve de base a la presunción, lo cual debe hacerse por el núm. 7º del artículo 1.692 LEC, o cuando entre tal hecho y el deducido, no haya un enlace preciso y directo por no haberse sujetado la deducción a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando aquélla absurda o ilógica, lo cual debe demostrarse por el núm. 1º del artículo citado.* [S. 5 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Según reiterada jurisprudencia la acción reivindicatoria exige la concurrencia del título de dominio en el actor, la identificación de la cosa y la detención de ésta por el demandado.*

IDENTIFICACIÓN DE LA COSA: *Es una cuestión de hecho que corresponde a la Sala de instancia; si ésta declara que no ha podido ser identificada la finca que se reclama, ni cabe situarla en el lugar que pretende la demanda, dados los linderos que se le atribuyen y los de las fincas que se suponen colindantes, no puede prosperar la demanda.*

PRUEBA: *Los documentos que prueben el error de hecho, no sólo deben ser auténticos, sino que deben acreditarlo por sí mismos, lo que no ocurre cuando exigen ser interpretados.* [S. 26 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

Se trataba de unos baldíos enajenados indebidamente, según se alega, por un Ayuntamiento en 1837. La doctrina sobre los requisitos de la reivindicación, es constante: entre otras *vide* S. 5-VII-1956, en ADC 1957, página 277. (G. G. C.)

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Los requisitos exigidos por la jurisprudencia para el éxito de esta acción, justificación por el demandante de la propiedad de los bienes por un título legítimo de dominio o, en su defecto, por la posesión continuada durante el plazo para prescribir, identidad de los*

bienes y posesión de los mismos por el demandado, son hechos cuya declaración corresponde al Tribunal de Instancia, y sólo pueden impugnarse al amparo del núm. 7º del art. 1.692 LEC. [S. 10 de abril de 1964; no ha lugar.]

3. ACCIÓN DE DESLINDE: INCONGRUENCIA: *Es desestimable el motivo de casación amparado en el núm. 7º del art. 1.692 LEC, que denuncia error de hecho en la sentencia por entender que se ejercitó una acción reivindicatoria cuando lo verdaderamente solicitado era una declaración de deslinde, ya que se trata de un supuesto de incongruencia al no haber resuelto en correlación con la petición, no denunciable por dicho número.*

CASACION. PRUEBA: *Los artículos 1.243, 1.240, 1.241 y 1.248, que tratan de la prueba pericial, reconocimiento judicial y testigos, no contienen normas de valoración de tales pruebas que son de la libre apreciación de los Tribunales. [S. 20 de noviembre de 1963; no ha lugar.]*

4. PRECARIO: PAGO DE CANTIDADES POR EL OCUPANTE: *No constituye merced arrendaticia que excluya el precario la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que esta entrega debe ser por cuenta propia y a título de tal merced, siendo aceptada en tal concepto, sin que equivalgan a renta los gastos o pagos que pesen sobre el ocupante de los bienes, en su propia utilidad, como los de luz, gas, calefacción, conservación de la finca u otros girados por la comunidad de propietarios del inmueble, y aunque algunos pudiesen corresponder al dueño del piso, su pago por el ocupante, no tiene otra trascendencia que la del pago por otro.*

PRECARIO: ARRENDAMIENTO: *Si bien el arrendamiento puede convenirse verbalmente, debe demostrarse su existencia sin que el uso, goce y ocupación del piso y el abono de las cantidades antes aludidas, basten para presuponerlo. [S. 10 de enero de 1964; ha lugar.]*

III. Obligaciones.

1. CLÁUSULA PENAL: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *Al no demostrarse las infracciones de un acuerdo transaccional, o al no serles imputables a la sociedad demandada, no es aplicable la cláusula penal pactada, pues la eficacia de la misma se subordina al incumplimiento de aquélla precisa obligación en cuya garantía fue establecida la pena, y las dudas en esta materia deben interpretarse con criterio restrictivo. [S. 5 de noviembre de 1961; no ha lugar.]*

La transacción había puesto fin a las diferencias sobre publicidad de unas marcas entre dos empresas dedicadas a la fabricación de fibrocemento; en una de sus cláusulas se comprometía la demandada a no anunciarlse como productora de determinada marca. La actora basaba su reclamación en la publicación de la marca prohibida en un "Boletín de la Construcción", pero en el pleito se demostró que tal anuncio se había insertado sin aprobación de la demandada, pues contratado el anuncio sin determinación del texto,

el "Boletín" utilizó por propia decisión un contenido publicitario anterior al acuerdo transaccional. (G. G. C.).

2. CALIFICACIÓN: CASACION: *No procede la casación por error de hecho en la apreciación de la prueba fundamentado en una calificación jurídica errónea que el tribunal "a quo" ha hecho del contrato.*

INVALIDEZ DE CONSTITUCIÓN DE S. A.: PRECEPTOS APLICABLES: *Para determinar la validez de la constitución de una S. A. y la validez o nulidad de la transmisión de sus acciones es imprescindible aplicar los preceptos de la L. S. A. y no las reglas generales de la contratación civil.*

NULIDAD DE LA PROMESA DE VENTA: *Si lo que se promete es nulo por ir contra la Ley, la promesa en sí está afectada de ese mismo vicio de nulidad y no tiene validez como promesa abstracta, pues su objeto y causa son contrarias a la Ley, sin que pueda subsanarse posteriormente por ser un acto nulo de pleno derecho. [S. 22 de octubre de 1964; desestimatoria.]*

3. INTERPRETACIÓN: *El problema interpretativo surge no solo cuando por la defectuosa redacción de las cláusulas del contrato se originan dudas acerca de la inteligencia y alcance de lo convenido sino también cuando siendo claros sus términos existen actos opuestos a los mismos en que se manifiesta el verdadero propósito de los contratantes. [S. 24 de abril de 1964; no ha lugar.]*

4. RETRACTO DE COLINDANTES: NOTICIA DE LA VENTA: *Aunque al retrayente incumbe probar la fecha en que tuvo conocimiento de la transmisión, no es menos exacto que corresponde al Juez decidir cuanto se relacione con el particular por tratarse de una cuestión de hecho que debe dextraer del análisis de los diversos elementos probatorios aportados al juicio.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *La impugnación de la calificación como comprobativa (y no como permuta) ha de fundamentarse en la infracción de los artículos 1.281 y ss. del Código civil. [S. 5 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

5. CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE: EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *A parte de que la cláusula por la que las partes contratantes se comprometen a someterse a amigables componedores, designados en la forma establecida en la Ley que estuviere vigente para cuantas cuestiones surjan sobre la interpretación y cumplimiento del contrato, constituye un contrato preliminar de arbitraje y no un pacto compromisorio, la denuncia por el recurrente de que la Sala infringió los arts. 11 y 19 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, al rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, debió de hacerla por el núm. 6.^º del art. 1.692 y no por el núm. 1.^º [S. 28 de noviembre de 1963; no ha lugar.]*

6. ARBITRAJE DE EQUIDAD: PRÓRROGA CONTRACTUAL DEL TÉRMINO PARA DICTAR EL LAUDO: *Las partes pueden prorrogar válidamente el término originaria-*

mente convenido en la escritura de compromiso, incluso después de expirado el primeramente concedido, con las formalidades de los arts. 5 y 16 de la Ley de 22 de diciembre de 1953.

EXCESO DE JURISDICCIÓN: Dentro del encargo encomendado en términos generales para la "liquidación total de las cuentas pendientes", deben comprenderse todas las existentes entre las partes aunque correspondan a negocios distintos. {S. 13 de diciembre de 1964; no ha lugar.}

La validez de la prórroga se funda: *a)* en el carácter eminentemente contractual de estos plazos; *b)* en el principio *pacta sunt servanda*; *c)* en la doctrina de los actos propios, y *d)* en la doctrina sentada por S. de 19 de octubre de 1909. Por lo demás, la emisión de un laudo fuera de plazo, provoca la declaración de nulidad del mismo (SS. 27 de junio de 1907 y 3 de julio de 1962), y el éxito del recurso de casación con base en el núm. 3.^o del artículo 1.691 L.E.C (SS. 17 de noviembre de 1920 y 23 de enero de 1946). (G. G. C.)

7. CULPA EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS PRODUCIDOS POR EXPLOSIÓN DE GAS: NEGLIGENCIA: Existe si la sentencia considera probado que se tuvo abierta la llave un tiempo notable sin encender el gas, lo que revela un descuido que está en contraposición con la diligencia que debe observarse en el manejo de estos aparatos.

NEXO CAUSAL: Existe si la sentencia declara que se derrumbó el tabique por la explosión y niega la concurrencia de culpa en el actor por haber realizado obras en aquél.

PRUEBA PERICIAL: La prueba pericial no puede invocarse en casación dada la libertad de apreciación que se concede al Juzgador.

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: Al señalar como infringidos todos los preceptos del cap. 5.^o, tit. 1.^o del libro 4.^o del C. c. se falta a la claridad y precisión en la formalización del recurso. {S. 16 de mayo de 1964; no ha lugar.}

8. RESPONSABILIDAD CIVIL: CULPABILIDAD: PRUEBA: Es necesario acreditar no sólo el daño, sino también la culpabilidad en relación de causalidad con aquél, por parte del demandado, consecuencia de la omisión o falta de diligencia personal que se le imputa.

RESPONSABILIDAD CIVIL: ALCALDE: PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PREVIO: Tratándose del ejercicio de una acción apoyada en los arts. 1.902 y 1.903 C. c., exigiendo del demandado, Alcalde de un Ayuntamiento, la indemnización de los daños y perjuicios por imputación de una conducta negligente u omisión culposa al llevarse a cabo determinadas obras en una calle, la referencia del art. 414 de la Ley de Régimen Local a la Ley de 5 de abril de 1901, se debe entender exclusivamente al trámite, pero no a la exigencia

de un pretio procedimiento contencioso-administrativo, apoyado en lo que establece el párrafo 2º del art. 409 de la citada Ley de R. Local, únicamente necesario cuando se pretenda también la responsabilidad subsidiaria de la Corporación Local, y se trate de daños por una infracción legal del orden administrativo.

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA: LITIS CONSORCIO PASIVO: *Si el actor se limitó a exigir la responsabilidad directa del Alcalde, no es obligatorio para el mismo demandar con carácter subsidiario para caso de insolvencia al Ayuntamiento, conforme al art. 409 L. R. L., ya que es libre de ejercitar las acciones que en cada caso estime conveniente, sin que ello prejuzgue las consecuencias posteriores que de ello se deriven. [S. 25 de octubre de 1962; ha lugar.]*

9. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: REQUISITOS: *Para la existencia de la responsabilidad extracontractual que regula el art. 1.902 C. c., son necesarios los siguientes requisitos: una acción u omisión, una lesión o daño, antijuridicidad, culpa o negligencia del agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta.*

ILICITUD Y CULPA: CASACIÓN: *De los requisitos referidos en el apartado anterior, tienen consideración de cuestión de derecho aquellos referidos, que como la ilicitud y la culpa, están dirigidos a la valoración de los hechos.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: COMPENSACIÓN DE LA CULPA: *Existe la posibilidad legal de compensar la culpa, cuando concurren en demandante y demandado, tanto al efecto de neutralizar ambas, cuanto al de imputar de manera exclusiva a uno de ellos las consecuencias del hecho, cuando resulte que es de modo fundamental el que ha dado lugar al resultado daños, pese a cierta imprudencia en el perjudicado. [S. 7 de noviembre de 1964; ha lugar.]*

En un accidente de motocicleta muere su conductor. Lo ocasiona el cruce descuidado de otra persona por la carretera. El fallecido parece que tampoco tomó todas las debidas precauciones, de ahí la compensación de la culpa. El T. S. casa la sentencia, admitiendo la indemnización que se pedía por la viuda e hijos del motorista.

10. JURISPRUDENCIA CIVIL: SU INDEPENDENCIA DE LA CRIMINAL: *Las valoraciones de las pruebas establecidas por Tribunal de lo Criminal no tienen eficacia respecto a la jurisdicción civil, por ser distintas las formas de apreciación de la prueba. [S. 23 de diciembre de 1964; no ha lugar.]*

El Tribunal Criminal no apreció más delito en el conductor de un vehículo sin carnet, que ocasionara graves lesiones a una criatura, que el de conducir sin carnet. Pero el Tribunal civil no se siente vinculado por tales apreciaciones, concediendo al padre una indemnización.

IV. Arrendamiento de cosas.

ARRENDAMIENTO COMPLEJO: RETRACTO: *No procede el retracto cuando el demandante hace derivar su derecho, no de un arrendamiento puro y simple, sino de un arrendamiento complejo, pues éstos quedan sometidos a la legislación común, que no establece tal derecho a favor del inquilino.* [S. 28 de febrero de 1964; no ha lugar.]

CALIFICACION DE CONTRATO DE ARRIENDO: OFICINAS DE SOCIEDAD DE CRÉDITO Y SEGUROS: *La calificación del arriendo como de inquilinato o de local de negocio depende exclusivamente de cuál haya sido el destino principal pactado. Convenido en el contrato que el local se destinariá a oficinas de crédito y seguros de una sociedad, pudiendo ser habitada en la parte destinada a vivienda y habiéndose prestado la fianza correspondiente a los locales de negocio, es ésta la calificación correspondiente al local.* [S. 7 de noviembre de 1964; no ha lugar.]

LOCAL DE NEGOCIO: CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN: NULIDAD: *Es nula la cláusula por la que se señala como renta mensual del local de negocio arrendado el importe de doscientas tres horas de trabajo de un peón especializado en el ramo de la construcción, por vulnerar uno de los postulados fundamentales de la legislación especial de arrendamientos urbanos, renta legal inalterable, que además no desconoce la equivalencia de las prestaciones, regulando específicamente la forma de atemperar el precio-renta al índice económico de costo de vida, siendo contrario a la Ley todo pacto por el que se acuerde aumento de la renta legal en forma distinta a los artículos 100 y concordantes.* [S. 3 de marzo de 1962; no ha lugar.]

PREFERENCIA ENTRE RETRACTOS: RETRACTO CONVENCIONAL ESTABLECIDO EN TESTAMENTO Y ACEPTADO EN PARTICIÓN Y RETRACTO LEGAL ARRENDATARIO: *El retracto legal a favor del inquilino es preferente al retracto convencional que asiste al recurrente por disposición testamentaria de su padre y acuerdo de los herederos del mismo en cuaderno particional.*

FRAUDE DE LEY: *No lo hay por la cesión del derecho de arrendamiento hecha por el inquilino a su hija, a la que se vendió el piso, ya que uno u otro hubieran tenido derecho al retracto, y la cesión operada es indiferente a estos efectos.* [S. 30 de abril de 1964; no ha lugar.]

DERECHO DE TRASPASO: TANTO A FAVOR DEL ARRENDADOR: *El tanto concedido al arrendador en el artículo 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es idéntico en su naturaleza al reconocido en el artículo 47 para inquilinos y arrendatarios, pues en ambos se instituye un derecho de preferencia para subrogarse en lugar de un tercero en caso de enajenación convenida y no consumada. Por la peculiar naturaleza de las operaciones mercantiles en el primer caso no se obliga a revelar el nombre, domicilio y circunstancias*

del comprador como se exige en el segundo caso. [S. 18 de mayo de 1964; no ha lugar.]

RETRACTO: CONSTRUCCIÓN ACCESORIA: *No cabe el ejercicio del retracto, pues la vivienda arrendada no está situada en una finca individualizada, independiente y autónoma, sino en una construcción accesoria de otra principal a la que está unida arquitectónicamente y registralmente. [S. 29 de abril de 1964; no ha lugar.]*

RETRACTO: RESOLUCIÓN POSTERIOR DEL ARRENDAMIENTO: *El inquilino puede ejercitar el derecho de retracto en base a una transmisión no notificada, aun cuando en el momento de ejercitarse la acción hubiere sido dictada Sentencia firme de resolución del arrendamiento por transformación de la vivienda en local de negocio. [S. 29 de abril de 1964; no ha lugar.]*

RETRACTO: ADQUISICIÓN POR DONACIÓN DE TERCERA PARTE INDIVISA DE FINCA Y POSTERIOR DIVISIÓN DE COSA COMÚN: *Procede el retracto, ya que solamente se exceptúa el caso de adquisición por herencia o legado, artículo 47, 3º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

VIOLACIÓN DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: *No puede servir de apoyo a un recurso de la naturaleza del presentado.*

CÓMPUTO PLAZO: *No se notificó la transmisión al retrayente y no puede contarse el plazo desde la fecha del acto de conciliación, en el que sólo pudo tener un conocimiento imperfecto de la operación realizada.*

PRECIO A CONSIGNAR: *El señalado en la escritura de adjudicación. [S. 30 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

IMPUGNACIÓN DE LA VENTA DE PISO: DERECHOS DE PLUSVALÍA Y NOTARÍA: *Corresponde su pago al vendedor. Por tanto, si los satisface el comprador, supone un pacto sin intervención del inquilino, que abligaría a éste si ejercita el tanteo y retracto, a pagar una cantidad superior a la de capitalización de la renta contra lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos, y a la vez le privaría de ejercitarse la acción de impugnación por precio excesivo.*

En su consecuencia, no pueden sumarse esas partidas al precio de venta fijado en la escritura. [S. 22 de abril de 1964; ha lugar.]

CONCORDANCIAS: *Sentencia de 20 de noviembre de 1963 y 7 de febrero de 1964.*

NOTA: *El precio de venta del piso, más el importe del arbitrio de plusvalía y honorarios de otorgamiento de la escritura, superaba en 130 pesetas la cantidad resultante de capitalizar la renta anual que satisfaga el inquilino.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD DE PROPIETARIO: ORDEN DE PRELACION: *Sólo puede alterarse cuando la vivienda que correspondiera ocupar al arrendador o personas para quienes se pide, no reunieran condiciones o ca-*

capacidad para ser ocupada por ellos, dadas sus circunstancias de familia, de profesión, posición social, etc.

CONVIVENCIA: *No existe norma alguna por la que pueda imponerse al propietario de una vivienda la obligación de convivir con la nueva familia constituida por su hijo. [S. 13 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *NO OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN: ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN FAVOR DEL INQUILINO DESALOJADO: PREScripción: COSTAS: La acción de reclamación de daños y perjuicios derivados del desalojo de la vivienda que no es ocupada en tiempo hábil por el beneficiario de la denegación de prórroga se halla sometida al plazo de prescripción ordinaria de las acciones personales sin que sea aplicable a tal acción el de tres meses que señala la LAU y que se refiere a la acción de retorno al local desalojado. Entre los daños y perjuicios que tiene derecho a exigir el inquilino desalojado figura el importe de las costas causadas en el proceso en que se declaró resuelto el contrato de arriendo por necesidad. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios no presupone que la necesidad alegada fuera simulada o fraudulenta, bastando con que se dé el hecho de la no ocupación de la vivienda por el beneficiario de la denegación de prórroga. [S. 24 de octubre de 1964; ha lugar.]*

CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES: *NO SE REQUIERE LA PREVIA NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO: CUESTIÓN NUEVA: Para el ejercicio de la acción resolutoria del contrato por cierre durante más de seis meses no es requisito previo el requerimiento o notificación fehaciente al arrendatario, pues la Ley no lo exige en este caso, sin que tampoco además sea admisible plantear en el recurso una cuestión nueva, que no fue objeto de debate en el litigio.*

CONGRUENCIA: *Existe congruencia cuando la sentencia tuvo presente para decretar la resolución del contrato la causa 3.^a del art. 62 LAU, por cierre del local durante más de seis meses, que es precisamente la que sirve de fundamento al escrito de demanda, importando poco, en tal caso, que en dicha sentencia se adicionaran otras razones jurídicas que no modifican en modo alguno la estimación de la verdadera causa resolutoria aceptada por el Tribunal a quo. [S. 15 de junio de 1964; desestimatoria.]*

PRÓRROGA FORZOSA: *Aun cuando el criterio que preside las disposiciones que la establecen sea el de favorecer a los arrendatarios, hay que tener en cuenta que, por representar una limitación del derecho de propiedad, tendrá lugar siempre que no constituya un privilegio.*

CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES: ACTIVIDADES LIMITADAS Y SECUNDARIAS: *Las actividades accidentales o secundarias que se realizan en el local no enervan la apreciación de la Sala, al declarar el cierre por más de seis meses (pues no se exige el cierre físico), ni la falta de necesidad, que es lo que inspira la prórroga, lo que se demuestra con la limitación de actividades que se realizan*

en los locales, en oposición a las que sirvieron para la celebración de los arriendos concertados. [S. 14 de noviembre de 1962; desestimatoria.]

NOTA: El considerando refuerza también la declaración de falta de necesidad en base a una carta del arrendatario dirigida a la propietaria, "de la que se deduce que la finalidad de no dejar (los locales arrendados) es la de obtener un pingüe beneficio económico, para lo cual insta a la arrendadora a que acepte a un nuevo arrendatario, al que él propone, advirtiéndole que si no es así, seguirá ocupándolos. Todo lo cual demuestra que lo único que pretende es perjudicar a la propietaria.

Es ya doctrina reiterada la interpretación restrictiva que el T. S. hace del cierre: éste no requiere que sea total, pueden darse actividades limitadas y secundarias; además, se produce también el cierre cuando se transforma en almacén un local de negocio abierto al público. (J. G. Y.)

CIERRE DEL LOCAL DE NEGOCIO: JUSTA CAUSA: *Si bien el local estuvo cerrado al público durante más de seis meses en el curso de un año, el cierre estuvo justificado hasta el momento en que la Delegación de Industria autorizó al arrendatario para poner en marcha su nuevo negocio, y, al no haber transcurrido desde este momento hasta la interposición de la demanda más de seis meses no procede la resolución del contrato.*

JUSTA CAUSA DEL CIERRE: IMPUGNACIÓN DEL CRITERIO DEL TRIBUNAL: *Al amparo del art. 136, causa 3.^a LAU, no puede pretenderse la sustitución del criterio ponderado del juzgador de instancia, que había admitido en base a las pruebas practicadas, la justa causa para el cierre, por el propio criterio del recurrente, que niega la existencia de dicha causa. [S. 18 de octubre de 1963; desestimatoria.]*

CIERRE: *El uso esporádico del local para una fiesta no se opone a la existencia del cierre, pues lo que la Ley sanciona como causa de él es la falta de comunicación permanente con el público, requisito del establecimiento abierto, indispensable en el local de negocio.*

JUSTA CAUSA: ENFERMEDAD: *La enfermedad del titular no es justa causa del cierre, cuando la gestión en el local ni había de ser personal, ni nunca lo había sido. [S. 23 de septiembre de 1964; desestimatoria.]*

TRASPASO: PARTICIPACIÓN DEL DUEÑO: *FECHA EN QUE SE CONSTRUYÓ O HABITÓ POR PRIMERA VEZ EL LOCAL DE NEGOCIO Y NO EL INMUEBLE EN EL QUE AQUÉL ESTÁ ESTABLECIDO: Dada la claridad de los términos del art. 39 LAU, ha de estarse a su texto literal, según el cual la participación del arrendador en el precio del traspaso está determinada por la fecha en que se construyó o habitó por primera vez el local de negocio traspasado; dicción legal que contiene una referencia expresa, terminante e individualizada al local de negocio y no a la casa o edificio en el que está integrado. [S. 14 de octubre de 1964; desestimatoria.]*

TRASPASO: REQUISITOS: *El art. 32 LAU regula, para garantía del complejo*

de intereses que entran en juego, los requisitos o forma a que ha de adaptarse el traspaso, cuando el dueño del local no interviene en la operación; pero, tales requisitos no son necesarios cuando el traspaso se lleva a cabo de común acuerdo entre todos los interesados, en cuyo caso la validez del traspaso depende del consentimiento prestado.

TRASPASO: FALTA DE FORMALIDADES: IMPUGNACIÓN POR EL SUBARRENDATARIO: El subarrendatario carece de interés para impugnar la falta de formalidades del traspaso, por ser ajeno al mismo y porque la omisión de éstas sólo facilita al dueño a no reconocer el traspaso y a ejercitar la acción resolutoria, pero no confiere facultad impugnatoria a un tercero.

TRASPASO: PRUEBA: La afirmación de la Sala de que el actor entró en la posesión arrendaticia mediante traspaso que, con aquiescencia del propietario del local, le hizo el anterior arrendatario, no la contradice, y mucho menos de manera notoria, como es de rigor, el documento-contrato celebrado entre el arrendador y el nuevo arrendatario, porque no resulta extraño que, llevado a cabo el traspaso de común acuerdo entre cedente, cesionario y dueño del local, por éste se formalice nuevo contrato para establecer relación directa con el usuario entrante, que es, en realidad, con el que ha de entenderse y desenvolver la relación jurídica, por haber desaparecido del vínculo el titular arrendatario primitivo.

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: Amparar el recurso en el núm. 3.^º del artículo 136 LAU, cuando en su desarrollo se combate error de hecho en la apreciación de la prueba, que forzosamente se ha de llevar por el núm. 4.^º de dicho artículo, es, por sí, causa suficiente para su improcedencia.

No pueden prosperar los motivos del recurso que descansan en supuestos diferentes a aquellos sobre los que actúa la sentencia recurrida, lo que ocurre cuando ésta parte de la base de que el recurrente es subarrendatario, mientras que en el recurso se sostiene que es precarista. [S. 28 de septiembre de 1962; desestimatoria.]

TRASPASO: NATURALEZA: El traspaso es una cesión del contrato de arrendamiento, es decir, una renta especial que, como tal, se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades.

TRASPASO INCONSENTIDO: INTERPRETACIÓN FINALISTA DEL ART. 114, 5.^a LAU: La causa 5.^a del art. 114 LAU, al disponer que es causa de resolución del contrato de arrendamiento el traspaso de local de negocio realizado de modo distinto del autorizado en la Ley, ha de merecer una interpretación finalista y, de acuerdo con ella, ser entendida en el sentido de que lo que la Ley sanciona con la resolución del contrato es la transmisión efectiva del goce o uso de la cosa arrendada, hecha por el arrendatario a un tercero, sin cumplir las formalidades legales o sin consentimiento del arrendador.

TRASPASO INCONSENTIDO: FALTA DE TRANSMISIÓN DEL USO DE LA COSA ARREN-

DADA: No se produce la transmisión efectiva del goce o uso de la cosa arrendada cuando la cessionaria no ha llegado a realizar acto alguno de disfrute del objeto de arrendamiento, ni el convenio, por sí solo, lo supone, ya que habiéndose reflejado en un documento privado su otorgamiento no equivale a la entrega del objeto del contrato, como sucedería de haberse celebrado mediante escritura pública, conforme previene, para este último supuesto, el pár. 2º del art. 1.462, en relación con el 1.464 C. c. [S. 6 de marzo de 1963; desestimatoria.]

SUBARRIENDO O TRASPASO INCONSENTIDO: PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN: CONOCIMIENTO: El uso del local discutido por parte de la sociedad cessionaria no ha sido mantenido en la clandestinidad, sino que se ha hecho públicamente, exteriorizándolo con actos que ostensiblemente lo ponían de manifiesto a todos y singularmente a los propietarios del local, personas cuidadosas de sus intereses, y que, además, están domiciliados en el mismo inmueble en que radica el local cuestionado, circunstancias que hacen presumir su conocimiento de lo acontecido, por lo cual la Sala procedió acertadamente al estimar la excepción de prescripción de la acción resolutoria del contrato, ejercitada el año 1932, por causa de un subarriendo, cesión o traspaso operado, en las circunstancias dichas, en el año 1940. [S. 21 de octubre de 1964; desestimatoria.]

TRASPASO INCONSENTIDO: CONVERSIÓN DE ARRENDATARIOS INDIVIDUALES EN SOCIEDAD COLECTIVA: La sustitución de los arrendatarios individuales por una entidad que, aunque esté integrada por aquellos, tiene personalidad distinta de la de los socios que la forman, da lugar a la resolución del contrato, cuando tal sustitución se ha operado a espaldas de los propietarios. [S. 11 de octubre de 1963; desestimatoria.]

Los ocupantes del local eran arrendatarios en virtud de sendos contratos de arrendamiento otorgados, el primero, en 1940, a favor de uno de ellos, y, en 1944, el segundo, a favor del otro ocupante. En 1950 ambos arrendatarios constituyeron sociedad regular colectiva. La tesis de la parte demandada consistió en que el otorgamiento del segundo contrato no tuvo otro objeto que conceder consentimiento, a quienes ya eran socios de hecho, para traspasar el derecho arrendaticio a favor de la sociedad. Entrando en el fondo del recurso, a pesar de los defectos formales que contiene, el T. S. desestima el recurso: "...aun cuando se admitiera - dice el T. S. - un segundo contrato de arrendamiento, a favor del socio, pese a su falta de autenticidad, siempre se estaría en presencia de una sustitución de arrendatarios individuales por una entidad que, aunque está integrada por aquéllos, tiene personalidad distinta de la de los socios que la forman; sustitución operada a espaldas de los propietarios, sin que se haya demostrado el consentimiento obtenido para ello, ni quepa deducirlo de ese supuesto segundo contrato."

INTRODUCCIÓN DE TERCERO: Es doctrina reiterada que la introducción en el local arrendado, de una persona individual o jurídica extraña al arrendamiento, fuera de los casos autorizados por la Ley, constituye causa de re-

solución del contrato. lláuese tal introducción, cesión, traspaso o subarriendo.

SOCIEDAD IRREGULAR: TRANSFORMACIÓN EN SOCIEDAD ANÓNIMA: *Concertado en 1938, el contrato de arrendamiento a favor de la sociedad "G. e I." sociedad inter partes o de hecho, irregular, de carácter mercantil, sin personalidad jurídica distinta de sus componentes, y usando y disfrutando hoy el local arrendado a aquella sociedad irregular una sociedad anónima ["G. e I.", S. A.], constituida en 1952, por D. F. G. y D. R. I., únicos componentes de aquélla y sus respectivas esposas, es evidente el cambio en el disfrute del local arrendado.* [S. 28 de septiembre de 1964; desestimatoria.]

LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS: *Las obras realizadas por el arrendatario no requerían al consentimiento del arrendador, pues la cámara frigorífica retirada por el arrendatario estaba simplemente adosada y no formaba parte integrante del inmueble.*

ERROR DE HECHO: DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *El recurrente formula este motivo, al amparo del artículo 136, causa 3.^a de la L. A. U., alegando manifiesto error en la apreciación de la prueba, sin precisar si el error que denuncia es de hecho o de derecho, pero del desarrollo del motivo se deduce que se refiere al de hecho y como los errores de hecho deben denunciarse al amparo de la causa 4.^a del citado artículo, el motivo está mal formulado, por lo que debe rechazarse.* [S. 16 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: SUSTITUCIÓN DE TECHO: *Estando determinada la configuración de un local por la forma del espacio o recinto comprendido dentro de la pared y techos del mismo, e implicando la construcción de un techo nuevo la desaparición del antiguo, se ha producido el cambio de configuración —causante de resolución— por la destrucción temporal de uno de los elementos esenciales. En materia de obras no es preciso esperar el momento final o resultado de las mismas, bastando con que en el curso de la ejecución se haya alterado la figura de la cosa arrendada.* [S. 9 de octubre de 1964; ha lugar.]

OBRAS: CONSENTIMIENTO: PRUEBA: *No puede estimarse que existe causa de resolución del contrato de arrendamiento, cuando no puede afirmarse, sin duda racional, que las obras no hayan sido autorizadas por la propiedad. Cuando la autorización o consentimiento lo deduce la Sala de instancia por prueba directa, no cabe admitir contra esa valoración la del recurrente.* [S. 21 de octubre de 1964; no ha lugar.]

MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Cuando la obra ejecutada consiste en una instalación accesoria, fácilmente desmontable, no puede reputarse obra que varíe la configuración del local.*

No puede estimarse la causa de resolución cuando el arrendador no puede concretar en qué consistieron las obras, ni cuales son las habitaciones que

se habían alterado, ni demás detalles que requiere la prueba de la realización de las mismas. [S. 7 de noviembre de 1964; no ha lugar.]

V. Derecho de familia

1. ALTERACION DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES: CAMBIO DE VECINDAD: *El hecho de haber adquirido vecindad en Cataluña no permite alterar el régimen de gananciales de los que se casaron siendo vecinos de una región sometida al Derecho común, pues va contra un derecho adquirido cuyo respeto es reconocido por la disposición transitoria 1.^a respecto de los conflictos de leyes intertemporales, y lo mismo ha de entenderse, con mayor razón, respecto de los interregionales. Tal cambio iría contra el orden público (1.255) y no puede hacerse sin incurrir en fraude a la ley. [S. 18 de noviembre de 1964; ha lugar.]*

2. SOCIEDAD DE GANANCIALES: ACTOS DISPOSITIVOS: DECLARACIÓN DE HABER ADQUIRIDO PARA OTRA PERSONA: *Habiéndose verificado la adquisición por los cónyuges mediante escritura pública y a su nombre, pero por cuenta de los padres del esposo, según reconoció éste en documento privado posterior, hay que entender que nada ingresó en la sociedad conyugal y que, por tanto, era innecesaria la concurrencia de la esposa en el citado documento privado, sin que al entenderlo así, haya infringido el Tribunal a quo el art. 1.413 Código civil, reformado por Ley de 24 de abril de 1958. [S. 19 de diciembre de 1963; no ha lugar.]*

3. FILIACIÓN NATURAL: RECONOCIMIENTO EN TESTAMENTO: *No requiere aprobación judicial el reconocimiento hecho en testamento que no tiene más finalidad que la del reconocimiento. [S. 22 de diciembre de 1961; no ha lugar.]*

El recurrente entendía que en realidad no había habido testamento, por no contener disposición de bienes ni ninguna otra *mortis causa*. El Tribunal Supremo expresa que "la jurisprudencia viene reconociendo como testamentos aquéllos en que expresada la voluntad de testar se determina el reconocimiento de un hijo natural o el nombramiento de un tutor, etc.".

4. RECLAMACIONES DE ESTADO CIVIL: INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL JUICIO: *La ausencia de esta intervención no puede motivar la infracción de Ley que se pretende al amparo del art. 1.692, I.F.C., "sino que, en todo caso, podría implicar un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio -subsanado en este trámite de casación, al haber sido citado en tiempo y forma el Ministerio fiscal- - y que sólo podía haberse aducido por el cauce del núm. 1.^a del art. 1.303 de la misma Ley, al modo como se dijo en S. 10 de junio de 1915".*

RECONOCIMIENTO FORZOSO DE QUIEN, DURANTE EL JUICIO, LLEGA A LA MAYOR EDAD: *El que no se haya éste personado en el proceso para alegar lo que estimase conveniente a su derecho no afecta a la validez de las actuaciones, lo único que puede hacer es impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro*

años siguientes a la obtención de su plena capacidad. [S. 5 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

El demandado, obligado al reconocimiento, pedía la nulidad de actuaciones por haber llegado el hijo a la mayoría de edad. La Sentencia invoca que en el momento de la demanda era éste menor de edad y era la madre la que en aquel instante inicial estaba en condiciones de ejercitar la acción.

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA: REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: *La publicación de la convocatoria de Junta General ordinaria o extraordinaria- en el "Boletín Oficial del Estado" y en uno de los diarios de mayor circulación de la Provincia es requisito insoslayable para la validez de la constitución de la Junta y, consiguientemente, de cuantos acuerdos se tomen en la misma, sin que sea admisible un uso en contrario ni tenga efectividad la renuncia de los interesados en el cumplimiento de aquellas formalidades. [S. 27 de octubre de 1964; estimatoria.]*

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: SOCIEDAD DISUELTA: *Aunque la demanda de resolución debe dirigirse contra el titular arrendatario, sin que exista obstáculo legal para llamar también al proceso al tercero ocupante, no existe posibilidad legal ni material, de hacerlo contra el primero cuando siendo una sociedad mercantil consta por el asiento del Registro correspondiente que se disolvió diez años antes, perdiendo su personalidad sustantiva y procesal, sin que por tal lapso de tiempo y anotación registral (sic) quepa estimar que se encuentra en fase de liquidación.*

FALTA DE LEGITIMACIÓN PASTIVA: ALEGACIÓN: *Debe alegarse dicha excepción en el periodo expositivo del juicio, sin que sea correcto hacerlo en trámite de apelación. [S. 2 de abril de 1962; no ha lugar.]*

3. LETRA DE CAMBIO: ACCIÓN CAMBIARIA EN JUICIO DECLARATIVO: *Entablada la acción cambiaria en juicio declarativo, es posible entrar a la discusión completa del contrato causal subyacente y cabe oponer todas las excepciones que de éste derivan.*

FALSEDAD DE LA LETRA: TERCERO TENEDOR DE LA MISMA: *Supuesta la falsedad de la letra por figurar como librador persona distinta de la que, según acuerdo con el aceptante-librado, debía serlo, el tercero tenedor de la misma, que la presenta al pago, no pide nada que guarde relación con el contrato causal subyacente, por no ser parte en él ni derivar su posición cambiaria de quien lo es. [S. 19 de noviembre de 1964; estimatoria.]*

4. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMENTO: *El lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la compraventa mercantil es el establecimiento del vendedor lo que también tiene lugar, cuando las mercancías*

son facturadas a la población donde reside el comprador, y viajan a porte debido, por cuenta de éste. [S. 3 de noviembre de 1964; resuelve competencia.] (M. V. A.)

5. COMPETENCIA: COMPROVANTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA PRESUNTO: *Constando en una nota de entrega firmada en Zaragoza que en esta ciudad se entregaron los géneros y tratándose, además, de una compraventa mercantil, debe presumirse que dicho lugar es el de entrega a falta de pacto en contrario, por radicar en él el establecimiento mercantil del vendedor. [S. 9 de diciembre de 1964.]*

6. COMPROVANTA MERCANTIL: ENTREGA: *Las cosas vendidas se reputan entregadas cuando quedan a disposición del comprador o de su cuenta se exhiben al punto que haya determinado.*

COMPETENCIA: COMPROVANTA A PRUEBA: *Tratándose de una compraventa el Juez del lugar de la entrega es el competente para conocer, no sólo del cumplimiento del contrato, sino también de las incidencias que origine su incumplimiento, rescisión o nulidad, sin que pueda tenerse en cuenta la alegación del comprador de que la venta se hizo a prueba, pues no apareciendo así de la correspondencia cruzada entre las partes, constituye ello la cuestión de fondo.*

ACCIONES DE NULIDAD O RESCISIÓN: COMPETENCIA: *La acción de nulidad o rescisión es personal, por lo que, al no estar señalado el lugar de cumplimiento del contrato, ha de prevalecer el fuero del domicilio del demandado como preceptúa el núm. 1.º del art. 62 LEC. [S. 29 de septiembre de 1964; cuestión de competencia: se estima la inhibitoria.]*

DERECHO PROCESAL

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO: INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *Es contrato administrativo y no civil, caracterizado por el fin, aquél por el cual un Ayuntamiento transmite a un particular los derechos y obligaciones que tiene contraídos con el Estado y la Diputación Provincial para la construcción de un camino vecinal, comprometiéndose a abonarle la cantidad presupuestada, ya que la Corporación no actúa sobre bienes privativos, sino sobre obras públicas que afectan y tienden a satisfacer un interés público, disponiendo para ello de fondos públicos consignados en Presupuestos, sin que tal calificación se desvirtúe por la falta de la forma legalmente preceptuada que no puede repercutir en el cambio de naturaleza del contrato y, por ello, es competente para conocer del litigio la jurisdicción contencioso-administrativa. [S. 28 de octubre de 1963; ha lugar.]*

2. CAMINO PÚBLICO: CONDENA DE NO OBSTACULIZAR EL PASO: *Acreditado que el camino que atraviesa los predios de los demandados y en el que existe una ría pecuaria, tiene carácter público, conforme al art. 3.º, ap. 1, del Regla-*

mento de Bienes de las Entidades locales, cuyo dominio pertenece al Ayuntamiento, corresponde a éste su reivindicación y defensa y, por tanto, infringe los arts. 370 y 371 de la Ley de Régimen Local, en relación con el art. 55 del Reglamento citado, la sentencia que accede a la demanda formulada por los propietarios de otros predios en el sentido de declarar que los demandados carecen de derecho para impedir el paso de los actores, ya que a estos no les asiste acción para impetrar por sí el respeto a su tránsito.

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTO FORMAL: ACLARACION: *La infracción del artículo 359 LEC solo puede denunciarse por los núms. 2.^º, 3.^º y 4.^º del artículo 1.692 y no por el núm. 1.^º, y si lo que se acusa es que el fallo carece de la claridad y precisión que erige el artículo primeramente citado, debió acudirse al recurso de aclaracion que autoriza el art. 363.* [S. 19 de mayo de 1962; ha lugar.]

3. EXCEPCIONES DILATORIAS: FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: *Es una omisión de carácter procesal y aun cuando la excepción misma fuera indebidamente desestimada, queda al margen de un recurso de casación por infracción de ley en el que, en principio y salvo denuncia de vicios in procedendo específicamente previstos en el art. 1.692, entre los que no se encuentra la excepción referida, sólo cabe plantear problemas de derecho material o de fondo.* [S. 7 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

4. EL ESTADO COMO ARRENDATARIO: RECLAMACIÓN PREVIA POR VÍA ADMINISTRATIVA: *Planteada demanda de resolución del contrato de arrendamiento, siendo el Estado el arrendatario, ha de cumplirse inexcusablemente con la reclamación previa en vía administrativa, sin que ello suponga, en modo alguno, sustraer a la jurisdicción ordinaria su competencia exclusiva para conocer y resolver la cuestión planteada.* [S. 12 de junio de 1964; desestimatoria.]

5. PROCURADOR QUE COMPARCE POR SÍ MISMO: *Estando autorizados los procuradores para comparecer en juicio por sí mismos, en negocios propios, carecería de sentido la exigencia de acreditar, mediante la presentación de poder, una representación que no existe, puesto que comparece el propio interesado.*

PROCURADOR QUE COMPARCE POR SÍ MISMO: PERSONALIDAD: *No puede impugnarse la personalidad del procurador, a quien, por providencia del Juzgado, contra la que no se formuló recurso ni protesta alguna, se le tuvo por parte, en su propio nombre y representación, y que, en el período de prueba, acreditó, además, mediante la correspondiente certificación, hallarse incorporado, como tal, al Colegio y en el ejercicio de su cargo.*

IMPUGNACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL PROCURADOR: *No puede hacerse al amparo de la causa 3.^a del art. 136 LAU.*

CUESTIÓN NUEVA: *No puede ser tema del recurso una cuestión no alegada oportunamente en el pleito, por lo que ni pudo ser impugnada, ni decidida en la sentencia recurrida.* [S. 7 de abril de 1962; desestimatoria.]

Nota: Lo que el recurrente pretendía era que el procurador debió de haber acreditado su personalidad, mediante la comunicación del Colegio de Procuradores al Juzgado, o presentación de Certificación del mismo Colegio. Así, alegando la infracción del art. 503, núm. 1.^o LEC, expone en el motivo primero del recurso: "... el actor expresa en su demanda la cualidad de procurador de los Tribunales, sin que a la misma adjunte la comunicación del Colegio de Procuradores al Juzgado, o certificación del mismo que así lo acrede; que los demandados —ahora recurrentes— adujeron en ambas instancias tal vacío, articulando la excepción que se denuncia —art. 533, número 3.^o LEC—; y en la sentencia recurrida se rechaza este medio, a base de que la personalidad del actor, como tal procurador, era sobradamente conocida en el Juzgado...; mas, los demandados no tienen ni se les debe pedir ese conocimiento profesional... y debió adjuntarse con la demanda el poder, en este supuesto certificación o comunicación que lo acreditará; la falta del mismo dará lugar a esgrimir tal excepción, al no haberse suspendido los autos para subsanar el error; mas, contestada la demanda, el Juzgado o Tribunal no puede alegar el simple conocimiento, porque, de una parte, no trae a los autos —no puede, por ser instancia rogada— la relación de los procuradores en activo, y, por otra parte, no suspendidas las actuaciones, no puede dar por licita la aportación del documento —certificación que se unió en el periodo de prueba...".

Sobre la falta de personalidad y su vía de impugnación, V. SS. de 18 de mayo de 1962, 8 de noviembre de 1962, 14 de noviembre de 1962. Sobre la finalidad de las diligencias para mejor proveer y su relación con el deber de las partes de justificar sus pretensiones, V. S. 23 de enero de 1963. (J. G. Y.)

6. BENEFICIO LEGAL DE POBREZA: REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA: *La demanda para solicitar la declaración de pobreza ha de cumplir los requisitos establecidos en el art. 28 LEC, dando lugar su incumplimiento a la sanción de inadmisión, que previene el siguiente precepto legal, y en el supuesto de no haber sido ésta aplicada, debe ser desestimada la demanda, conforme a la doctrina de esta Sala.*

Ocultación de bienes: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La sentencia recurrida sienta no ajustarse a la realidad los medios de vida que alega la demanda de pobreza, por existir ocultación de éstos, sea cualquiera su cuantía, infracción que no es atacada en el recurso, ya que, al amparo del núm. 1.^o del art. 1.692 LEC, alega violación del art. 15 de dicha Ley, por afirmar que los medios de vida omitidos no hacen variar, dada su cuantía, la conceputación de pobreza legal que se pretende, y esta es cuestión de hecho que no se formula como tal, conforme al núm. 7.^o del art. 1.692 LEC. [S. 12 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

7. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No son admisibles los recursos que denuncian a un tiempo violación, interpretación errónea y aplicación independiente de las leyes y doctrinas legales invocadas. Tampoco puede prenderse el motivo que, al amparo del núm. 7.^o del art. 1.692 LEC, denuncia error de hecho y de derecho al desestimar las pruebas porque involucre ambos errores, faltando a la necesaria claridad y precisión. Los núms. 2.^o y 3.^o del artículo 1.692 LEC, son de carácter instrumental, de suerte que ha de llenárseles de contenido mediante la invocación expresa, en los motivos en ellos fundados, del art. 359 LEC, que es el punto de partida para la sanción de*

todos los tipos de incongruencia, y omitida ésta cita los motivos en cuestión, en el actual trámite, resultan desestimables.

DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *En cuanto al error de hecho no tienen el carácter de documentos auténticos, a los efectos de la casación, las certificaciones o testimonios de actuaciones en otro pleito. [S. 13 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

8. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es inadmisible el recurso que denuncia a un tiempo "violación e interpretación errónea". Tampoco puede prosperar el motivo que, a través del núm. 7.^o del art. 1.692 LEC, acusa error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que olvida la cita de la regla de valoración que estima infringida. [S. 30 de septiembre de 1964; no ha lugar.]*

9. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La autenticidad a efectos de la casación consiste en que el acto o documento, desde luego legítimo y de aceptación obligatoria para el Tribunal, contenga en sí mismo, sin que hayan de utilizarse deducciones, la demostración irrefutable de un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones del Juzgador; para apoyar el error de hecho no cabe realizar una cita global de actos y documentos auténticos sin discriminación alguna, sino que ha de citarse concretamente el documento o acto auténtico que patentice la pretendida equivocación. [S. 28 de abril de 1964; no ha lugar.]*

10. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Según reiteradísima jurisprudencia no tienen el carácter de documentos auténticos, a los efectos de la casación, los básicos del pleito que han sido objeto de interpretación por el Tribunal a quo. [S. 19 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

11. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTA: *Constituye fraude procesal incurso en el núm. 4.^o del art. 1.796 LEC el que para lograr el lanzamiento de unos presuntos subarrendatarios, antes intentado sin éxito, se acuda a promover una demanda contra quien había dejado de ser arrendatario con mucha anterioridad, y se persona allanándose y ante Juzgado en el que ni demandante ni demandado tenían domicilio, vecindad ni residencia transitoria, ya que si bien la defensa de los derechos autoriza a utilizar cuantos medios lícitos se ofrezcan para ello, agotándolos en el planteamiento, probanza y recursos, ello no permite en modo alguno el empleo de medios contrarios a la legalidad que los contendientes se deben*

RECURSO DE REVISIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Están legitimados para promover este recurso, no sólo los que fueron parte en el juicio de cuya revisión se trata, sino también aquellos que por estar interesados directamente en su resultado, debieron ser llamados a él, ya que admitir lo contrario, supondría tolerar, a más de no ser oídos en el proceso, negándoles los medios de defensa de sus posibles derechos, privarles de uno de los recursos que la Ley concede. [S. 23 de noviembre de 1962; ha lugar.]*

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ.

I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: CONTENIDO: *La doctrina del abuso del Derecho está elaborada sobre la base del ejercicio de un derecho con la intención de dañar o en la utilización del mismo de un modo anormal o contrario a la convivencia, por lo que en la petición de resolución de contrato, por la realización de obras no consentidas, no se vislumbra designio de lesionar intereses extraños, sino el uso de un medio legal para reclamar un derecho que le está atribuido.* (Sentencia de 15 de octubre de 1964; no ha lugar.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: CONCEPTO: *Hay necesidad cuando el arrendador pretende poner fin a una situación de convivencia con personas extrañas en vivienda ajena y en la que ocupa una sola habitación que ha de servirle de morada en unión de su esposa y dos hijas, pues es muy explicable y humano el logro de una mejor comodidad así como el obtener, con un hogar, la sagrada independencia familiar.* (Sentencia de 26 de noviembre de 1964; no ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: MATRIMONIO: *Para que pueda estimarse la necesidad de ocupar un piso fundada en un futuro matrimonio del dueño de la vivienda, se precisa acreditar de una manera evidente el propósito firme, formal y serio de contraerlo; mediante prueba inequívoca.* (Sentencia de 8 de octubre de 1964; no ha lugar.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *Constituir un hogar propio es afán que no puede negarse a los cónyuges.* (Sentencia de 1 de diciembre de 1964; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: *La donación de una vivienda de un inmueble en el que se tienen varias arrendadas, presupone la propia selección que se establece para la denegación de prórroga del arrendamiento.* (Sentencia de 5 de octubre de 1964; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: *Cualquier variación que pueda ocurrir en las circunstancias, con posterioridad al requerimiento, no puede afectar a la selección efectuada, si éste se hizo de acuerdo con la Ley y se guardaron los requisitos que se requieren para su validez.* (Sentencia de 25 de noviembre de 1964; ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: *A efectos de la selección, la antigüedad como inquilino del piso hay que contarla desde el momento en que en realidad se tiene ese carácter, aunque se haya adquirido tal condición en virtud de subrogación.* (Sentencia de 25 de noviembre de 1964; ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: REQUISITOS: *Aunque en el requerimiento de denegación de prórroga no se exprese los nombres de los hijos, cuya edad determina la necesidad de ocupación, si éstos se indicaron en la demanda, aquél se considera bien formulado.* (Sentencia de 4 de julio de 1964; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: EFICACIA: *La infracción de los requisitos del previo requerimiento a la denegación de prórroga, no da base para negar la necesidad de la ocupación.* (Sentencia de 8 de octubre de 1964; no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: PRUEBA: *Del hecho de pagar el mínimo consumo de luz, de la falta de mobiliario y elementos de la vivienda para un uso corriente de la misma y del hecho de ocupar otra distinta, deriva como inmediato y lógico corolario que no se ocupa ni habita la misma.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1964; no ha lugar.)

11. RENTA: REDUCCIÓN: *No es posible al locatario pedir la reducción de la renta so pretexto de no ser la pagada por él la misma declarada a la Hacienda, pues se trata de finca exenta y no es posible pedir la reducción de lo que no existe en el orden fiscal.* (Sentencia de 2 de diciembre de 1964; no ha lugar.)

12. RENTA: REDUCCIÓN: *Aunque el arrendador declare a la Hacienda, en el plazo que media entre la presentación de la demanda y la citación y cumplimiento, la renta que en realidad perciba, no podrá evitar que prospere la reducción de renta solicitada por el arrendatario en su demanda, si en el momento de su presentación la renta declarada al Fisco fuera inferior a la, en realidad, satisfecha por él, pues en caso contrario, podría darse lugar no sólo a burlar el espíritu de la norma legal, sino también a su inaplicación.* (Sentencia de 11 de noviembre de 1964; ha lugar.)

13. CONTENIDO DEL CONTRATO: *El hecho de que el arrendador no cobre el agua desde que fue requerido para la instalación de contadores, sólo acredita la renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho, pero no puede suponer el rebrote de la obligación que tiene de instalar dichos contadores, pues ello exigiría el acuerdo de todos los interesados.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1964; no ha lugar.)

NOTA: El art. 2.^o del Decreto de 26 de julio de 1956 en relación con los arts. 98 y 102 de la L.A.U. impone a los propietarios de inmuebles la obligación de instalar contadores divisorios del consumo de agua.

14. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: *Los motivos resolutorios del contrato de arrendamiento se hallan limitados exclusivamente a los que determina el art. 114 de la L. A. U.* (Sentencia de 22 de diciembre de 1964; no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: INTERPOSICIÓN: FORMALIDADES: *Se ha interpuesto y formulado este recurso por escrito, como preceptúa la L.A.U., sin que afecte para ello el que se hiciese en un sólo escrito o en dos, como aquí ha sucedido, pues aun cuando sea lo más corriente hacerlo en un sólo escrito, nada impide que se haga por separado en dos distintos; y también se ha interpuesto y formulado el recurso ante el propio Juzgado de Primera Instancia que dictó el fallo, puesto que aunque uno de tales escritos aparezca dirigida a la Exma. Audiencia Territorial, la verdad es que ambos han sido presentados a la vez en el correspondiente Juzgado, por lo cual no se ha infringido la regulación legal.* (Sentencia de 21 de noviembre de 1964; no ha lugar.)

2. CONSIGNACIÓN DE RENTA PARA RECURRIR: *Debe de consignarse la renta que haya de satisfacerse al comienzo del litigio, y como el arrendador había dejado de pasar los recibos durante algún tiempo, ha de estimarse que la renta a consignar es la que resulte del último recibo cobrado.* (Sentencia de 17 de noviembre de 1964; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: MOTIVOS: DOCTRINA LEGAL: *La doctrina legal ha sido creada por el Tribunal Supremo por medio de sus resoluciones interpretativas de las leyes, pero las resoluciones de las Audiencias no constituyen doctrina legal.* (Sentencia de 30 de diciembre de 1964; no ha lugar.)

4. LITISCONSORCIO: *Procede la constitución de un litisconsorcio pasivo necesario, en el caso de que por consecuencia de una sentencia judicial, que puede implicar una novación subjetiva del contrato, se atribuya la condición de arrendatario a persona distinta de aquella que «de facto» o con titularidad de menor preferencia lo fuera, y que por afectarle, indudablemente, no puede resolver el Tribunal sin oírle, pues lo contrario significaría infringir el principio procesal de que nadie puede ser condenado sin ser oído.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1964; ha lugar.)

5. LITISCONSORCIO: *No es preciso que sean demandados todos los herederos del arrendatario fallecido, sino tan sólo aquellos que pretendan la subrogación en el arrendamiento, por haberlo manifestado así el arrendador.* (Sentencia de 5 de octubre de 1964; no ha lugar.)

6. EXCEPCIONES: COSA JUZGADA: *Los Considerandos por no formar*

parte del fallo, no pueden tomarse como motivo para proclamar la excepción de cosa juzgada, y si en ellos hay algún error de redacción o de concepto es intrascendente a estos efectos, pues lo único que tiene valor es el fallo. (Sentencia de 29 de diciembre de 1964; no ha lugar.)

7. EXCEPCIONES: PRESCRIPCIÓN: CARGA DE SU PRUEBA: Quien *invoca la prescripción, como instituto jurídico certificador de obligaciones, ha de probar la fecha a partir de la cual se ha de iniciar el cómputo del término.* (Sentencia de 15 de octubre de 1964; no ha lugar.)

2. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. SIMULACIÓN DE ARRENDAMIENTO: *Debe considerarse lógica la presunción del órgano "a quo" mediante la cual considera acreditada la simulación de un arrendamiento para hacer aparecer al real inquilino como mero subarrendatario.* (Sentencia de 7 de julio de 1964; no ha lugar.)

NOTA: Aunque en los considerandos de la sentencia de suplicación no se reflejan de modo explícito los elementos de hecho que llevan a la Sala a la conclusión del acierto que presidió la formulación por el órgano *a quo* de la presunción de simulación, ofrece interés esta resolución, más que por las declaraciones en ella realizadas por el criterio que revela, en concordancia con el Tribunal de instancia, de salir al paso de la maniobra consistente en la simulación de arrendamientos mediante la interposición de un testaferro del propietario para degradar a los verdaderos inquilinos a la condición de subarrendatarios, privándolos así de la prórroga forzosa que garantiza la estabilidad de su posesión de la vivienda o local. El carácter sumario atribuido sin gran fundamento a las acciones resolutorias de arriendo y subarriendo y la timidez de los órganos jurisdiccionales en abordar el tema de la simulación en los procesos resolutorios ha dado lugar en muchos casos al triunfo del fraude de ley que existe tras semejantes simulaciones. Hay que confiar, sin embargo, que precedentes como el del caso anotado y el apoyo que suministra en la actualidad el artículo 9 de la LAU —reformado por la Ley de 11 junio 1964— a la lucha contra el fraude facilitarán la labor de los Tribunales en orden a evitar que mediante el expediente indicado se frustre la finalidad estabilizadora de la LAU.

2. ARRENDAMIENTO DISIMULADO MEDIANTE LA INTERPOSICIÓN DE UN SUPUESTO ARRENDATARIO: *Sentado como premisa de hecho que se hace figurar como arrendataria a la madre de la propietaria del inmueble, la que nunca ocupó la vivienda ni firmó el supuesto contrato de subarriendo, ni cobró las rentas a la subarrendataria, ya que los recibos los suscribió la propietaria del inmueble, aunque dijera lo hacía por poder o encargo de su madre, sin demostrar tal mandato y sin traer siquiera a juicio a la supuesta subarrendataria, es lógico presumir que no hubo tal subarriendo, sino un arrendamiento que se pretendió disimular para eludir la prórroga forzosa del contrato.* (Sentencia de 22 de enero de 1965; no ha lugar.)

3. RENUNCIA DE DERECHOS: CÁRZA DE RESOLUCIÓN: *Es válida la cláusula por la que el arrendador se compromete a "no rescindir" el contrato salvo por falta de pago, pues, con esta salvedad, la renuncia no implica la desaparición de los elementos constitutivos del contrato de arriendo.* (Sentencia de 13 de febrero de 1965; no ha lugar.)

4. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO SUBARRIENDO: HOSPEDAJE: *No procede la resolución, por subarriendo, de un arriendo de vivienda —de renta limitada— si quienes ocupan el piso con el inquilino son dos huéspedes, debiendo considerarse como tales a quienes permanecen en el piso y reciben, del inquilino, servicios de lavado y manutención.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1964; no ha lugar.)

5. CESIÓN: OCUPANTE POR RAZÓN DE SERVICIOS: *No supone cesión la estancia en un piso de una persona cuya presencia puede explicarse por la prestación de servicios a la arrendataria, ausente del piso.* (Sentencia de 25 de junio de 1964; no ha lugar.)

6. RENTA SUBARRENDATICIA: FIJACIÓN EN FUNCIÓN DE LA DEL ARRIENDO: *Para apreciar la legitimidad de la renta del subarriendo hay que hacerlo teniendo en cuenta la del arriendo, procedente según la ley, y no cabe computar, a tales efectos, como renta del arriendo lo que el arrendador percibe del inquilino, precisamente en atención al subarriendo.* (Sentencia de 3 de abril de 1964; ha lugar.)

7. VENTA DE INMUEBLES ARRENDADOS: PRECIO DE VENTA Y PRECIO DE CAPITALIZACIÓN DE LA RENTA: *Al precio de la renta hay que agregar, para el cotejo entre el precio total de venta y precio de capitalización, el importe del impuesto de plusvalía a cargo pago se obligó el comprador, no debiendo, en cambio, rebajarse del mismo la parte proporcional de la hipoteca, pues al estar la cancelación del gravamen a cargo del dueño rendedor, es lógico se tomara en cuenta el mismo al fijar el precio de la venta.* (Sentencia de 1 de febrero de 1965; no ha lugar.)

8. SUBROGACIÓN EN LOS DERECHOS ARRENDATICIOS: EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN RESPECTO A LOS SUBARRENDATARIOS DEL ANTERIOR INQUILINO: *El inquilino que adquiere tal cualidad por subrogación del anterior arrendatario, se halla legitimado, frente a los subarrendatarios del subrogante, para pedir la resolución del contrato de subarriendo, si concurre causa resolutoria como es la de expiración del plazo de subarriendo.* (Sentencia de 26 de febrero de 1965; no ha lugar.)

NOTA: La cesión de derechos arrendaticios prevista en la LAU, supone, por ministerio de la Ley, la subrogación del cesionario, en sus relaciones con el arrendador, en la posición del cedente; lo que regula la LAU de modo explícito es el efecto que la cesión de derechos arrendaticios puede producir respecto a la eventual relación de subarriendo que exista entre el redentor y terceras personas. En realidad la figura del inquilino subarrendador se proyecta en una doble vertiente: hacia el arrendador, como arrendatario y hacia el subarrendatario como subarrendador; respecto a la primera la subrogación produce por mandato de la Ley su pleno efecto y sin necesidad de consentimiento del arrendador —parte del contrato de arriendo— la cesión del contrato produce efectos vinculantes para dicha contraparte; al no prever la ley semejante efecto subrogatorio en las relaciones subarrendáticas, parece un tanto discutible que la cesión del arrendamiento pueda transferir —sin consentimiento del subarrendatario— la condición de subarrendador. Ello no obstante,

la Sala, movida sin duda por razones prácticas y ante la dificultad que supondría la aplicación de los puros principios, se ha inclinado, como lo hiciera ya el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de noviembre de 1955 y 5 de abril de 1957, a extender el efecto subrogatorio a las relaciones subarrendaticias.

9. SURROGACIÓN MORTIS CAUSA: AFINES: *Los parientes por afinidad carecen de derecho a la subrogación arrendataria "mortis causa" (inquilinato).* (Sentencia de 14 de octubre de 1964; no ha lugar.)

10. NECESIDAD BASADA EN EL DESALOJO FORZOSO DE ANTERIOR VIVIENDA: *No es obstáculo a la denegación de prórroga forzosa basada en la circunstancia de que el beneficiario de la misma se haya visto obligado a desalojar su anterior vivienda (al ser desahuciado, a su vez, por necesidad) el que la persona para la que se reclamó la vivienda a la que afectó este último desahucio no haya ocupado tal vivienda.* (Sentencia de 29 enero de 1965; no ha lugar.)

11. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Tiene derecho a ejercitarse la acción denegatoria de prórroga quien carece de vivienda independiente.*

LEGITIMACIÓN: ACTOS PROPIOS: *No puede negar la personalidad de la parte adversa, quien se la reconoció con anterioridad al juicio.*

SUPLICACIÓN: ACTOS PROPIOS: *No se da el recurso para combatir infracciones procesales.* (Sentencia de 8 de junio de 1964; no ha lugar).

12. NECESIDAD POR CAUSA DE MATRIMONIO; TIEMPO DE CELEBRACIÓN DEL ENLACE: *No procede la denegación de prórroga, si el matrimonio en el que se basaba la necesidad no se había contraído aún, al expirar el año de preaviso.* (Sentencia de 26 de enero de 1965; no ha lugar); análogamente Sentencia de 10 de febrero de 1965.

13. NECESIDAD BASADA EN LA VOLUNTAD DE TENER VIVIENDA INDEPENDIENTE: *No es obstáculo a la denegación de prórroga basada en la voluntad de dotar a un matrimonio de vivienda independiente el hecho de que tal matrimonio, con anterioridad a su actual situación de vivienda compartida con sus padres, hubiera dispuesto de hogar independiente, ya que el curso de las relaciones familiares puede originar sucesivamente diversas necesidades o conveniencias respecto a la situación de independencia.* (Sentencia de 13 de octubre de 1964; no ha lugar.)

14. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Procede la denegación de prórroga por necesidad, si se carece de vivienda independiente, aunque el nuevo matrimonio pudiera disponer de habitaciones suficientes en el domicilio paterno.* (Sentencia de 6 de marzo de 1964; no ha lugar.)

15. NECESIDAD: VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Procede la resolución, si existe necesidad de domiciliarse en el lugar de trabajo del cónyuge del*

beneficiario de la denegación de prórroga y se carece de vivienda independiente de la de los padres. (Sentencia de 6 de marzo de 1964; no ha lugar.)

16. NECESIDAD: CAUSA CESADA: *Si el beneficiario de la denegación de prórroga se instaló en casa propia del actor, con posterioridad a la denegación de prórroga, ésta no puede ser estimada, por haber desaparecido la causa de necesidad.* (Sentencia de 9 de octubre de 1964; no ha lugar.)

17. NECESIDAD POR MATRIMONIO: FECHA DE CELEBRACIÓN DEL ENLACE: *A efecto de la denegación de prórroga por necesidad basada en matrimonio, es preciso que el enlace se haya contraído al cumplirse el año de preaviso.* (Sentencias de 24 de febrero y 4 de mayo de 1964; ha lugar.)

18. NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO: *No es preciso hacer constar, en el requerimiento, las circunstancias de posposición concurrentes en los demás inquilinos, si las que se atribuyen al arrendatario demandado, determinan el preferente desglojo del mismo.*

SELECCIÓN: PISO HABITUALMENTE DESOCUPADO: *No puede considerarse como piso habitualmente desocupado, el correspondiente a un inquilino que se halla circunstancialmente ausente del mismo por razón de enfermedad.*

SUPPLICACIÓN: *El recurso se da contra el fallo y no contra los "considerandos".* (Sentencia de 15 de octubre de 1964; no ha lugar.)

19. NECESIDAD: OCULTACIÓN E INSUFICIENCIA DE DATOS DE HECHO: *No infringe la Ley la sentencia que desestima la resolución basada en una alegada necesidad, por estimar que el actor ocultó datos relativos a sus reales disponibilidades de espacio en la vivienda que venía ocupando y no proporcionó los datos necesarios para cotejar las características de dicha vivienda con la que fue objeto de la denegación de prórroga.*

SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *La necesidad constituye un concepto jurídico.* (Sentencia de 12 de febrero de 1965; no ha lugar.)

20. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *No cabe imponer a nadie una convivencia forzada con otros familiares; puede ponerse término a tal convivencia, en cualquier momento, a través de la denegación de prórroga por necesidad.*

SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *La necesidad es un concepto revisable en susplicación, pero siempre sobre la base del respeto de la Sala a los hechos que se declararon probados en la instancia.* (Sentencia de 26 de febrero de 1965; no ha lugar.)

21. NECESIDAD: NECESIDAD DE DOMICILIACIÓN EN EL TÉRMINO DE SITUACIÓN DE LA FINCA: *Físicamente integran una sola agrupación urbana, Bar-*

celona y los lugares próximos a ella, aunque pertenezcan a distintos municipios. (Sentencia de 6 de julio de 1964; no ha lugar.)

22. **NECESIDAD: SUPLICACIÓN:** *El concepto de "necesidad" debe considerarse como jurídico a efectos del recurso de suplicación.*

SUPLICACIÓN: FORMALISMO: *La omisión de la cita del apartado concreto del artículo que se invoca como infringido, constituye un defecto formal de la formalización del recurso.*

SUPLICACIÓN: REVISIÓN DE LA PRUEBA: *En el recurso de suplicación no cabe la revisión de la prueba.* (Sentencia de 15 de enero de 1965; no ha lugar.)

23. **NECESIDAD: NUDO PROPIETARIO:** *No obsta a la denegación de prórroga por necesidad el que el beneficiario de la denegación sea nudo propietario de una finca.*

ARRENDADOR: USUFRUCTO: *En el caso de finca en usufructo el arrendador es el usufructuario y no el nudo propietario.* (Sentencia de 17 de febrero de 1964; no ha lugar.)

24. **RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: OBLIGACIÓN LEGAL DE EDIFICAR A MAYOR ALTURA:** *La existencia de una obligación legal de edificar a mayor altura que la construida, no podría oponerse a la denegación, por necesidad de la prórroga del arriendo de un piso del inmueble.*

SUPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE NORMA LEGAL: *No cabe basar, con éxito, el recurso en la infracción de disposiciones administrativas sin rango legal.*

SUPLICACIÓN: FORMALISMO: *En la formalización del recurso de suplicación es preciso alegar concreta y terminantemente el precepto infringido, no siendo admisible la cita global de un cuerpo legal y disposiciones complementarias.* (Sentencia de 1 de febrero de 1965; no ha lugar.)

25. **NECESIDAD: DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA EN CASA AJENA:** *Si el beneficiario de la denegación de prórroga habita en un piso del que es titular arrendatario un sobrino, del mismo, que reside en el extranjero, en donde se halla establecido ejerciendo su profesión y si dicho piso entre la necesidad de hogar independiente de quien alega la necesidad, que lo ocupa de modo exclusivo, la demanda denegatoria de prórroga debe ser desestimada.* (Sentencia de 1 de febrero de 1965; no ha lugar.)

26. **NECESIDAD: VIVIENDA EN LA QUE PRECISA REALIZAR OBRAS DE REPARACIÓN:** *El hecho de que en la vivienda objeto de la denegación de prórroga por necesidad hayan de realizarse obras de reparación y conservación, no impide la estimación de la denegación de prórroga.*

REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: *Se cumplen los requisitos legales del requerimiento si en él se indican la necesidad de vivienda, la*

causa de esa necesidad y las circunstancias de posposición al no haber más inquilino que el demandado. (S. de 8 de febrero de 1965; no ha lugar.)

27. NECESIDAD: DESEO DE VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Si el marido de la hija de la arrendadora debe pernoctar en la vivienda de su madre, por falta de espacio y por la independencia de hogar entre la actora e hija casada que las mismas deban o "quieran" establecer, cabe la denegación de prórroga por necesidad.*

SUPLICACIÓN: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *No cabe en este recurso realizar una nueva valoración de la prueba. (Sentencia de 15 de febrero de 1965; no ha lugar.)*

28. NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *No procede la aplicación de las normas sobre selección de vivienda, si la acción de resolución por necesidad se ejerce conjuntamente contra tres personas a las que se arrendó tres habitaciones—una a cada una—constitutivas de una sola vivienda, con servicio único de cocina y water. (Sentencia de 2 de febrero de 1965; no ha lugar.)*

29. NECESIDAD: OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *El plazo de ocupación de la vivienda señalado en la LAU, puede dilatarse por el tiempo necesario para la realización de obras de acondicionamiento. (Sentencia de 8 de julio de 1964; no ha lugar.)*

30. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: USO PARCIAL: *La desocupación que puede fundar la denegación de prórroga ha de ser total; no procede la resolución si hay un uso parcial. (Sentencia de 15 de octubre de 1964; ha lugar.)*

31. NO USO DE VIVIENDA: ESTANCIA EN EL EXTRANJERO: JUSTA CAUSA: *No es justa causa de no ocupación el hecho de que la inquilina residiera con su marido en el extranjero, donde éste tiene su trabajo. (Sentencia de 6 de febrero de 1965; no ha lugar.)*

32. REDUCCIÓN DE RENTAS HASTA LA BASE FISCAL: TIEMPO: *La acción de reducción de renta a la suma que sirve de base tributaria sólo puede ejercitarse durante la vigencia del contrato de arriendo. (Sentencia de 13 de octubre de 1964; no ha lugar.)*

33. REVISIÓN DE RENTA: LEGITIMACIÓN PASIVA: CAMBIO DE PROPIETARIO: *No se halla legitimado pasivamente para soportar la acción revisoria de renta, deducida por el arrendatario, el propietario que dejó de serlo a virtud de venta, en escritura pública, del inmueble arrendado. (Sentencia de 31 de enero de 1964; no ha lugar.)*

34. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN DE COMUNEROS: *La administración de la cosa común afecta a los copartícipes que deban*

resolver entre ellos las cuestiones que surjan en tal materia, siendo el inquilino un extraño respecto a las mismas. (Sentencia de 9 de febrero de 1965; no ha lugar.)

35. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR VARIAS CAUSAS: RECURSOS DE SUPLICACIÓN Y APELACIÓN: SENTENCIA PARCIALMENTE CONSENTIDA: *Si en la primera instancia el actor ejercitó una acción resolutoria basada en cuatro causas distintas, recayendo sentencia estimatoria de la demanda por una de dichas causas y rechazándose la eficacia resolutoria de las otras tres, el actor que no apeló de dicha sentencia y que en la segunda instancia vió desestimada su pretensión resolutoria no puede alegar en suplicación la infracción de las normas reguladoras de las tres causas resolutorias que la sentencia de primera instancia declaró inexistentes, ya que consintió dicha sentencia.* (Sentencia de 20 de enero de 1965; no ha lugar.)

NOTA: Aunque parezca un tanto anómala la doctrina que impone a la parte que vió estimada la demanda *de modo total en cuanto a la pretensión*, aunque no con base en la integridad de sus fundamentos, la carga de apelar de tal resolución estimatoria si desea evitar que el resultado desfavorable para el mismo de la apelación interpuesta por la parte adversa pueda dejar al margen de la apelación y de ulteriores recursos el juego de las causas y fundamentos desestimados en la primera instancia, se trata de una doctrina de general aceptación no sólo en las Audiencias, sino ante le Tribunal Supremo. (Véase sentencias de este Tribunal de 12 de mayo de 1956 y 17 de diciembre de 1964.)

36. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONVIVENCIA A TÍTULO GRATUITO: *La ley no ha llegado aún a prohibir la convivencia temporal y gratuita derivada de relaciones de amistad del arrendatario con terceras personas.*

OCCUPACIÓN: *El concepto de ocupación tiene carácter jurídico a efectos del recurso de suplicación.* (Sentencia de 9 de febrero de 1965; no ha lugar.)

37. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN: *Es causa de resolución del arriendo la omisión de la notificación del subarriendo en el caso en que la LAU exige tal notificación.* (Sentencia de 16 de enero de 1964; no ha lugar.)

38. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: PRESUNCIÓN: *No infringe la ley la sentencia resolutoria por cesión, si está probado que en la vivienda no habita el inquilino, sino su hijo, y que la esposa del primero --no separada de hecho ni de derecho de su marido-- es titular arrendataria de otra vivienda en la localidad.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1964; no ha lugar.)

39. RESOLUCIÓN POR DEFECTO DE NOTIFICACIÓN DE SUPUESTO SUBARRIENDO: CONVIVENCIA CON FAMILIARES: *Es causa de resolución la convivencia con el arrendatario de una cuñada del mismo con su marido e hijos, sin realizar la notificación prevista en el artículo 18 de la LAU --para los*

subarriendos no superiores a dos--; el parentesco de los conviventes con el arrendatario no excusa a éste de su deber de notificar, si no se demuestra la dependencia económica de aquéllos con el inquilino cabeza de familia. (Sentencia de 1 de marzo de 1965; no ha lugar.)

40. RESOLUCIÓN POR OBRAS: DERRIBO DE PARTE DE PARED: *No infringe la LAU la sentencia que no atribuye eficacia resolutoria el derribo de una pequeña parte de pared que sirve para comunicar con un huerto colindante.* (Sentencia de 15 de enero de 1956; no ha lugar.)

41. RESOLUCIÓN POR OBRAS Y POR CAMBIO DE DESTINO: *Es causa de resolución la apertura en una fachada de dos huecos y la instalación de un criadero de aves en una vivienda.* (Sentencia de 4 de febrero de 1964; no ha lugar.)

42. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *Es improcedente la resolución del arriendo si las obras las realizó el arrendatario con el consentimiento del arrendador, que lo otorgó para compensar las deficiencias observadas por los inquilinos.* (Sentencia de 24 de febrero de 1965; no ha lugar.)

43. RESOLUCIÓN POR DAÑOS: *Si el inquilino no tuvo intención de dañar, no procede la resolución por daños.*

DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias dictadas en recursos de suplicación no constituyen doctrina legal.* (Sentencia de 1 de febrero de 1965; no ha lugar.)

44. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: *Es causa de resolución el que el inquilino reciba en su domicilio parejas de distinto sexo para la realización de actos inmorales, hecho sancionado gubernativamente en distintas ocasiones.* (Sentencia de 22 de junio de 1964; no ha lugar.)

45. CASA-HABITACIÓN: PROHIBICIÓN DE DESTINAR VIVIENDAS A OTRAS FINALIDADES: *No pierde una vivienda su carácter de casa-habitación, a efectos de la disposición adicional primera de la LAU, por el hecho de que sus ocupantes, además de habitar en ella, la dediquen al ejercicio de un negocio de perfumería. La infracción de lo dispuesto de la mencionada disposición no tiene otra sanción que la expresada en la misma.* (Sentencia de 8 de junio de 1964; no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *En el recurso de suplicación, la Sala sólo debe examinar los motivos taxativamente alegados, no cualesquiera otras infracciones no denunciadas.*

SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *La doctrina legal sólo la constituyen las sentencias del Tribunal Supremo; no cabe basar el recurso en la in-*

fracción de doctrina legal si no se citan las sentencias del Tribunal Supremo que se reputan infringidas. (Sentencia de 11 de febrero de 1965; no ha lugar.)

2. SUPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación no supone una tercera instancia.*

SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *No cabe fundamentar el recurso en la infracción de normas procesales.* (Sentencias de 4 y 13 de mayo de 1964; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *No cabe en este recurso la realización de una nueva valoración de prueba.* (Sentencia de 2 de julio de 1964; no ha lugar.)

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *En el recurso de suplicación no cabe hacer nueva revisión de la valoración de la prueba, salvo en el único caso legalmente admitido —invocación del abuso de derecho—.* (Sentencia de 24 de febrero de 1965; no ha lugar.)

5. SUPLICACIÓN: REQUISITOS DEL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN: *En el escrito de interposición debe citarse con claridad y precisión el precepto legal infringido.*

DOCTRINA LEGAL: *No cabe invocar como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto por no estar contenidos en la ley ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* (Sentencia de 23 de enero de 1965; no ha lugar.)

6. SUPLICACIÓN: FORMALISMO: *No cabe estimar el recurso, si se cita globalmente una ley como la de 19 de noviembre de 1948 sobre viviendas bonificables, sin concretar el artículo de la misma que se reputa infringido.* (Sentencia de 8 de febrero de 1965; no ha lugar.)

7. SUPLICACIÓN: FORMALISMO: *Es defectuosa la formalización del recurso si no se cita el párrafo del artículo que se supone infringido y se invoca la infracción de doctrina legal sin citar las sentencias del Tribunal Supremo que la sustenten.* (Sentencia de 18 de febrero de 1965; no ha lugar.)

8. SUPLICACIÓN: FORMALISMO: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Al formalizar el recurso de injusticia notoria precisa citar el concepto en que se estima infringida la norma legal.* (Sentencia de 26 de octubre de 1964; no ha lugar.)

9. SUPLICACIÓN: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: *En el juicio de desahucio por falta de pago —de un solar—, la cuestión fundamental es si existe o no el descubierto de rentas invocado y no la aplicación o inaplicación de la LAU, y en tal proceso no cabe el recurso de suplicación.* (Sentencia de 7 de octubre de 1964; no ha lugar.)

10. PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA INTERPONER RECURSOS: ADECUACIÓN DE LA CONSIGNACIÓN: *Debe estimarse suficiente la consignación realizada por el recurrente, que alegó que la misma comprendía los recibos impagados con posterioridad a una anterior consignación alegada por el propio recurrente al contestar la demanda, sin que tal alegación fuera contradicha por la parte adversa.* (Sentencia de 22 de junio de 1964; no ha lugar.)

11. SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *No es viable el recurso de supplicación basado en la invocación del abuso de derecho si no se aplicó en la sentencia de instancia dicha doctrina.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1964; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid.

A cargo de Julio BONED SOPEÑA
Juez de 1.^a Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO: SU CALIFICACIÓN: *La cesión del contrato de inquilinato deberá encontrarse en el destino pactado al constituirse la relación arrendaticia, prescindiendo circunstancialmente de las condiciones de higiene y salubridad que para vivienda reúna el objeto arrendado, cuando ésta fuera la voluntad de los contratantes.* (Sentencia de 18 de junio de 1964; estimatoria.)

2. TRANSFORMACIÓN DEL DESTINO PACTADO: SU CONCEPTO: *Lo que caracteriza esta causa de resolución es la modificación en el goce o uso de la cosa, por la sola voluntad del arrendatario.* (Sentencia de 18 de junio de 1964; estimatoria.)

3. FALLECIMIENTO DE LA INQUILINA DEJANDO HEREDEROS SIN DERECHOS A LA SUBROGACIÓN CONVIVENTES CON ELLA Y GIRO POR EL ARRENDADOR DEL RECIBO DE LA RENTA POR EL MES COMPLETO A NOMBRE DE ESTOS: SUS EFECTOS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO: *No implica noración de contrato el hecho de que, fallecida la inquilina el 22 de junio de 1963, el arrendador girara a nombre de los herederos, que no ostentaban derecho a la subrogación, el 30 siguiente, recibo por la renta de todo ese mes, pues su evidente intención no era otra que la del cobro del crédito rentístico expresado.* (Sentencia de 20 de octubre de 1964; desestimatoria.)

4. SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA". NO NECESIDAD DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: JUEGO DE LOS ART. 71 LAU 1946, DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.^a LAU 1956 Y 4.^º DEL DECRETO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1956: *Sin necesidad de notificación fehaciente puede continuar en el disfrute de la vivienda arrendada la demandada que, al fallecimiento de su padre, el primitivo titular del contrato, se subrogó conjuntamente con su madre, bajo el imperio de LAU 1946, habiendo fallecido ésta en 9 de mayo de 1963 y aunque no se hubiera efectuado la notificación prevenida en el Disposición Transitoria 8.^a LAU 1956 en relación con el Decreto de 28 de septiembre del mismo año, lo cual no produciría otros efectos, conforme al artículo 4.^º del citado Decreto, que la imposibilidad de nuevas subrogaciones al fallecimiento de aquélla.* (Sentencia de 23 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

5. REPARACIONES NECESARIAS: CASUÍSTICA: *No son tales las que se refieren a la colocación de algunas baldosas y al tratamiento de unos des-*

sollones en la casa, cocina y comedor, por cuanto ni se precisa ni consta el número de baldosas, ni la situación de los desollones. (Sentencia de 27 de junio de 1964; estimatoria en parte.)

6. LA "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS" EN PROCESO DE RECLAMACIÓN DE REPARACIONES NECESARIAS: *El impago de la renta del contrato locativo no priva al actor, que pide del arrendador la efectuación de determinadas reparaciones que estima necesarias, su calidad de arrendatario, y la excepción de contrato no cumplido deriva inoperante si resulta probado que aquél ofreció esa renta al demandado, negándose éste a recibirla, con lo cual, aunque el deudor no quedó liberado de la obligación de pago, constituyó en mora al acreedor, situación esta que impide dar a aquél el mismo trato y obsta a la declaración autorizada por el art. 1.124 del C. c.* (Sentencia de 27 de junio de 1964; estimatoria en parte.)

7. RESOLUCIÓN POR RUINA QUE AFECTA SOLAMENTE A UNO DE LOS CUERPOS DEL EDIFICIO: *Si la declaración administrativa de ruina sólo afecta a uno de los dos cuerpos que materialmente componen el edificio de autos faltando entre ambos todo elemento material de apoyo o de enlace entre sí, o de unidad jurídica, a efectos arrendatarios, derivada de una sola contratación, solamente podrán declararse resueltos los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio ubicados en aquel cuerpo de edificio.* (Sentencia de 22 de octubre de 1964; desestimatoria.)

8. DERECHO DEL INQUILINO A EFECTUAR OBRAS SIN EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: SU EJERCICIO EN JUICIO: *Es perfectamente deducible en juicio ejercitando acción declarativa, el derecho que al inquilino concede el artículo 114, causa 7.^a, párrafo 2.^o LAU de efectuar en la vivienda arrendada determinadas obras sin el consentimiento del arrendador, siempre que se cumplan los requisitos que se expresan en dicha norma legal.* (Sentencia de 12 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR SINIESTRO PARCIAL DEL INMUEBLE ARRENDADO: CÓMPUTO DEL COSTO DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN: *Es necesario, al invocarse la causa de resolución prevista en el art. 118 LAU, que se individualice y concrete el importe de la reconstrucción en relación con cada una de las viviendas o locales de negocio afectados por el siniestro súbito o prolongado.* (Sentencia de 22 de octubre de 1964; desestimatoria.)

10. EFECTOS DE LA INFRACCIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL: PRIMERA EN PROCESO DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: *La transformación de la vivienda en local de negocio, prohibida por la Disposición Adicional 1.^a LAU, no puede tener otra sanción que la establecida en los párrafos 2.^o y siguientes del apartado b) de la Disposición Adicional siguiente, y, por tanto, no ostenta virtualidad alguna la alegación, en proceso de denegación de prórroga por necesidad, de que el arrendador, que pide para una hija en*

razón de matrimonio, incurriera en aquella transformación con respecto a otra vivienda de su propiedad en el mismo inmueble, si resulta probado que no se operó dentro de los seis meses anteriores a la notificación de la negativa de prórroga (art. 63, 3.º). (Sentencia de 27 de junio de 1964; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: FUNDAMENTACIÓN: *Conforme al art. 132 LAU, el recurso de suplicación sólo puede fundarse en infracción de Ley o de doctrina legal que interprete la misma, no en la costumbre del lugar o en los principios generales del derecho, como se ha intentado. (Sentencia de 8 de octubre de 1964; desestimatoria.)*

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada.

A cargo de JUAN BONED SOPEÑA
Juez de 1ª Instancia e Instrucción.

I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN POR OCUPACIÓN ILEGAL: NO CABE APRECIAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN SI SE DESCONOCE EL MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO: *Si no está probado el conocimiento por el arrendador de la supuesta cesión, ni cuándo ésta se produjo, ya que la simple convivencia no puede estimarse por sí sola como tal cesión, no cabe alegar la caducidad de la acción, quedando indeterminado elemento tan importante cual es el punto de partida del plazo de caducidad y aquel conocimiento; y, por otra parte, el único extremo acreditado es el fallecimiento de la inquilina y desde éste hasta la interposición de la demanda no han transcurrido los dos años que señala el artículo 25.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1964; estimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR NO REUNIR EL OCUPANTE DE LA VIVIENDA LOS REQUISITOS PARA SUBROGARSE POR FALLECIMIENTO DEL INQUILINO: QUIÉNES DEBEN SER DEMANDADOS: *Si los parientes del inquilino titular comprendidos en el artículo 58 LAU no existen, o no reúnen los requisitos necesarios, o no ejercitan en tiempo y forma su derecho, hay que llegar a la conclusión de que el arrendamiento debe ser considerado extinguido por el hecho del fallecimiento del titular, pudiendo accionar el arrendador a tal fin y no siendo necesario que el mismo investigue sobre posibles herederos, por no existir, cual ocurre en este caso, como ha acreditado el propio demandado, o porque de existir han dejado caducar su derecho y si a ello se une la existencia de una tercera persona ocupando la vivienda, el arrendador se produce correctamente demandándola.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CONGRUENCIA DEL REQUERIMIENTO PREVIO Y LA DEMANDA: IRRELEVANCIA DE LA ALEGACIÓN EN ÉSTA DE CAUSAS DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA NO EXPRESADAS EN AQUÉL QUE NO FUERON ACOGIDAS EN LA SENTENCIA: *No se comete infracción del artículo 65, 1 LAU 1956 si, alegada por el arrendador como causa de necesidad en el requerimiento previo, con la antelación legal, la notoriedad insuficiencia de la vivienda que ocupa para las necesidades de su familia, sea acogida así como la sentencia, como fundamento de la resolución pronunciada, aunque en la demanda se invocaran, además, otras causas denegatorias de prórroga, que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador.* (Sentencia de 24 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: INEFICACIA POR INEXACTITUD DEL REQUERIMIENTO PREVIO: *Declarándose probado en las sentencias de instancia que D. F. Q. no habita en la vivienda del piso segundo de la finca propiedad del actor, en contra de lo que se hizo constar en el requerimiento, resulta clara la ineficacia de éste, pues priva al demandado de conocer el número y demás circunstancias de las personas que la ocupan, a efectos de selección.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR DERRIBO DE LA FINCA PARA SU POSTERIOR REEDIFICACIÓN: NOTIFICACIÓN A LOS ARRENDATARIOS: REQUISITOS: *Es válida la notificación prevista en el número 2 del artículo 78 IAU 1956, verificada a los arrendatarios por conducto de la Cámara de la Propiedad Urbana, como mandataria verbal del arrendador, dada su finalidad de dar a conocer la resolución gubernativa autorizando la demolición del inmueble, pues reconocida por confesión judicial adquiere la fehaciencia necesaria aunque se exprese meramente con los términos legales (artículos 78 y 80) al referirse a los plazos de antelación de la notificación y del comienzo de las obras de demolición.* (Sentencia de 24 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña.

A cargo de Julio BONED SOPEÑA
Juez de 1.^a Instancia e Instancia

I. Derecho civil.

1. SITUACIONES AMPARADAS POR LOS ARTÍCULOS 24 Y 25 LAU 1956:
Lo que acoge el artículo 24 no es paramente una situación de cesión, aunque así se le designe nominalmente, sino más bien de subrogación, en cuanto que la sustitución en la persona que pasa a ser titular del disfrute de la posesión arrendaticia viene forzosamente impuesta al arrendador con el simple cumplimiento de la notificación fehaciente, dentro de los dos meses de realizada y siempre que se esté dentro del grado de parentesco y período de convivencia que se exigen; en tanto que lo que regula el artículo 25 es un estado de estricta cesión, que no viene forzosamente impuesta al arrendador, desde el momento en que éste puede atacarla, a medio de la acción resolutoria ejercitada dentro del período señalado en el apartado 1.^o del artículo 25 y en las circunstancias que el mismo señala. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

2. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 25 A LA CESIÓN ENTRE PARIENTES:
El artículo 25 LAU 1956 es aplicable también a la cesión entre familiares, y así deviene inatacable la situación posesoria de los hijos que conviven con el padre, titular arrendatario, con más de dos años de antigüedad a su desvinculación de la posesión arrendaticia, formalmente exteriorizada ante el arrendador, la mantienen por más de otros dos años, sin ser interpelados judicialmente hasta fecha posterior, aunque no hicieran o su tiempo la notificación prevenida en el artículo 24.2. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

3. SITUACIÓN DE CONVIVENCIA: ADMITE INTERRUPCIONES TEMPORALES:
El estado de convivencia en el orden jurídico no es la constante permanencia del arrendatario en el piso de que se trate, sino el mantenimiento del vínculo determinante de tal situación, aunque por circunstancias especiales se interrumpe temporalmente: caso de funcionarios destinados a localidad distinta en que venían ejerciendo su actividad, viajantes en período de larga ausencia, actividades liberales que también imponen temporal abandono del hogar familiar, etc. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO QUE RECAE SOBRE UNA HUERTA ANEJA A LA VIVIENDA COMPRENDIDA EN EL CONTRATO: *Si la sentencia de instancia declara probado que el contrato celebrado entre los litigantes afectaba a un piso, una bodega y una huerta aneja, de la cual*

disfruta una tercera persona sin consentimiento de la arrendadora, está bien decretada la resolución del contrato, por subarriendo parcial de la cosa arrendada. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

5. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: SUBARRENDATARIOS Y MEROS OCUPANTES O CONVIVENTES: *En los litigios motivados por subarriendo no es preciso demandar al subarrendatario, sin perjuicio de que éste pueda mostrarse parte en el pleito, por propia iniciativa, si conviene a su legítimo interés, lo cual con mayor razón ha de aplicarse a aquellas personas que puedan convivir con el inquilino sin vínculo jurídico referido al goce común de la vivienda, en la que lo sería aquel que, aunque reputado en la sentencia recurrida como subarrendatario, pudiera ofrecerse como mero ocupante circunstancial para desvirtuar la falta de ocupación alegada en la demanda.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

6. SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA": ACTOS QUE IMPLICAN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: CASUÍSTICA: *Son actos de los que se deduce el reconocimiento de la subrogación operada, el que la actora, conociendo que el fallecimiento del inquilino había tenido lugar en el mes de febrero de 1963, pues vivía en el piso primero de la casa y el esposo de ella había realizado un viaje a S. a recoger a una hija del fallecido, recibiese por conducto del Banco P., en el mes de marzo, además de las rentas vencidas, las correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril, pago que realizó en nombre propio la demandada y que, con conocimiento de quien lo hacía, no formularan protesta alguna, y que hasta el mes de noviembre no dieran orden al Banco de que no recibieran más pagos.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

7. SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA": ACTOS QUE NO IMPLICAN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: CASUÍSTICA: *Si al fallecimiento del arrendatario, en 17 de noviembre de 1957, continuó en el uso de la vivienda su viuda, con la que convivían una hija de ambos y los hijos de ésta, satisfaciendo aquella la renta, si bien los recibos venían girándose a nombre del fallecido, procede la resolución del contrato, por falta de notificación fehaciente, aunque la demanda se presentara transcurridos cerca de seis años del fallecimiento y la ocupación del sótano por su viuda fuera conocida públicamente, tanto por el vecindario como por los propietarios del inmueble, a quienes también constaba dicho abito, pues ni hubo renuncia tácita, no deducible del hecho de que durante los años siguientes se continuase pasando los recibos a nombre del titular, que eran pagados por la viuda, ni puede aplicarse por analogía el plazo de caducidad que previene el artículo 25.1 LAU, ni, por último, concurre abuso de derecho, ya que se trata del ejercicio normal de un derecho, en defensa de un interés del actor legítimamente protegido.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; estimatoria.)

8. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: NECESIDAD DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE AUNQUE SEA SÓLO UNO EL NÚMERO DE FAMILIARES QUE CONVIVEN CON

EL ARRENDATARIO A SU FALLECIMIENTO: *El art. 58 LAU 1956 no establece distinción de ninguna clase en relación a la necesidad de la notificación, sino que la exige de forma general, como un requisito formal para que la subrogación pueda nacer con la finalidad de que el arrendador tenga conocimiento suficiente de aquella persona que asume el carácter de arrendataria, sin que tal conocimiento pueda estimarse como derivado del hecho de existir un sólo heredero que convivía, ya que aquél no está obligado a hacer suposiciones, más o menos acertadas, sobre la situación sucesoria del arrendatario.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1964; estimatoria.)

9. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: ARRENDATARIA SUBROGADA DE HECHO AL AMPARO DE LA LEY DE 1946 QUE SE COMPORTA COMO ÚNICA HASTA SU FALLECIMIENTO EN 1964, DEJANDO UN HIJO QUE CON ELLA CONVIVÍA FALTANDO LA NOTIFICACIÓN PREVENIDA EN LA DISPOSICIÓN 8.^a LAU 1956: *Si la viuda del primitivo titular, a su fallecimiento en 1949, se subrogó de hecho en el contrato, comportándose como exclusiva arrendataria, aunque por no haber hecho al arrendador la notificación prevenida en la Disposición Transitoria 8.^a LAU 1956, los recibos se siguieron pasando a nombre de aquél, no puede pretender el hijo de ambos, que convivió con ellos desde antes de fallecer su padre, nueva subrogación a su favor, a partir del óbito de la madre, accedido en enero de 1964, por imperio de lo prevenido en el art. 4.^º del Decreto de 28 de septiembre de 1956.* (Sentencia de 14 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

10. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: CASUÍSTICA: *Si al fallecimiento de la titular arrendataria doña E. C. P., ocurrido en 16 de febrero de 1957, con la que convivía una hermana doña C., y un hermano don J. J. con su familia, continuó ocupando la vivienda la doña C., sin mediar notificación fehaciente al arrendador, pasando el demandado y su familia a ocupar como inquilino otra vivienda, no puede éste pretender, transcurridos ya cinco años, subrogarse en el contrato de arrendamiento de la vivienda que primitivamente ocupó, al fallecer la doña C., tácitamente subrogada, ni como conviviente con doña E., pues no se encuentra en plazo hábil para ejercitarse la acción, ni como subrogado de doña C., por faltar el requisito de la convivencia.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No se halla legitimado para el ejercicio de la acción quien sólo conserva, con respecto al inmueble en el que queda ubicada la vivienda litigiosa, el derecho a percibir las rentas que devengue mientras vive, perteneciendo el dominio pleno a sus hijos.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: *SE REQUIERE QUE ESTA NO HAYA SIDO PROVOCADA SIN JUSTIFICACIÓN POR LA PARTE ACTORA:* *Lo primero y esencial en acciones de tal naturaleza es si la situación, que dió origen a la pre-*

tendida necesidad, ha sido o no provocada por aquél a quien ha de beneficiar la acción, toda vez que el concepto de necesidad, por su rigor, presupone como uno de los elementos esenciales el no dimanar el hecho que la motiva de causa originada por la propia persona que se dice necesitada, sin justificación de su manera de actuar. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SITUACIÓN DE NECESSIDAD PROVOCADA POR SENTENCIA DE DESAHUCIO EN BASE A FALTA DE PAGO QUE PUDO HABERSE EVITADO: *No procede la resolución cuando la situación de convivencia, que se quiere romper por la arrendadora, deriva del desahucio por falta de pago de una hija de ella y su familia, cuya situación económica no era impeditiva de la efectividad de las rentas adeudadas.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LA NO IMPOSICIÓN DE CONVIVENCIA: *Esta doctrina no puede tener un alcance absoluto, si mediante una invocada causa de necesidad, que a su amparo se prefija, se pretende desconocer el fin social que la Ley Arrendaticia persigue, y por una ficticia necesidad se trata de desconocer los derechos del arrendatario.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

15. REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: SU CARÁTER: *El preaviso afecta, más que al válido planteamiento de la litis, al fondo de la misma, por lo que parece admisible su consideración como condición a presupuesto de la acción, no del proceso.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; estimatoria.)

16. REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE NECESIDAD: *Está bien expresada la causa de necesidad en el requerimiento, si no sólo se dice "que la vivienda en cuestión la necesita el arrendador para habitarla él mismo con su esposa y establecer en ella el dñomicilio conyugal", si que también se hace invocación de los artículos 62, núm. 1.^º y 63, núm. 3.^º de la Ley Especial.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

16 bis. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD EN RAZÓN DE MATRIMONIO: NO ES NECESARIO QUE SE CONTRAIGA ANTES DE INTERPONERSE LA DEMANDA: *Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que no es necesario que el matrimonio se contraiga antes de la demanda, siempre que la intención de contraerlo se derive de un propósito real y firme, contrario al fraude (estableciéndose legalmente la sanción para este último supuesto), pues de la interpretación literal del precepto —art. 63.2 3.^º)— no se desprende tal exigencia, al imponer que el familiar "contraiga" matrimonio, no que lo haya contraído.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

17. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN EJERCITADA POR UNA INSTITUCIÓN ECLESIÁSTICA CONSTITUIDA

COMO ASOCIACIÓN BENÉFICO-PIADOSA: *La Institución eclesiástica "Servidoras del Jesús del Cottolengo del P. Alegre", constituida como asociación benéfico-piadosa para el acogimiento de enfermos y desamparados, no se halla incluida entre los Establecimientos de beneficencia general a que se refiere el parágrafo 2 del art. 121 LAU, a efectos de competencia, por no tener carácter estatal o paraestatal.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

18. FACULTAD DEL MARIDO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN RESOLUTORIA SOBRE INMUEBLE GANANCIAL: *El ejercicio de la acción resolutoria de un arrendamiento es una facultad de administración que le corresponde al marido, como representante de la sociedad de gananciales y de su mujer, al amparo del art. 60 del Código Civil, tanto más cuando, en efecto, la relación arrendaticia no se proyecta a la propiedad, sino a quien asume la persona de arrendador o arrendatario.* (Sentencia de 15 de octubre de 1964; desestimatoria.)

19. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: ÓRGANO REPRESENTATIVO DEL S. E. U.: *De conformidad con lo dispuesto en el art. 27 del Decreto de 18 de septiembre de 1961, para los efectos representativos personales del S. E. U., la capacidad sólo viene atribuida al Jefe Nacional, por lo que ha de prosperar la excepción de falta de legitimación pasiva, si tanto el requerimiento denegatorio como la demanda se entendieron con el Jefe del Distrito Universitario, que es quien actuó.* (Sentencia de 17 de octubre de 1964; estimatoria en parte.)

20. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DE UNO DE LOS COPROPIETARIOS DE LA VIVIENDA ARRENDADA: *Perteneciendo la vivienda arrendada a una comunidad de propietarios, la necesidad de uno de ésto, suficientemente acreditada, es motivo para la denegación de prórroga del contrato de arrendamiento.* (Sentencia de 16 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

21. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: POSPOSICIÓN BASADA EN EL HECHO DE QUE LA ESPOSA DEL INQUILINO EJERCE EN LA VIVIENDA PROFESIÓN POR LA QUE SATISFACE CONTRIBUCIÓN: *Basándose en la doctrina interpretativa sentada por el Tribunal Supremo, en relación con la unidad e indivisibilidad del matrimonio y obligación de los cónyuges de vivir juntos, hay que entender incluida en el último grupo del orden selectivo impuesto por el art. 64 LAU, la vivienda en la que la esposa del inquilino ejerce la profesión de modista, por la que satisface contribución.* (Sentencia de 1 de octubre de 1964; desestimatoria.)

22. RESOLUCIÓN POR OCUPACIÓN DE DOS O MÁS VIVIENDAS: ÁMBITO DE LA OCUPACIÓN: *Si el demandado, que había recibido originariamente en arriendo la vivienda litigiosa, luego alquila otra u otras a las que traslada su hogar familiar, el mantenimiento de la primera en su disponibilidad patrimonial, aunque sea desafectada del destino a que fue contractualmente adscrita, comporta en su virtualidad la ocupación del in-*

mueble, en el sentido a que el núm. 4º del art. 62 LAU se refiere, distinto al que para otro supuesto más restrictivo y supeditado a un lapso temporal, atude el núm. 3º. (Sentencia de 16 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

23. RESOLUCIÓN POR NO USO: ARRENDATARIO QUE SE AUSENTA POR TIEMPO INDEFINIDO AL EXTRANJERO DEJANDO EN LA VIVIENDA A SUS PADRES Y HERMANOS: *Si a los pocos meses de arrendar la vivienda se ausentó el arrendatario al extranjero, quedando como ocupantes los padres y hermanos que con él convivieron, no se está ante un caso de no uso durante más de seis meses, en el que podría juzgar la justa causa de desocupación, sino ante una introducción ilícita de terceras personas que puede configurar una cesión, traspaso o subarriendo.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; estimatoria.)

24. RESOLUCIÓN POR NO USO: INCONGRUENCIA: *Incurre en incongruencia la sentencia que impone la denegación de prórroga en base del no uso de la vivienda litigiosa, por plazo superior al legal, en periodo distinto del que se alega en la demanda.* (Sentencia de 14 de noviembre de 1964; estimatoria.)

25. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: VIVIENDA ASIGNADA AL CARGO DE MAESTRO NACIONAL: *No puede sostenerse en buena doctrina que la disponibilidad o facultad de goce o disfrute de la vivienda que se asigna a un Maestro no constituye el derecho configurado en el art. 467 del Código civil, o por lo menos, en el 523 del mismo Cuerpo legal, ambos de naturaleza real y que encajan simétricamente en la órbita de inciso 5º del art. 62 LAU.* (S. de 30 de septiembre de 1964; estimatoria.)

26. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA DECLARACIÓN CUANDO LA RENTA RESULTA FIJADA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL: *Fijada judicialmente la cuantía de la renta, por resolución firme, notificada al propietario el 4 de octubre de 1963, y declarada por éste a la Hacienda el 9 de noviembre siguiente, es indudable que se encontraba dentro del plazo legal del trimestre natural, y, por tanto, no puede derivarse de dicha declaración beneficio alguno para el inquilino.* (Sentencia de 15 de octubre de 1964; desestimatoria.)

27. AMBITO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTÍCULO 106 LAU: *A la acción que se ejercita para pedir la nulidad de una cláusula del contrato de arrendamiento de vivienda, por la que, tras fijar su duración en dos años, se estipulaba que el arrendatario podía prorrogarlo a su voluntad a cambio de la elevación de la renta, no le es aplicable el plazo de caducidad establecido en el artículo 106 LAU.* (Sentencia de 13 de octubre de 1964; desestimatoria.)

28. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA LAU 1956: SU ÁMBITO: *La finalidad de la norma tiende, única y exclusivamente, a mantener, dada la*

escasez de viviendas, el destino a hogar familiar de lo que, al tiempo de entrar en vigor el precepto, tuviere tal dedicación, con independencia de los que precedentemente se le hubieren dado. (Sentencia de 16 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS QUE SE ASIENTA: Son los siguientes: 1., que no constituye una tercera instancia; 2., que sólo puede fundamentarse en infracción de ley o de doctrina legal; 3., que en él no puede denunciarse la equivocada valoración de la prueba, salvo cuando el juzgador aplique o la acción ejercitada se haya fundamentado en el manifiesto abuso de derecho, o que ésta—la acción—se hubiera puesto en marcha como medio de eludir la aplicación de una norma imperativa que debe prevalecer frente al fraude de la ley; 4., que fuera de estos casos, los hechos sentados como probados por el Juez de instancia, vinculan a la Sala, salvo que estén en contradicción con documentos auténticos obrantes en autos; 5., que solamente en esos casos le es leido al recurrente valorar la prueba, pero no realizar por su cuenta un estudio valorativo de los diversos elementos probatorios, anteponiendo su criterio personal y apasionado al criterio del juzgador, ponderado, real, desapasionado; 6., que sólo puede fundamentarse el recurso en violación de preceptos contenidos en la Ley Especial; y 7., que no se da por infracción de normas procesales. (Sentencia de 16 de junio de 1964.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NO PUEDE FUNDARSE EN EL NÚMERO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: Las coincidencias entre el recurso de casación y el de suplicación no pueden traer al ámbito de éste el apartado 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —error de derecho o error de hecho en la apreciación de las pruebas siempre que el último resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador—. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: FACULTADES DEL JUEZ "A QUO": La declaración de inadmisibilidad del recurso de suplicación por no haber justificado el inquilino recurrente hallarse al corriente en el pago de las rentas o, en su defecto, haber consignado las que debiere, debió ser acordada por el Juzgado de instancia, declarando, como procede, la firmeza de la sentencia por él pronunciada (Sentencia de 15 de octubre de 1964; declarando la firmeza de la sentencia de apelación.)

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: COSTAS EN INCIDENTE SOBRE DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DEL PROCESO: Si el incidente sobre la cuantía se resolvió en su momento oportuno y en la resolución que le puso fin se

hizo expresa declaración sobre el abono de las costas devengadas por el mismo, adquiriendo tal resolución y, en consecuencia, el pronunciamiento sobre costas, la debida firmeza, es obvio que ello impide su posterior reiteración en el trámite de suplicación. (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

5. COSTAS: RIGE EL PRINCIPIO DEL VENCIMIENTO EN SENTENCIA QUE ACOGE UNA EXCEPCIÓN SIN ENTRAR A RESOLVER SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: *El artículo 149 LAT recoge plenamente el principio del vencimiento objetivo según el cual, al no prosperar la tesis de una parte, sea cual fuere el motivo de la desestimación, las costas se le impondrán a la misma, y en ese sentido el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentencias de 22 de marzo y 11 de abril de 1961, 9 de abril de 1962 y 15 de marzo de 1963, al mantener que dicho principio rija también cuando no se resuelva el fondo de la cuestión controvertida, ya que se rechaza la pretensión del demandante, tal y como fué formulada.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1964; desestimatoria.)

6. COSTAS: SENTENCIA QUE ACOGE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *No es preceptiva su imposición si la sentencia se limita a declarar inadecuado el procedimiento emprendido, remitiendo a las partes al Tribunal competente para la sustanciación del asunto y resolver en el orden legal, sin que sobre el fondo se haga declaración alguna, pues no se ha rechazado el pedimento.* (Sentencia de 2 de octubre de 1964; desestimatoria.)

7. COSTAS: ACOGIMIENTO EN LA SENTENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: *De conformidad con la tesis últimamente mantenida por el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de noviembre de 1957 y 8 de octubre de 1958, cuando, por causa de estimación de alguna excepción de forma, no se hace pronunciamiento sobre el fondo, la resolución no afecta en realidad al derecho en pugna y su alcance transciende sólo al orden procesal, por lo que no se llega a la situación de que los pedimentos sean totalmente rechazados, que se precisa para que impere la doctrina del vencimiento sancionado en el apartado 1.º del artículo 149 LAT.* (Sentencia de 17 de octubre de 1964; estimatoria.)

NOTA: La contradictoria doctrina sentada en materia de costas por las tres precedentes sentencias, dictadas la primera por la Sala 2.^a y las otras dos por la Sala 1.^a, obedece a los dos criterios mantenidos, sucesivamente, por el Tribunal Supremo en las sentencias que se indican. Personalmente, creemos más acertado el primitivo, que es el seguido por la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial.

6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ
Magistrado

I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: EXTINCIÓN DE USUFRUCTO: ONEROSIDAD PARA LA PROPIEDAD DEL CANÓN PACTADO: VALOR EN VENTA Y EN RENTA: CASUÍSTICA: *La circunstancia de que la renta convenida por la usufructuaria sea inferior en un veinticinco o treinta por ciento a las de otras dos o tres viviendas--que sirvieron de término comparativo--, no revela de una manera clara y ostensible que el canon arrendatario sea notoriamente gravoso para la propiedad, al tratarse de viviendas en deficiente estado de conservación, en segundo período de avanzada vida y con primitivos y deficientes servicios, y no acreditarse que las comparadas tuvieran las mismas o similares circunstancias de capacidad, emplazamiento, antigüedad y estado de conservación; sin que el valor en venta pueda influir en la calificación de la renta como onerosa para la propiedad, ya que en la misma es elemento decisivo el valor del terreno o solar, el que no ha de tenerse en cuenta para señalar la merced arrendataria, que sólo ha de fijarse en relación al uso o disfrute que se concede al inquilino.* (Sentencia de 26 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: EXCLUSIÓN A LOS EFECTOS SELECTIVOS DE VIVIENDA DE LA QUE ES COPROPRIETARIA MINORITARIA LA ACTORA: *Si bien todo copropietario puede ejercitarse la acción denegatoria de la prórroga obligatoria, ello no obsta para que la Ley no incluya dentro de las que pueden ser objeto de selección la vivienda que dominicalmente pertenece a la actora en comunidad y séptima parte, al no acreditarse fehacientemente el asentimiento de la mayoría de los participes a la disposición por la minoritaria de la mencionada vivienda, que al estar ocupada, en el caso de que se incluyese en la selección, y fuese objeto de acción denegatoria, por quien es minoritaria en su condominio, no lo sería en concepto que dice lugar a su uso exclusivo, con título que garantizase la permanencia constante en la vivienda, sino que quedaría en situación precaria frente a los demás condóminos, los que en el ejercicio de una hipotética acción resolutoria fácilmente acreditarían su falta de asentimiento a la ocupación por la actora.* (Sentencia de 3 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *La situación de pretendida ruina del caserío en que vive la actora, no es un hecho independiente de su voluntad, cuando siendo propietaria!*

del edificio en que habita no acredita la carencia de medios económicos suficientes para atender a la conservación del inmueble, lo que evidentemente no implica necesidad. (Sentencia de 3 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

4. SUBROGACIÓN "INTER VIVOS": FINALIDAD: NO IMPLICA ABANDONO POR EL CEDENTE DE LA VIVIENDA: *La subrogación contemplada en el artículo 24 de la LAU, modalidad de la cesión por razón de parentesco y convivencia, justificada por la idea—latente en otros preceptos locativos—de que el arrendamiento afecta y crea expectativas a favor de los familiares que conviven con el inquilino, y que implica un cambio o novación del elemento subjetivo de la relación arrendaticia, pudiendo no tener más trascendencia que la jurídica, no lleva consigo el abandono de la vivienda por el cedente, quien puede continuar en ella como familiar conviviente.*

ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *La subrogación efectuada para dotar de vivienda a una hija del inquilino que proyecta en breve contraer matrimonio, no deja de ser seria y legítima, ni puede servir de base para calificar de anormal o excesivo el ejercicio que se hace del derecho subrogatorio, aun cuando el inquilino cedente tenga en expectativa la ocupación de otra vivienda adquirida por compra, que puede ser habitada por la hija y cubrir la necesidad sentida sin modificar la situación arrendaticia originaria, pero no sin riesgo para el inquilino de perder el derecho a la prórroga forzosa al situarse en el supuesto fáctico del número 5.^o del artículo 62 de la Ley.* (Sentencia de 5 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONVIVENCIA: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *No se vulnera por el juzgador de segundo grado el significado jurídico de la noción "necesidad", tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia, de que en los casos de convivencia entre parentes basta el simple deseo de disponer de hogar propio para que la necesidad sea estimada y proceda la resolución del contrato, cuando no cree que dicha causa alegada haya sido la razón determinante del litigio, como lo exterioriza en fundamentos justificativos de su criterio, en los que el Tribunal podría abundar, pero que por implicar apreciaciones sobre la prueba son extraños al ámbito del actual recurso.* (Sentencia de 5 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: OCUPACIÓN ESPORÁDICA: *Al sentar la sentencia criticada la afirmación fáctica de que el arrendatario utiliza la vivienda solamente de una forma esporádica y encausar este uso en el número 3.^o del artículo 62 de la LAU, no ofrece duda que efectúa dicho encaje legal por considerar que el uso del objeto locado lo ejerce el inquilino tan sólo de manera ocasional, eventual, intermitente y a intervalos, sin que la suma de la ocupación de tal modo realizada sea superior a seis meses en el curso de un año, e incluso colige que la situación habitual de la vivienda es de desocupación, por lo que al dene-*

gar la prórroga obligatoria, aplica rectamente el precepto que el recurrente reputa violado. (Sentencia de 22 de enero de 1965; desestimatoria.)

7. ELEVACIÓN DE RENTAS POR REPARACIONES NECESARIAS: INAPLICABILIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE TRES MESES ESTABLECIDO EN LA REGLA 5.^a DEL ARTÍCULO 101 DE LA LAU: *El párrafo primero del artículo 101 de la LAU, fundamental en materia de elevación de rentas o conceptos a la misma asimilados, que concede al arrendador la facultad de ejercitar o reclamar esas elevaciones "en cualquier tiempo", con la única limitación de que en ningún caso tengan efectos retroactivos, debe aplicarse al caso de elevación de los porcentajes de renta autorizado en el artículo 108 de la repetida Ley, pues los mismos tienen el carácter de asimilados a renta; sin que a dicha conclusión obste la remisión que el párrafo segundo del artículo 109 hace a las disposiciones de las reglas 2.^a y 5.^a del 101, ya que el plazo de caducidad de tres meses a que la última disposición se refiere lo es a las reclamaciones de las diferencias desde el día en que debieron ser satisfechas, pero no a aquellas otras acciones por las que se pretende cobrarlas para el futuro y sin efectos retroactivos.* (Sentencia de 25 de enero de 1965; estimatoria.)

NOTA: Véase sentencia de la misma Sala de 18 de septiembre de 1964, publicada en el fascículo cuarto del tomo XVII del ANUARIO.

8. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES: *Del contexto e intención de la Ley especial locativa no se desprende que la "justa causa" deba ser entendida y aplicada restrictivamente por los Tribunales, sino que debe ser estimada sin restricción o expansión algunas, atribuyendo así virtualidad jurídica a cuantas razones—y sólo a ellas—, en el desarrollo normal de las relaciones, se estimen bastantes para el no uso temporal de una vivienda, mediante una estrecha correlación entre régimen jurídico y vida cotidiana, pues tal es una de las funciones atribuidas a las cláusulas de equidad.* (Sentencia de 26 de enero de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: TÉCNICA PROCESAL: *Si razones de técnica procesal debieran conducir a la estimación del remedio suplicatorio en el supuesto de infracción legal, razones de economía procesal devienen en su rechazo en todos aquellos casos en que el fallo criticado tiene base suficiente en otros razonamientos, o en los que se estimen aplicables por el órgano jurisdiccional.* (Sentencia de 3 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

NOTA: Véase sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1946, en la que se basa la Sala, aplicando al recurso de suplicación el criterio sustentado para el de casación, de análogas características y fines similares.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima.*

DÍAZ FUENTES, Antonio: *Excepciones legales al personalismo de las disposiciones "mortis causa".*

2. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Algunos aspectos de la domiciliación cambiaria en el Derecho uniforme.*

3. VIDA JURÍDICA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA