

I.-Jurisprudencia monográfica

El legado de parte alícuota

NOTAS CRÍTICAS A CADA UNA DE LAS SENTENCIAS (Continuación)

8.ª SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1949.

— *Hechos:*

En puridad de doctrina, esta sentencia no tiene nada que ver con el legado de parte alícuota. El fondo del litigio se refiere a cuestiones cuyo encuadre lógico es el Derecho de obligaciones. Aunque podría, por tanto, no entrar en el estudio de toda esta problemática, me parece lo suficientemente interesante como para prestarle atención.

Parece evidente que el punto básico lo constituye el contrato de fecha 1 de junio de 1935 (263). No obstante, veremos primero si del testamento del causante se desprende alguna particularidad interesante.

a) Del análisis del testamento del señor Penas aparece, a mi modo de ver, una doble consideración: la primera, que instituye herederos a sus tres hijos, con las inevitables consecuencias que tal designación comporta; la segunda, que dispone una serie de legados de parte alícuota del tercio de mejora y del tercio de libre disposición, legados que parecen ser «de valor puro» de parte de la herencia en la denominación de LACRUZ (264).

La distribución hecha por el testador nos permite afirmar que sus tres hijos, además de ser los herederos, eran los principales beneficiarios de la herencia (265). Este dato es muy importante.

Que los hijos, aparte de subingresar en la posición jurídica de su causante, se consideraban como verdaderos y tales propietarios de los bienes relictos nos lo evidencia la sucesión de hechos.

(263) Está expuesto en los Antecedentes, reseñado bajo el epígrafe 2.

(264) Véase lo dicho en mi comentario a la sentencia de 1940 y en especial las citas de VALLET y LACRUZ (pág. 1.619).

(265) Entre los tres hijos tenían: un tercio por su legítima, un sexto por las atribuciones en pleno dominio y el usufructo del 70 por 100 y del 80 por 100 en el resto (José y Francisca). Por supuesto, más de la mitad de la herencia.

Es de notar que tanto en la firma del contrato de arrendamiento como en la de la escritura particional intervienen los hijos-herederos y el contador-partidor. El nombramiento del contador-partidor y su intervención como tal en la práctica de la partición elimina el problema de la incompatibilidad de intereses entre padres (herederos) y los hijos (legatarios), haciendo innecesario el nombramiento de un defensor judicial (266). Tampoco se precisa la aprobación «judicial» prevista en el artículo 1.049 L. E. C., siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 1.057, párrafo segundo, del Código civil (267).

Estas precisiones las referimos, por supuesto, al solo caso de que el contador don E. sólo hubiera practicado la partición, sin previa liquidación de la sociedad conyugal del causante. Este último punto nos llevaría lejos (268).

En resumen, parece que la actuación de don E. fue correcta y que no se requería defensor judicial ni aprobación judicial, pues entre padres e hijos sólo hubo «concurcencia» y no oposición de intereses.

b) Ello no obstante, no aparece muy claro si en la partición se hizo una adjudicación proindiviso, precisamente para obviar posibles impugnaciones por los legatarios una vez llegados a la mayoría de edad. De estimar la tesis de la doctrina (269) de que la «adjudicación proindiviso de los bienes hereditarios remanentes transforma la comunidad hereditaria en convencional, perdiendo su universalidad, para convertirse en un conjunto de cotitularidades singulares», nos encontraríamos en el caso de autos con que realmente no hubo partición y persistía la comunidad hereditaria.

Ahora bien, entiendo que todo debe reconducirse al tema de interpretación de la voluntad de los otorgantes de la escritura particional; y los datos exigidos que tenemos no son por sí suficientes para adoptar una conclusión segura, aunque los indicios apuntan a la tesis de LACRUZ como más probable.

Se entienda o no que la partición de 1935 puso fin a la comunidad hereditaria nacida a la muerte del señor Penas, lo evidente es que el contrato de arrendamiento fue PREVIO a la escritura de partición.

c) Entramos aquí en el estudio del punto básico del litigio: el contrato de arrendamiento firmado en 1935.

Que dicho contrato fue otorgado estando la herencia en indivisión parece una perogrullada, pero es un dato importante (270). Parece, pues, conveniente que estudiemos este punto y el posible encuadre de dicho contrato.

En el estudio de la vigencia de la comunidad—nos dice GITRAMA, citando a DA CAMARA PINTO COELHO—pertenece a la Administración el papel de fulcro o eje, en torno al cual gira toda la vida de la propia relación jurídica. Nuestro Derecho carece de regla singular alguna relativa a la administración de la herencia indivisa: al parecer, se sobreentiende que compete a los propios herederos (271); por lo que la doctrina acude a las reglas de la comunidad ordinaria o condominio, en especial al artículo 398 C.c. En el

(266) Véase en este sentido sentencia de 18 de noviembre de 1927.

(267) Véase en este sentido resoluciones de 5 de octubre de 1893 y 21 y 22 de enero de 1898, 9 de octubre de 1901, 24 de junio de 1902, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908; 2, 18 y 26 de agosto de 1909, 29 de abril de 1913 y 7 de marzo de 1914.

(268) Véase por todos LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, parte general, páginas 506 y 512.

(269) Véase LACRUZ, op. cit., pág. 358.

(270) Sobre la situación de herencia indivisa, V. FERRANDIS, *La comunidad hereditaria*, y GITRAMA, *La administración de herencia...*

(271) Véase en tal sentido GITRAMA, op. cit., págs. 77 y sigs.

mismo sentido resuelve nuestra jurisprudencia este problema, derivado de la laguna legal del C.c. en este punto.

Esta comunidad hereditaria, originada a la muerte del señor Penas, debía estar constituida, en buena técnica, por quienes eran llamados como herederos por el testador; antes vimos cómo para LACRUZ los legatarios de valor puro no participan de la comunidad hereditaria, ya que son meros acreedores de los herederos. En suma, tan sólo debían ser considerados como «comuneros» los instituidos herederos don José, don Julio y doña Francisca P. H.

Si aplicamos la doctrina jurisprudencial recaída sobre la administración de la herencia indivisa por los coherederos, encontramos reiteradas las afirmaciones: de que el acuerdo de la mayoría es obligatorio para los demás coherederos y para los terceros interesados, vgr.: legatarios; que para reunir y computar dicha mayoría se tendrán en cuenta todas las participaciones que se tengan en el caudal relicto, aunque unas sean a título universal y otras a título particular, unas de dominio directo y otras de dominio útil, etc. (272).

Todas estas afirmaciones son, claro es, subsidiarias: en defecto de reglas concretas de administración de la herencia indivisa. Normalmente, tanto esta administración como la situación de indivisión, finalizarían con la partición. Ahora bien, dada la existencia de menores y dada la adjudicación proindiviso de los bienes relictos, que hacen temer fundadamente que se quiso una *conservación* de la situación proindiviso de la herencia, se nos plantea como urgente el punto a aclarar: el de la suerte del contrato de arrendamiento de 1935 y su conexión con el tema de administración de la herencia indivisa.

Para un mejor análisis de dicho contrato séguiremos la sistemática trazada en los Antecedentes de esta sentencia (273):

a') *Firmantes del contrato:*

Recordemos que lo firmaban «como herederos de dicho causante» los tres hijos instituidos herederos y el contador-partidor. Alguna precisión merece la legitimación de los firmantes; pero ello nos lleva de nuevo al tema de la comunidad hereditaria y de la administración de la herencia indivisa.

De una parte, es dudosa la legitimación de don E., como contador-partidor, para celebrar un contrato de arrendamiento de bienes hereditarios, a salvo siempre la expresa voluntad del testador asignándole—ADEMAS de contar y partir—la misión de administrar la herencia. Mientras la mayoría de la doctrina entiende sinónimos los términos de «comisario» y «contador-partidor», ha sido la doctrina notarial (274) la que con gran agudeza los ha distinguido: el contador-partidor sólo tiene las facultades del artículo 1.057, o sea, contar y partir; el comisario viene a ser el ejecutor pleno y total del testamento, de modo que tal cargo engloba al albacea y al administrador de la herencia. Parece, pues, evidente, que la función de administrar la herencia quedaría circunscrita en el cargo de comisario y, en consecuencia, que don E. no

(272) Véase GITRAMA, op. cit., pág. 79.

(273) Véase epígrafe 7 de dichos Antecedentes.

(274) Véase TAULET en «R. C. D. I.», t. VIII, 1932, pág. 629, y t. IV, 1933, páginas 367 y 632, y ROCA SASTRE en «Estudios de Derecho Privado», t. II, pág. 405.

tenía más misión que practicar la partición, pero no la de administrar los bienes relictos.

De otra parte, no habiendo nada dispuesto el testador, ni previsto ni convenido en tal sentido por los herederos, parece que la administración de la herencia indivisa solamente podía ser ejercida por los herederos. Con la lógica consecuencia de entender aplicables como subsidiarias las normas de la comunidad de bienes, en especial el artículo 398 C.c.

— Esta remisión y este precepto obviamente aplicable nos llevan a la conexión con el contrato de arrendamiento firmado en 1935

Para que dicho contrato fuera eficaz se requería: capacidad y legitimación en los firmantes y acuerdo lícito y obligatorio:

- En orden a la capacidad: nada que objetar.
- En orden a legitimación: si lo estaban, como *tales*, los herederos.
- En orden al acuerdo: pese a alguna opinión aislada (275), la gran mayoría entiende aplicable a los actos de administración el artículo 398 Código civil y su régimen mayoritario. Ello nos lleva a una serie de precisiones:
 1. la mayoría que decide es la *real* de las participaciones en la comunidad y no la proporción numérica de los herederos aliados; parece obvio concluir que la decisión de los instituidos herederos era, *per se*, mayoritaria (276).
 2. el acuerdo de arrendar un inmueble de la herencia, ¿era «gravemente perjudicial»? O de otro modo, ¿la administración de la herencia indivisa comporta la facultad de contratar arrendamientos? *Prima facie*, parece evidente que el arrendamiento es el prototipo de los actos de administración; así GUTRAMA. Pero la cuestión es poco pacífica, ya que mientras las Resoluciones de la Dirección General de los Registros (277) consideran que el arrendamiento es un acto de administración, el Tribunal Supremo, tras una primera etapa (278) en que opinó en este sentido, pasó a distinguir en una segunda fase (279) entre arrendamientos inscribibles y no inscribibles. Esta última posición del Tribunal Supremo, mantenida posteriormente, lleva a aplicar a los inscribibles el artículo 397 y no el 398. Pero creo que aquí es necesaria una mayor puntualización. El Tribunal Supremo y parte de la doctrina cree que el arrendamiento, derecho personal, una vez inscrito se convierte en un derecho real que implica una desmembración del dominio, lo cual rebasa los límites de una mera administración.
- Creo que voces más autorizadas que la mía (280) han demostrado la falsedad de esta argumentación, ya que el Registro no tiene la virtud

(275) Véase FERRANDIS, op. cit., págs. 176 y sigs. Quizá la alusión a las mayorías en el Derecho público fuera ocasional (en 1954) y hoy poco viable.

(276) Véase anterior nota 265.

(277) Véase resoluciones de 29 de mayo de 1906 y 26 de abril de 1907.

(278) Véase sentencias de 30 de junio de 1897, 8 de julio de 1902, 10 de marzo de 1905 y 22 de octubre de 1914, entre otras.

(279) Véase sentencias de 1 de junio de 1909, 9 de junio de 1913 y 24 de abril de 1941, entre otras

(280) Así, ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», t. III, ed. 1954, págs. 45 y sigs.

de transformar la naturaleza jurídica de los derechos: sería más correcto decir que en el sistema hipotecario español se parte de la base supuesta de que el derecho arrendaticio está anotado; y lo que en realidad pretendió la Ley de 1861 fue reformar el principio de la ley «Emptorem», dando estabilidad al arrendatario.

Para que el arrendamiento sea inscribible uno de sus requisitos es que se pacte un período de duración «de más de seis años». ¿*Quid* si se pactó por tiempo indefinido? Este era precisamente el caso de autos Entiende MORELL, citado por Roca, que en tal caso «dicho arrendamiento no será inscribible, pues su naturaleza precaria impide su inscripción, de no pactarse ésta expresamente». Ahora bien, más adelante, el propio Roca afirma que el arrendamiento a largo plazo implica una indudable limitación del dominio de la finca.

Parece, pues, probable que en el caso de autos se trataba de un arriendo indefinido. Ahora bien, una cosa es que en 1935 se otorgase el contrato privadamente, pendiente una ratificación que no llegó, y otra distinta que en 1941 la eficacia de tal contrato pudiera desvirtuarse en base a que por el tiempo transcurrido era inscribible y debió adoptarse en forma unánime.

- En orden a la eficacia: parece que el contrato será válido si reúne los requisitos del artículo 1.261. Ni la indeterminación del tiempo, ni la no concurrencia de los legatarios parecen ser causas de ineficacia. Que los legatarios debieran intervenir firmando el contrato lo veo dudoso. Pero, entonces, ¿qué significado tuvo la intervención del contador? Si se entendía que actuaba como administrador de la herencia ello no parece posible, por carecer de legitimación; si lo hizo como representante de los legatarios, como tales, parece superflua, pues que la decisión y acuerdo correspondían a los herederos, bien por mayoría, bien unánimemente; si lo hizo como representante de los menores, parece que era necesaria la previa designación judicial, siempre que apareciera probada la oposición de intereses entre padres e hijos. Esto último, no obstante, nos lleva a ver una posible cautela, adoptada por si acaso era precisa su intervención.

Parece, pues, que todo estriba en considerar si había o no oposición de intereses. No está muy claro si vemos un acto de *disposición* en dicho arriendo. Si la designación testamentaria de contador-partidor tiene como *finalidad*, en la mayoría de los casos, evitar la intervención judicial, habiendo menores, en la partición ¿por qué no considerar el caso del arriendo bajo el mismo prisma? Se me dirá quizá que la partición es especificativa y no acto *dispositivo*, pero creo que las previsiones adoptadas garantizaban suficientemente el derecho futuro de los legatarios—menores—. Mucho más si pensamos que incluso si un coheredero actúa como representante de otro partícipe y *además* por sí, tal posición doble de autocontratación es admitida como cómoda, fácil y económica (281); con lo que llegamos a la conclusión de que aun la intervención de los padres en nombre de los hijos era viable, legítima y eficaz. No existía oposición, sino «concurrencia» de derechos, y éstos eran de distinto tipo: los unos, herederos y los otros menores, legatarios.

(281) Así, DE CASTRO, «R. G. L. J.», t. OLI, 1927, pág. 402; Resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930 y 9 de febrero de 1946.

— Resumiendo esta cuestión: legitimados para firmar lo estaban los herederos; la intervención del contador era un «plus» cautelar; el acuerdo debía ser tomado por los herederos, bien por mayoría o unanimidad; la eficacia del contrato no dependía de la intervención de los menores, que sólo eran legatarios y sin tener intereses opuestos a los de sus padres.

b') *Análisis de la cláusula décima* (282):

1. Creo conveniente distinguir en ella dos apartados. En el primero de ellos puede fácilmente leerse «los propietarios... lo avisarán...» Hay que precisar qué clase de obligación contraían los propietarios. A simple vista se ve que se trata de una prestación «de hacer»: avisar al arrendatario. Hasta aquí la caracterización dada por el recurrente posteriormente—motivo segundo—era correcta. Claro que una mayor precisión hubiera sido conveniente: ¿quiénes eran los obligados en concreto y qué tipo de prestación era la debida:

— La indeterminación de los deudores era relativa, o, mejor, transitoria: estaba en función de la titularidad del dominio de la finca como «herederos de J. Penas». Una interpretación literal y lógica del contrato conduce, como mínimo, a entender obligados a los tres herederos firmantes.

— El tipo de prestación debida queda difuso: ¿era prestación de actividad o de resultado? Sólo se indica el medio a emplear: «por medio de carta». El que se configure de una u otra forma es trascendental a los efectos del caso de autos: si era prestación *de actividad*, bastaba demostrar los contactos con el arrendatario, con lo que la tesis de los demandados sería triunfante; si era prestación *de resultado*, el recurrente tenía razón. En la prestación de «hacer» el interés del acreedor no estriba tanto en que el deudor despliegue más o menos energía, cuanto en poder lograr con ella una determinada utilidad o finalidad. A HERNÁNDEZ GIL (283) le parece suficiente caracterización el distinguir según el grado de colaboración del deudor respecto del fin perseguido por el acreedor, según que el fin quede jurídicamente fuera o dentro de la prestación. Pero creemos más exacta la posición de Díez Pícazo (284), que entiende que el fin perseguido por el acreedor es siempre relevante jurídicamente y que la diferencia entre estos dos supuestos de prestación de «hacer» radica en la estructura del compromiso del deudor: en la prestación de actividad el deudor compromete únicamente su esfuerzo; en la prestación de resultado el deudor compromete, además de su esfuerzo, el resultado exterior obtenido con él. A la vista de estos caracteres y de la cláusula del contrato («llegado el momento de tener ofertas en firme...»), parece que la prestación debida era encuadrable entre las de «resultado», de modo que el aviso debía detallar con claridad las ofertas en firme. Pero no está claro si ello se produjo (285), ya que parece que el conocimiento de otras ofertas y de la venta no implica *per se* que el «resultado» de la prestación se hubiera producido.

(282) Verla en epígrafe 2 de los Antecedentes del caso.

(283) Véase *Derecho de obligaciones*, I.

(284) Véase *Leciones de Derecho civil*, II, pág. 235.

(285) Véase con detalle el apartado C) del epígrafe 7 de los Antecedentes de este caso. No más explícita es la parte expositiva del acta notarial, en que se dice que «los comparecientes dieron cumplimiento al pacto de la cláusula décima del contrato de arriendo...», sin especificar la forma de tal cumplimiento.

El tema de la divisibilidad o no de la prestación debida no es oportuno ni tempestivo en este lugar: la divisibilidad o no de la prestación es tema del *cumplimiento o pago* de la obligación y nada tiene que ver con su origen. En este punto era exacta y correcta la tesis del recurrente. Aunque la prestación fuere divisible, la naturaleza del negocio, *ex re ipsa*, impone la mancomunidad en el deber de prestación. Caso de incumplimiento jugará el artículo 1.150 C.c. y, además, se darán las demás posibles consecuencias del incumplimiento.

Resumiendo: obligados los firmantes, como herederos, a una prestación de resultado, que origina una deuda mancomunada, la consecuencia es una legitimación pasiva conjunta que procesalmente lleva a un litis consorcio pasivo necesario.

2. En el segundo de los apartados se estipula que ... «dentro del plazo de quince días siguientes al aviso, el señor Torrellas manifestará si se constituye comprador, formalizando en este caso el correspondiente compromiso de compraventa...». Me parece evidente que los contratantes estipularon una cláusula de opción aneja al arrendamiento (286). Parece conveniente profundizar en el supuesto y dejar aclaradas las cuestiones siguientes: interpretación de esta cláusula, qué tipo de derecho originaba, prestación debida, duración y efectos.

a") Interpretación de la cláusula: Creo poder eliminar aquí toda la problemática acerca de si es la opción un contrato autónomo o bien una cláusula o pacto anejo a un contrato principal. En el supuesto de hecho se trataba de una cláusula aneja al arriendo: bien se configure tal pacto como promesa de contrato de compraventa (DE CASTRO), bien como compraventa bajo condación *si voluero* (VALLET). Parece opinión mayoritaria la de que se trata de una modalidad de la promesa de contrato, cuyo régimen jurídico será el general de las obligaciones (no el de la compraventa). En el caso de autos es evidente: que se trata de una promesa unilateral a favor del señor Torrellas, que impone unas obligaciones a los propietarios y otorga un derecho al beneficiario.

b") Tipo de derecho originado: Constituida en tal pacto la relación jurídica de opción, su fundamento último debe buscarse en el dominio del propietario, quien, como titular de la facultad de disposición, puede limitar su dominio (sujetándolo a derechos reales) y supeditarlo a una opción. También aquí puedo excluir todo lo relativo a si se trata de un derecho real o personal, pues en el caso de autos no acudió el beneficiario al Registro. Lo que me parece claro en el supuesto de hecho es que la opción concedida era no una opción «electora», sino una opción de compra «decisoria» (287): o sea, en el más auténtico sentido romano, ya que la *optio* significaba «coger una cosa deseable» y en la que lo esencial no era la elección, sino la adquisición (288). El derecho del señor Torrellas mal podía ser un derecho real

(286) Sobre el pacto o contrato de opción véase *Comentario a la sentencia de 23 de marzo de 1945*, por BONET RAMÓN, «R. D. P.», 1946, pág. 509; comentario a la misma sentencia, por HERNÁNDEZ GIL, «R. G. L. J.», 1946, II, pág. 624; Roca SASTRE, en «Estudios de Derecho Privado», I, 1948, pág. 350, y «Derecho Hipotecario», III, 1954, pág. 23; MEZQUITA DEL CACHO, *El pacto de opción y el derecho que origina*, en «R. C. D. I.», 1951, pág. 73; NAVARRO AZPEITIA, *El derecho de opción en el Registro de la Propiedad*, en «Conferencias del Colegio Notarial de Valencia», 1951, pág. 155.

(287) En la terminología de N. AZPEITIA.

(288) Véase N. AZPEITIA y las citas de D'ORS.

(pues no se inscribió); pero parece que lo más lógico es que si de tal pacto derivaba la posibilidad de adquirir la finca, tal derecho no es sino la *facultad jurídica* de exigir la formalización del compromiso de compraventa.

c") Prestación debida: Que los concedentes de la opción quedan vinculados es obvio. Lo importante es precisar qué obligaciones contraen. Tanto doctrina como jurisprudencia (ss. de 23 de marzo de 1945 y de 18 de enero de 1947) son concordes en que el o los concedentes contraen dos obligaciones: una *positiva*, de «hacer», de conceder la opción, o sea, de realizar la venta a favor del beneficiario si éste usa de su derecho, otra *negativa*, de «no hacer», consistente en no celebrar el mismo contrato con tercera persona distinta del beneficiario. En cuanto a la obligación de «hacer», parece que se trata de una prestación de «actividad». En cuanto a la obligación de «no hacer», parece que se trata de una promesa del no ejercicio de un derecho (obligación de no contratar), obligación que es de carácter permanente y posee un relieve especial (en fase de incumplimiento) (289). La aplicación de tales ideas al caso de autos no requiere mayores aclaraciones.

d") Duración de la opción: Tampoco me extendiendo en consideraciones acerca del plazo de la opción, dado que en el caso de autos aparece claro que el comienzo de su ejercicio *depende* del hecho del aviso previo, o sea, depende de una condición suspensiva. Lo que ocurre en el caso es que el ejercicio condicionado de la facultad de exigir la opción venía implicado en un contrato de arrendamiento; y es sabido que la prórroga periódica de los arriendos se realiza de forma indefinida. Pero una cosa es la duración del arriendo y otra distinta la duración de la facultad de optar el derecho del arrendatario en el primer caso está sujeto a la prescripción ordinaria de quince años; y el plazo de quince días aplicable a la facultad jurídica de exigir la opción parece que es de caducidad. Lo que está claro es que la facultad de exigir la opción dependía en su nacimiento del hecho de darle el aviso previo.

e") Efectos: Una serie de ellos se desprenden de las bases que acabamos de sentar:

1. El que, siendo inscribible el contrato de 1935 (claro, que previa escritura pública), no se inscribiere, no es obstáculo a su posterior inscripción. En todo caso, el beneficiario tenía en su mano la posibilidad de pedir anotación preventiva de su demanda, exigiendo la consumación de la opción.
2. De la facultad de exigir se deriva que, caso de no ser voluntariamente cumplida, puede ser sometida a ejecución forzosa, dando el Juez efectividad al contrato de promesa.
3. De la prestación de «hacer» no cumplida—aparte lo anteriormente dicho (art. 1.098)—se deriva la indemnización de daños y perjuicios correspondiente (art. 1.101).
4. De la prestación de «no hacer» no cumplida deriva la indemnización de daños y perjuicios oportuna: además, plantea el problema de la posible participación del tercero en la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación (290), al que luego se aludirá.

(289) Véase en tal sentido Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, II, pág. 236.

(290) Véase en tal sentido Díez-PICAZO, op. cit. ult., pág. 236.

c') *Eficacia del contrato*

1. En tema de eficacia, parece que el contrato de 1935 reunía todos los elementos necesarios para su validez y que, por tanto, era eficaz. Ello, tanto respecto del arriendo como del pacto de opción.

Pero, la eficacia del contrato de 1935 no sólo suponía la realización de una voluntad, sino además la instauración en la realidad de la reglamentación contenida en el negocio y por ello la necesidad de que las partes ajustasen su conducta a esta reglamentación. Hay, pues, inmediatamente, un *deber de respeto* del contrato, un deber de observancia del contrato; y, además, crea unas relaciones jurídicas: las derivadas del arriendo y de la opción.

Ahora bien, además de la eficacia *inter partes* del contrato, éste incide en la situación de otras personas ajenas a su celebración: es la llamada eficacia del contrato «respecto de tercero». El problema de la eficacia del contrato en relación con los terceros es ante todo un problema de seguridad y de publicidad (arg. art. 1.280 C.c.) (291). Hago estas consideraciones precisamente a la vista del caso de autos. No parece, en principio, que los terceros—aquí era el señor García R.—sufrieran la eficacia *directa* del contrato de 1935, pero sí es grave la duda sobre si había una eficacia *indirecta* o «provocada» de dicho contrato (292).

En el supuesto de hecho me parece claro que sí se daba tal eficacia «provocada»: primero, porque se daba la «oponibilidad» del contrato por el arrendatario firmante al tercero comprador, fundando en el propio contrato la pretensión dirigida contra el tercero; pero el contrato no reunía los caracteres de publicidad y fehaciencia exigidos por la ley—¿quid si los hubiera reunido?—. Segundo, porque se daba la «utilizabilidad» por el tercero del contrato ajeno para sus propios fines, fundando en él sus pretensiones, en la contestación a la demanda; aquí el problema no era de publicidad, sino de prueba.

Me parece evidente la eficacia del contrato de 1935 para las partes firmantes. Más dudosas la eficacia genérica directa respecto del tercero comprador y la eficacia indirecta en su variante de «oponibilidad» por la carencia de publicidad del contrato. Y posible y aplicable la «utilizabilidad» por el tercero del contrato.

d') *La ineficacia del contrato*

Personalmente entiendo que el contrato firmado en 1935 reunía todos los requisitos precisos para su validez y, por tanto, era eficaz. Cuando menos produjo sus efectos desde 1935 a 1940.

Sin embargo, adujeron los demandados la ineficacia de dicho contrato en base, fundamentalmente, a que: había sido «provisional» y debía ratificarse posteriormente, y que el contador-partidor no podía obligar al caudal relicto por tiempo superior a la proindivisión. Veamos si estas razones encajan o no dentro del concepto de ineficacia y si matizan con claridad alguno de sus tipos.

(291) Así, en Díez-Picazo, op. ult. cit., pág. 168.

(292) Véase Díez-Picazo, op. cit., pág. 169.

En principio, y pese a la enorme dificultad de definir la «ineficacia» (293), tenemos una evidencia: que el contrato fue eficaz hasta el año 1940 y entonces se aduce su ineficacia. ¿Es que era un contrato «claudicantemente eficaz»? Lo único claro es que había una discrepancia entre la eficacia prevista o esperada y la eficacia realmente desarrollada, que tal discrepancia entrañaba una infracción para los demandados y que ésta debía ser sancionada. Parece que esta ineficacia «provocada» por parte de los firmantes venía a ser un medio puesto a disposición de los propietarios del local arrendado para proteger sus intereses: este medio era el poder de impugnación. En suma, tal ineficacia venía a ser más bien «impugnabilidad» del contrato celebrado.

Que tal ineficacia era sanable lo demuestran las mismas alegaciones de los interesados: pendiente la ratificación. Claro que había que contar con la posibilidad de confirmación (expresa o tácita), por la decisión de los titulares del poder de impugnación.

Ahora bien: la ineficacia jurídica, en general, y esta especie de ella —«impugnabilidad»— pertenecen al mundo del «debe ser», PERO EN LA REALIDAD se habían producido efectos que no debieron producirse (según los demandados). La reacción del Ordenamiento jurídico frente a un negocio ineficaz puede darse, en efecto, pero de muy diversas formas: inexigibilidad del contrato, irrelevancia, desaparición de sus efectos, consolidación de sus efectos, propagación de la ineficacia, daños y perjuicios causados por la ineficacia. De todos ellos, el actor pedía: la consolidación de los efectos y los daños y perjuicios; los demandados, todas las demás sanciones.

Que el tipo de ineficacia solamente podía ser la «impugnabilidad», llamada comúnmente «anulabilidad» del contrato, nos lleva a la cuestión de si ello era posible. Para darse la anulabilidad se precisa una de estas dos causas: falta de plena capacidad de obrar o vicios de la voluntad. Alegaban los demandados: la falta de plena capacidad en los menores, representados por sus padres; la necesidad de ratificación y la intervención extralimitada del contador-partidor. Veamos si ello era cierto:

- que el contador-partidor, como tal, no tenía por qué intervenir y su firma venía a ser un «plus», lo hemos demostrado anteriormente;
- que los menores eran simples legatarios de cuota, en su modalidad de «valor puro», y que no son más que acreedores de los herederos, sin formar parte de la comunidad hereditaria, también quedó más arriba expuesto;
- que los firmantes eran los herederos, a quienes compete la administración del caudal relicto y que reunían más de la mitad de intereses en la herencia, por lo que tenían plena legitimación para arrendar y conceder la opción, también ha quedado expuesto.

No parece claro que existiera representación indebida de los menores por sus padres, causante de la anulabilidad. Pero, forzando el argumento, demos ello por hecho y pensemos en una situación tal de REPRESENTACION ILEGAL. Entonces nos encontramos con dos hechos evidentes: uno, la misma actuación y con idéntico carácter en la firma de la partición (aunque la demos como «provisional»); otro, el hecho de la voluntaria ejecución del

contrato unido al transcurso del tiempo. Y esta doble consideración nos lleva a otro punto:

e) *La impugnación del contrato y la doctrina de los propios actos*

1. Que hubo una voluntaria ejecución del contrato y un aprovechamiento de sus efectos durante unos largos y difíciles años me parece inquestionable. Que ello implicaba una confirmación tácita (arg. art. 1.311 C.c.) también es obvio. Que tal confirmación tácita funciona *objetivamente*, en base a la inadmisibilidad de contradecir el sentido de la propia conducta y que la impugnación *per se* es un *venire contra factum proprium* (294) es asimismo claro.

Es muy significativo que en un momento histórico, en que la palabra impugnar no tiene un sentido técnico preciso, se identifique entre *venire* e *impugnare*. La hipótesis típicas de *venire contra factum* son precisamente casos en que la facultad de hacer valer en juicio la ineficacia de un negocio jurídico ha quedado coartada por haber prestado el sujeto aquiescencia al negocio con sus actos. Esta conexión estrecha entre actos propios e impugnación se refleja con carácter general en nuestra jurisprudencia. La inadmisibilidad de venir contra los propios actos entraña un límite a la facultad de impugnar un negocio jurídico ineficaz.

No se trata de que exista aquí una renuncia tácita de la acción de impugnación: lo que hay es un hecho de autorresponsabilidad que se expresa mediante la inadmisibilidad del *venire contra factum proprium* (BETTI). Quizá el principio del *venire contra factum* sea el antecedente histórico inmediato de la figura de la confirmación (295); pero el problema práctico planteado es el mismo y es consustancial con el tráfico jurídico: la impugnación del negocio tácitamente confirmado conduce a un resultado que la conciencia social estima injusto y contrario a la buena fe, por lo cual se crea por vía consuetudinaria o doctrinal una regla de derecho que viene a vedar o impedir este injusto resultado. Pero esta regla se formuló con una amplitud mucho mayor de lo que era el resultado práctico pretendido y, en consecuencia los supuestos principales de aplicación del *venire contra factum* venían englobados en los casos de confirmación tácita por nuestra jurisprudencia.

Pero a la vista de la regulación del C.c. (arts. 1.309 y ss.), es obvio que la doctrina de los propios actos no debe encontrar aplicación en los casos de confirmación tácita de un negocio irregular. Dicha doctrina *solamente debe funcionar* allí donde no exista una institución o un conjunto de normas específicas que subviengan a la necesidad práctica planteada.

Ahora bien: si faltare alguno de los requisitos prevenidos en C.c. para la confirmación tácita o si no hubiera tal negocio irregular susceptible de confirmación, ¿cabe llegar a la misma consecuencia de inimpugnabilidad del negocio a través de la doctrina de los propios actos? Este, creo, es el problema central en el caso de autos y la contestación puede y debe ser afirmativa.

2. El primero de los *presupuestos* para que se dé la aplicación de la doctrina de los propios actos es una «conducta vinculante»: conducta rele-

(294) Véase Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, págs. 201 y 170 y siguientes.

(295) Véase Díez-PICAZO, op. et loc. ult. cit., de quien son estas citas y comentarios, sintetizados y aplicados al caso de autos.

vante jurídicamente y con eficacia en derecho, dentro de una determinada situación jurídica. Conducta entendida como acto o serie de actos en cuanto reveladores de una postura, un modo general de proceder, un comportamiento, o sea, en cuanto revelan una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales. La *relevancia jurídica* implica que tal conducta se haya realizado dentro de una determinada situación jurídica y que con ella haya quedado afectada una esfera de intereses y que sea valorable objetivamente el sentido de la conducta. La eficacia jurídica de la conducta supone que los actos propios han de ser jurídicamente eficaces. Y la conducta ha de ser observada frente a los interesados en la relación jurídica de que en cada caso se trata, o mejor, observada en una situación litigiosa.

Estas ideas básicas de Díez-Picazo, previo el contraste con el supuesto de hecho que comentamos, nos llevan a concluir: o bien que el contrato de 1935 era totalmente eficaz, o bien claudicantemente eficaz, o bien absolutamente ineficaz. Y ante la conducta, o, mejor, *comportamiento*, de todos los firmantes del mismo, en ejecución voluntaria del mismo hasta el año 1940 y en la escritura particional, tenemos que llegar a las conclusiones de que: o no procedía, o procedía la impugnación. La impugnación *per se* es un *venire contra factum proprium*, aunque técnicamente no es una pretensión contradictoria; *pero puede serlo* en cuanto a una situación jurídica diversa de la negocial, respecto de la cual supone una toma de actitud: lo decisivo es la susceptibilidad de la conducta para suscitar una objetiva confianza. Por tanto, una ineficacia total y absoluta no crea esta razonable confianza, pero sí la crea una ineficacia de tipo relativo o de eficacia «claudicante»: una conducta posterior al negocio y objetivamente contradictoria con el ejercicio de la acción de impugnación, si constituye un *factum-propium* y ello viene a reconducirse con el principio de la confirmación tácita, de que hemos ya hablado. Nos queda, pues, tan sólo el caso de un negocio totalmente eficaz, al que, por darse tal conducta posterior y objetivamente valorable en derecho, cabe aplicar la doctrina de los propios actos. Este es, entiendo, el supuesto del caso de autos.

— Además de la conducta relevante y eficaz jurídicamente dentro de una determinada situación jurídica, el *segundo* de los presupuestos para la aplicación de la doctrina de los propios actos es que exista una pretensión contradictoria con la propia conducta anterior dentro de una determinada situación litigiosa. Tal pretensión es independiente de la posición que el litigante asume dentro del proceso (296). Que se daba esta pretensión en la contestación a la demanda y en la reconvencción, en el caso de autos, es también evidente.

— El *tercer* presupuesto de aplicabilidad de la regla *venire contra factum proprium* es la existencia de una contradicción entre la anterior conducta vinculante y la posterior pretensión litigiosa. Este era el problema en nuestro caso. ¿hubo verdadera contradicción en la actitud o comportamiento de los propietarios-arrendadores? De haber contradicción no era en el negocio arrendaticio, sino en la conducta posterior. Pero ¿en qué consistió tal contradicción? No era una idea lógica de contradicción, sino la idea de incompatibilidad de la conducta posterior valorada socialmente como en contravención

(296) Véase Díez-Picazo, op. ult. cit., págs. 218 y sigs., para los conceptos de pretensión y situación litigiosa.

a la buena fe. Tal conducta era la derivada del comportamiento de los arrendadores, conducta en sentido objetivo, que suscitaba en los demás la confianza en la apariencia y vigencia del contrato. En cuanto a la pretensión contradictoria, no lo era la oposición al demandante o la reconvencción, sino el resultado empírico que con ella trataba de obtenerse, o sea, la decisión final del Juez. En suma, con RIEZLER, podemos decir que lo decisivo no es tanto la contradicción en sí misma considerada, como la «improbabilis» que la contradicción supone (así, en Díez Pícazo, op. et loc. ult. cit.).

— El cuarto y último presupuesto de la doctrina de los propios actos es la identidad de los sujetos (activo y pasivo) de la pretensión contradictoria formulada. Como el juego del *venire contra factum* se desarrolla en dos momentos lógicos y cronológicamente distintos (conducta anterior, pretensión posterior), la aplicación estricta de la regla exige, como primer presupuesto subjetivo, la más estricta identidad entre el sujeto de la conducta y el sujeto de la pretensión. Tanto la conducta como la pretensión han de haberse realizado por una misma persona o deben ser jurídicamente imputables a una misma persona si se realizaron por dos personas distintas. Aplicadas estas ideas al caso de autos, observamos que contestaron a la demanda don José P. H. (heredero) y don J. M. P. (legatario, «ex menor»); y éste, además, formuló reconvencción. Parece evidente la sujeción de don José P. H. al principio del *venire contra factum*. Más difícil la aplicabilidad al reconviniente; conviene aquí otra última precisión:

Se liga aquí la doctrina de los actos propios con la de la *representación*, a que antes se aludía. Aquí aparece el representado (reconviniente) intentando una pretensión contradictoria con la conducta de su representante (don Julio, su padre, que—¡curioso!—no contestó a la demanda) ¿Coartaba la conducta previa de su padre el posterior ejercicio del derecho por el reconviniente? El problema es para Díez-Pícazo un problema de imputabilidad: imputabilidad de la conducta del representante al representado. La solución, nos dice, debe basarse en el punto de vista del carácter objetivamente razonable de la confianza suscitada: si objetiva y razonablemente puede esperarse un cambio de actitud en el representado o el cambio de actitud no contraviene la buena fe, los actos anteriores de su representante no le vinculan, pero si en caso contrario. Me faltan elementos de juicio para precisar si el cambio de actitud del reconviniente era contrario a la buena fe (por ejemplo, año de su mayoría de edad), aunque presumiblemente tal cambio no era objetivamente fundado.

— La consecuencia obvia de todo lo expuesto es que la inadmisibilidad de las pretensiones contradictorias de don José P. H. y don J. M. P. debió ser acogida de oficio.

3. En consecuencia: los propietarios confirmaron tácitamente el contrato, y a su pretensión contradictoria con la conducta anterior le era aplicable la regla del *venire contra factum proprium*.

f) El contrato de 1935 y la administración de la herencia:

Precisadas las consecuencias de dicho contrato en cuanto al arrendatario en el epígrafe anterior, conviene volver al tema de la administración de la herencia indivisa. Parece obvio que los menores no impugnaron la partición y dieron por buena la actuación de sus padres. ¿Cabía aceptar la tesis de que

no les afectaban los actos de extraordinaria administración? Ya vimos que no había «oposición» de intereses. Pero no deja de ser curioso que parte de la doctrina entienda aplicable a este supuesto el artículo 1.695 del Código civil, con su presunción de mandato tácitos en favor de los administradores.

Aun excluyendo la aplicación de dicha regla, el transcurso del tiempo y la propia conducta de los interesados (¿desde qué fecha eran mayores de edad?), no parece que les legitime para un ejercicio del *ius prohibendi*, ya que su misma conducta implicó una ratificación de todo lo actuado por los padres. Máxime si tales actos fueron útiles a la herencia y procuraron al patrimonio relicto un enriquecimiento evidente (297).

Precisamente es para casos y situaciones como la del supuesto debatido cuando la doctrina entiende aplicable la doctrina de la *negotiorum gestio* (293), con la aplicabilidad de una ratificación tácita y, en definitiva, el axioma *ubi emolumentum, ibi onus*. Quizá también cabría acudir al remedio del enriquecimiento, sin causa, de darse sus requisitos, y revalidando así los actos realizados por los padres-herederos en beneficio de todos.

Que en la herencia indávsa se producen una serie de situaciones intermedias difíciles de encajar, pero implicativas de actos de administración, es harto conocido. Lo difícil como en nuestro caso, es elegir el molde jurídico adecuado para solucionar las consecuencias de tales situaciones y actos.

d) Otro tema interesante lo constituye la escritura de compraventa otorgada en 1941 por todos los interesados en la herencia del señor Penas, de una parte, y el señor García R., de otra. Con el necesario antecedente de la segunda acta notarial (marzo de 1940), en la que el ya comprador (en febrero de 1940, por documento privado) requiere al arrendatario para el desalojo.

1. Hay una cadena de hechos clarísima: adquisición de la finca en documento privado (de febrero de 1940), acta de requerimiento de los vendedores (7 de marzo de 1940) (299), acta de requerimiento del comprador (7 de marzo de 1940) (300), acto conciliatorio (9 de abril de 1940), escritura pública de compraventa (21 de febrero de 1941) y demanda en juicio de mayor cuantía (30 de junio de 1941). A mi modesto entender, tras la esquemática desnudez de las fechas y de los actos hay todo un mundo de gestiones, ofertas y contraofertas, intereses en conflicto en una difícil situación nacional (y una guerra mundial acechando), que van a desembocar en la situación litigiosa planteada.

2. Pocas veces aparece tan claro cómo un contrato—el celebrado en 1935—produce efectos de forma indirecta respecto de terceros—el señor García R.—: efectos reflejos (la venta extinguía el arriendo) y efectos provocados. Había efectos «provocados», de un lado, en las frecuentes alegaciones del compra-

(297) Pléñese en los difíciles años que van de 1935 a 1940, con plena vivencia de la guerra en zona roja, y las circunstancias también difíciles de la postguerra.

(298) Véase GUTRAMA, op. cit., págs. 422 y sigs.

(299) En esta primera Acta, que curiosamente contiene parte expositiva, se lee textualmente: «Al decidir vender la finca... los comparecientes dieron cumplimiento al pacto consignado en la cláusula décima del contrato de arrendamiento, no interesando al señor Torrellas la adquisición del inmueble...»

(300) También esta segunda Acta contenía una curiosa exposición, en la que se lee: «Concertada la compra del inmueble en cuestión..., siendo la razón determinante de la adquisición la necesidad de ampliar su negocio...; que en el contrato de 1935, entre los anteriores propietarios y el arrendatario, en su cláusula undécima, se pactó que...».

dor de que aquel contrato le era inoponible (precisamente por no ser fehaciente), y de otro, en la utilización por dicho tercero de aquel contrato (301).

3. Además, dicho contrato de compraventa de la finca en que se hallaba el local arrendado, técnicamente existía desde febrero de 1940 (arg. artículo 1278 del Código civil), dado el carácter consensual de la compraventa y el principio de libertad de forma en nuestro Derecho de contratación. Por tanto, el otorgamiento de escritura pública, aparte de darle la posibilidad de acceder al Registro, lo que le daba al comprador era la facultad de «oponerlo» al inquilino. Es difícil precisar si tal contrato de venta se hizo o no «en daño» de tercero (el inquilino): creo más posible defender la tesis de que se trataba de un contrato con abuso del derecho de la contratación por parte de los vendedores. Con la aplicación de los principios generales sobre el abuso del derecho.

4. Finalmente, cabe preguntarnos si el tercero—el comprador, señor García R.—tenía o no responsabilidad por la lesión del derecho de crédito derivado de la opción a favor del señor Torrellas. Hay, es obvio, una violación de la obligación negativa de «no contratar», con la complicidad de un tercero en el incumplimiento del deudor. ¿Tiene el tercero una responsabilidad por tal violación?

Parece hoy aceptado que existe un deber general «de respeto» del derecho de crédito: es un deber de indemnización de daños y perjuicios, cuya responsabilidad es extracontractual (base en el artículo 1.902 del Código civil). Se habla así de la tutela «aquiliana» del crédito (302). Entonces el comprador sería responsable, con arreglo a las normas generales del Derecho de daños, frente al beneficiario de la opción.

Más difícil es el problema de si cabe entender como solidaria la responsabilidad del que incumple (los propietarios) y del tercero (el comprador). parece que tal violación conjunta debe llevar, como acto unitario, a un régimen también unitario de responsabilidad.

e) El tema de la *prescripción de la acción del demandante* podría ser objeto de un detenido análisis si no fuera por la extensión que he dado a los comentarios precedentes.

Creo procedente recordar aquí que el derecho derivado de la opción, más que un derecho único comporta una serie de derechos y sus correspondientes acciones, o mejor, una serie de pretensiones: como facultades dirigidas a obtener de los obligados un determinado comportamiento o resultado.

Enumeraré estas pretensiones: 1.º A la prestación de hacer, de resultado, de que se le avisara con detalle las ofertas en firme; 2.º A obtener la anotación preventiva de la demanda en que exigiese la consumación de la opción; 3.º A la prestación de hacer, de actividad, de que se le concediere la opción, prestación sujeta a la condición suspensiva del aviso previo; 4.º A que, en defecto de la anterior, el Juez diera efectividad al contrato de promesa, con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios; 5.º A la prestación de no hacer, de «no contratar», con la indemnización de daños y perjuicios correspondientes; 6.º A la indemnización de daños y perjuicios por el abuso del derecho de contratar por parte de los propietarios-arrendadores; 7.º A la

(301) Véase la parte expositiva del Acta, en su referencia a la cláusula undécima del contrato: nota 300 anterior.

(302) Véase Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil*, II, pág. 391.

indemnización de daños y perjuicios por la infracción por parte del comprador del deber general de respeto de su derecho de crédito.

Toda esta serie de pretensiones lo son, claro es, en sentido *sustantivo*. Pero desde un punto de vista *procesal* debe ser una petición fundada que constituye objeto del proceso.

A la vista de todo ello, creo que podemos concluir que el actor, *procesalmente* hablando, sólo había ejercitado las pretensiones que he señalado con los números 1, 3 y 4, y esta última en su parte o inciso final.

Teniendo en cuenta que la señalada con el número 3.º era condicional y supeditada a la del número 1.º, no creo pueda decirse que había caducado su derecho a ejercer la opción, cuyo plazo no es de prescripción (303).

La determinación del plazo para poder o no ejercer la opción en nuestro caso parece que cabía quedar al arbitrio de los Tribunales (arg. art. 1.128 del Código civil).

Finalmente, la formulación de la demanda me parece que era posible.

— Actos procesales:

1. *Demanda*.—A la vista de lo expuesto anteriormente, en especial el epígrafe e) precedente, hay que concluir que técnicamente la demanda era poco afortunada: no ejercitaba las pretensiones de que era titular y la dirigía contra los herederos del señor Penas y el señor García R.

Quizá hubiera tenido otro desenlace el litigio de haber formulado la demanda *exclusivamente* contra los herederos firmantes del contrato y de haberla basado en todas y cada una de las pretensiones que de la serie de hechos se derivaban.

2. *Contestación y reconvencción*.—Expuesto lo relativo a la doctrina de los propios actos, parece que *técnicamente* tales pretensiones procesales eran contradictorias con la conducta anterior de los exponentes (herederos) y, por tanto, su inadmisibilidad procedía de oficio.

3. *Sentencia en primera instancia*.—Es probablemente el único acto en todo este pleito en que se formula *técnicamente* una decisión, a la vista, por supuesto, del *petitum* de la demanda. Para ser plenamente perfecta tal decisión, creo debiera haber hecho aplicación del artículo 1.098 del Código civil y sustituir la actividad de los obligados por la suya propia.

4. *Sentencia de la Audiencia*.—No conocemos los términos exactos, salvo un par de consideraciones (304) en que fundamenta su decisión: pero ésta creo que no era correcta ni justa. No estaría de más hacer nuevamente hincapié en las circunstancias ambientales, factores sociológicos, etc., que influyen en cada situación en el juzgador.

Las afirmaciones que hemos entresacado (v. pág. 1.318) eran jurídicamente muy deficientes. Así, las referencias a: la indivisibilidad de la obligación concertada en la cláusula décima del contrato; el que no podían obligarse sólo

(303) Lo sería de caducidad, de cuatro años, de haberse inscrito el contrato. Pero no está demasiado claro (si se considera la vinculación al arrendo de la opción) si al no inscribirse también lo es de caducidad: parece que lo es.

(304) Véase nota 95.

algunos de los propietarios, el que los menores, como legatarios de parte alicuota, eran condueños y debían intervenir en tal pacto; el que era asunto en que los menores podían tener interés opuesto al de sus padres; que en tal estipulación es de imposible cumplimiento su finalidad, y que es un extremo accesorio y preeliminar.

Algunas de ellas han sido ampliamente tratadas al analizar el supuesto de hecho. Otras son francamente enigmáticas, como la última. Y las dos referentes a los menores, carentes totalmente de fundamentación; en cuanto al interés «opuesto», o lo hay o no lo hay, pero no cabe hablar de que «podían haberlo»; en la referencia a la intervención en tal pacto se confunden conceptos: una cosa es que los legatarios parciales que sean comuneros (y no era éste el caso) deban intervenir en la partición, punto que aún hoy es discutido, y otra distinta el que deban intervenir en cualquier pacto de extraordinaria administración.

5. *Recurso*.—El escrito era de gran calidad jurídica (305) y no creo que necesite comentarios.

Particularmente interesante era el motivo 5.º, de extraordinaria precisión técnica (para aquellos tiempos; piénsese que han transcurrido veinte años).

— Sentencia del Tribunal Supremo:

A mi modesto entender, y con todos los respetos para el Alto Tribunal, ni era justa la decisión ni su fundamentación la adecuada. Además, como obra literaria es de lectura difícil. En suma, poco afortunada.

En el cuarto considerando extrae conclusiones poco seguras de puntos de partida todavía menos seguros. El que los legatarios sean condueños—tesis discutible—no implica *per se* que deban ser parte en cualesquiera contratos, y menos todavía implica que el contrato sea inválido e ineficaz. Otro punto erróneo es el de «la obligación de darle el aviso de las ofertas de compra—tal petición—va tan unida con la del derecho de opción de compra, que la inexistencia de éste hace innecesario el aviso»; precisamente la opción depende en su nacimiento del hecho de que se le avisare, y no al revés.

De los considerandos quinto y sexto lo menos que se puede concluir es que los firmantes del arriendo y del contrato quedaban obligados para con el inquilino recurrente. Máxime si consideramos que en reiteradas ocasiones (306) entiende nuestra jurisprudencia que «el derecho de opción a favor del arrendatario cumple idéntica finalidad que la redención en la enfiteusis, de asegurarle la posibilidad de adquirir la finca arrendada, con la imposibilidad consiguiente de separar el derecho de opción a favor del arrendatario del contrato de arriendo». Siendo el contrato un todo unitario, ¿cómo propugnar que el arriendo era válido y la opción no?

El considerando séptimo, *formalmente* correcto, se debe a la peculiar técnica de nuestro recurso de casación. Pero *sustantivamente* no es correcta esa aludida « semejanza » jurídica entre los herederos y los legatarios de parte alicuota. Me remito a lo expuesto en el comentario a la sentencia de 1940, precedente (págs. 1.614 y sigs.).

(305): Obra del ilustre jurista que fue don Cirilo Genovés Amorós.

(306) Véase sentencia de 27 de febrero de 1950.

9.^a SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1950.

— Hechos:

Tampoco en este caso tenemos disponibles todos los antecedentes que componían el supuesto litigioso. Con todo, esta deficiencia es menos grave que en la sentencia de 1940, ya que con la somera exposición de hechos es suficiente para el análisis.

1. El hecho básico es el otorgamiento del testamento por don Servando, el causante. En el análisis de las tres cláusulas que conocemos sigúen los criterios ya conocidos, que he expuesto en otros comentarios precedentes.

a) El legado dispuesto en la cláusula cuarta, evidentemente, es un legado de cosa ganancial (307). No voy aquí a tratar de toda la problemática de este tipo de legados y me remito al estudio citado de M. DE LA CÁMARA ALVAREZ. El supuesto de esta cláusula cuarta encaja precisamente en la hipótesis especial prevista por dicho autor de que el legado de cosa ganancial hubiere sido ordenado por un cónyuge a favor del otro (308). Siguiendo en lo fundamental a M. DE LA CÁMARA, creo que en dicha cláusula el testador, don Servando, lega «la participación que al testador corresponde por gananciales en las dos fincas...». Pero ¿implica ello que la totalidad de esta participación legada deba *previamente* adjudicarse a favor del testador? Es éste un difícil problema de interpretación de la voluntad del testador. En nuestro caso, parece que el testador dispuso de «los derechos» que en su día podían corresponderle sobre los bienes comunes, lo que impone su previa determinación mediante la liquidación de la sociedad conyugal (309). Este mismo es el parecer de DE LA CÁMARA, quien distingue según que la liquidación determine la restitución del patrimonio privativo de un cónyuge absorbiendo todo el patrimonio común: si se restituye al cónyuge *legatario*, la cosa legada habrá sido adquirida en virtud de sus derechos sobre su patrimonio privativo, con lo que el legado queda sin efecto; si se restituye al cónyuge *testador*, debe entenderse legada la totalidad de la cosa, pues ha sido voluntad del testador legar el «dominio» de la cosa legada, que cabrá íntegramente en la participación del testador.

Pese a la carencia de datos, parece que hay indicios de que en el caso de autos era más probable el segundo supuesto que no el primero, a la vista de los hechos.

Parece claro que el efecto primordial perseguido por el testador con el legado era simplemente convertir a la viuda en dueña exclusiva de las dos fincas. Conviene no olvidar, recuerda DE LA CÁMARA, que la «participación» o cuota en los gananciales no es el objeto del derecho de los partícipes, sino tan sólo el módulo de reparto, la síntesis de su posición jurídica de comuneros.

Una característica típica de este legado es que el mismo debe cumplirse necesariamente *in natura*. Consecuentemente, los herederos no pueden pretender el cumplimiento por equivalente y el legatario debe aceptarlo tal como se

(307) Sobre *El legado de cosa ganancial*, véase por todos el excelente trabajo de M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, en «Conferencias del Colegio Notarial de Valencia», 1952, pág. 7.

(308) Véase DE LA CÁMARA, op. cit., págs. 62 y sigs.

(309) En este sentido: COSSIO, *La sociedad de gananciales*, pág. 202, y resoluciones de 18 de diciembre de 1916 y 23 de abril de 1919.

le ofrece: no es admisible que pretenda la adjudicación de la cosa en pago de su mitad de gananciales y que luego reclame el *valor* de la «participación» legada en pago de su legado. Estas nociones no requieren comentarios.

b) En la cláusula quinta, el testador dispone un legado del usufructo del remanente de su caudal (310). En la doctrina y jurisprudencia modernas prevalece la opinión de que se trata de un verdadero legado, con características peculiares, que lo distinguen de la institución de heredero.

En el caso de autos el problema se centraba en el contenido de este legado de usufructo: o la totalidad del remanente (tesis de la viuda, recurrente) o la mitad de dicho remanente (tesis de la Audiencia y del Supremo).

Pudiera pensarse en que se trata de un problema de *imputación*, pero, evidentemente, no hay peligro de inoficiosa al no existir otros herederos forzosos. VALLET (311), en general, entiende que lo más prudente es estimar que el legado a favor del cónyuge ha sido ordenado *al margen* de su derecho legítimo y procederá, por tanto, acumular la cuota legal y el legado. Pero esta opción no es unánime en la doctrina.

Mi punto de vista es que los conceptos de *computación* e *imputación*. (y la *reducción* correspondiente, caso de inoficiosa) solamente juegan entre legítimos. Si el viudo o viuda concurre con herederos voluntarios, parece lógico interpretar que éstos, si aceptan la herencia, deben pechar con los legados dispuestos por el testador: que el testador puede disponer un legado de usufructo universal a favor de su cónyuge es posible aun existiendo otros herederos forzosos; luego, ¿cómo no va a ser posible si existen herederos voluntarios tan sólo?

Ahora bien, una cosa es que el contenido del legado abarque o no la totalidad del remanente y otra cosa es que EN UNA MITAD la viuda tenga el carácter de heredero forzoso. Son conceptos totalmente distintos y temas perfectamente compatibles.

Finalmente, la caracterización de este legado como legado parciario es absolutamente clara. La modalidad de legado parciario es también clara: de remanente, o sea, concede un derecho de crédito (según unos) a obtener una *pars bonorum* o bien atribuye la cotitularidad sobre los bienes hereditarios (según LACRUZ). Lo que es evidente es que las deudas le «afectan», pero no responde de ellas personalmente.

c) La cláusula sexta es la verdaderamente cuestionable a los efectos de este litigio:

La institución de herederos en el remanente ha sido objeto de anteriores comentarios.

La peculiaridad de tal institución radica en la frase final: «... les impone la obligación de respetar el usufructo... sin que nada le pidan por ningún concepto que con la herencia se relacione, ni la molesten con ninguna pretensión judicial...» Lo que el testador llamó «obligación» ¿qué conceptualización técnica nos merece? ¿Dispuso en realidad una cláusula modal? (312).

(310) Sobre la disposición testamentaria por la que se deja el usufructo, véase GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de Arte Menor*, II, pág. 143, y, sobre todo, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, págs. 63 y sigs.

(311) Véase *Imputación de legados otorgados a favor de legítimos*, en «R. D. P.», 1948, págs. 315 y sigs., en especial pág. 345.

(312) Véase sobre la institución modal: PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., V-2.º, págs. 324 y sigs.; LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento*, en «A. D. C.», XIX-III, pág. 575, y TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, Alicante, 1966.

Tal «obligación» no parece: ni un consejo, ni una recomendación, ni un motivo, ni una contraprestación, ni una condición, ni una fundación, ni un fideicomiso ni un legado.

Que la «obligación» fuese una obligación de «hacer»—respetar el usufructo—, conectada con una obligación de «no hacer»—no molestar y no pedirle nada—, es lo que parece desprenderse del sentido literal, lógico y sistemático de las cláusulas del testamento; y entonces, pese a la vaguedad e indeterminación acerca de lo que sea el *modo*, no me parece descabellado configurar tal «obligación» como un gravamen modal. Si por *modo* se entiende «aquella determinación accesorio agregada a un acto de disposición y por la cual se obliga al adquirente a realizar una prestación en favor del disponente o de un tercero», tal concepto parece encajar en nuestro supuesto. Podría decirse que el testador impuso un «comportamiento condicionante» no condicional (313): un gravamen personal, accesorio, consistente en una obligación de hacer, cuya finalidad es secundaria para el causante, sin atribuir a la beneficiaria el derecho de exigir para sí la prestación. Si esto no es una carga modal, ¿qué otra cosa puede ser?

De tratarse de un verdadero modo, si los gravados iniciaron posteriormente el juicio de testamentaria, es obvio que *incumplieron* la obligación de «no hacer» que el testador les impuso: la consecuencia clara es que la viuda beneficiada por el modo podía pedir la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

2. El juicio de testamentaria determina las siguientes incidencias procesales. La posición de ambas partes era perfectamente lógica.

No aparece muy claro el por qué de la adjudicación a la viuda, por el contador dirimente, de la hijuela de deudas.

La argumentación de la viuda es cierta, a medias: era ajena a las operaciones particionales, en cuanto no iniciadas por ella, aunque desconocemos si las había «provocado» con su comportamiento previo. En cuanto a que, como legataria del usufructo, no debía sufrir detracción alguna, ya es más discutible: para saber si había o no deudas había que liquidar previamente la sociedad conyugal y determinar con las respectivas adjudicaciones el haber de cada interesado en la herencia. Las deudas le «afectaban»: y, por supuesto, los «gastos» derivados de las operaciones de liquidación, imprescindibles de todo punto.

La argumentación de los nudos propietarios era también cierta en una mitad: en lo relativo a la necesaria liquidación y determinación de los haberes de cada uno.

En cuanto a que la viuda sea heredera y debe correr con todos los gastos, es inexacto: no era «heredera» y los gastos podían afectarle pero en relación íntima y proporcional con la porción que se le adjudicare. Ello era lo natural y lógico.

3. La sentencia de primera instancia, por tanto, no parece que sea la adecuada, al no considerar lo expuesto.

La sentencia de la Audiencia es técnicamente correcta en su decisión, ya que—conforme a lo antes dicho—tales gastos deben considerarse como «baja» de la herencia, que disminuye el caudal relicto.

(313) Véase el interesante estudio de CANO TELLO, *La institución y legado submodo en el Código civil*, en «R. O. D. I.», mayo-junio 1966, pág. 684.

4. Del recurso de casación sólo conocemos una parte.

En principio parecen exactas las afirmaciones de la recurrente interpretando las cláusulas del testamento. Solamente cabe objetar que la interpretación de la cláusula sexta le lleva a una conclusión errónea: por iniciar la pretensión judicial, incumplían la obligación de «no hacer» y quedaban sujetos a la responsabilidad por daños y perjuicios frente a la recurrente. Pero no hay término viable de comparación que lleve a la conclusión pretendida por la viuda de que, por iniciar el juicio, eran los nudo propietarios los obligados a pagar los gastos de él derivados.

El motivo tercero tampoco es afortunado: el que se trate de un legado *no comporta* que no deba abonar los gastos comunes de partición. Hay que precisar qué tipo de legado implica tal consecuencia, si ello es viable.

— Sentencia del Tribunal Supremo.

La decisión del T. S. me parece justa y correcta; no tanto en la fundamentación de la misma; pero hay un notable espíritu «creador» en esta sentencia, partiendo de otros supuestos y haciendo correctas distinciones en cada punto debatido, aunque para ello incurra en generalizaciones excesivas.

1. En el Considerando primero se toma un punto de partida, a modo de *premisa mayor* del silogismo posterior, que en principio lo veo correcto: «el testamento... ha de acatar las formalidades intrínsecas y extrínsecas de la ley.» Esta formulación y su inevitable corolario de que «la voluntad declarada ha de armonizarse con las normas de derecho necesario», que en conjunto constituyen la premisa mayor, son en sí correctas pese a su absoluta generalización.

La confrontación de esta premisa o punto de partida con la premisa menor—la cláusula quinta del testamento—nos ha de llevar en buena lógica a una *conclusión* enteramente contraria a la del T. S.: el causante *SÍ PUDO* asignar a todo el remanente el concepto de legado; y con ello *no se enfrenta* con la ley, ni tal legado requiere para su eficacia que recaiga sobre la parte de herencia de libre disposición.

Entiendo que se confunden los conceptos de heredero forzoso (en cuanto al viudo), en concurrencia con herederos legítimos que al propio tiempo son llamados como herederos voluntarios (los hermanos del testador). Las disposiciones sobre las legítimas, en concreto el artículo 837 antiguo, relativas al cónyuge viudo, se dictan *en atención* a su carácter de tal y para la debida salvaguarda de sus derechos usufructuarios, que *NO PUEDEN* ser desconocidos por el testador; de modo que incluso si fuere preterido el viudo, el artículo 814-2.º ordena que se «conserven» sus derechos, regulados en los artículos 834 a 839. Tales artículos sí que son norma de derecho necesario que se superpone a lo dispuesto por el testador, reduciendo las disposiciones inoficiosas (en perjuicio del viudo). Lo que es absurdo es llegar a la conclusión de que tales artículos se dan en beneficio de los hermanos, que no son herederos forzosos, sino legítimos o «abintestato». El que, *ADEMÁS*, sean llamados por testamento no trueca la peculiaridad de las normas básicas de nuestro Derecho sucesorio.

Parecidas consideraciones cabe apuntar respecto a la pretendida ineficacia del legado del usufructo del total remanente: una cosa es que la viuda tenga, como *LEGÍTIMA*, derecho al usufructo de la *MITAD*, y otra muy distinta

el que el legado absorba el usufructo del total remanente. No se trata de *imputación* en sentido técnico, relativa a las legítimas y conectada con disposiciones inoficiosas (¿para quién?), sino, a lo sumo, de imputar *contablemente* el legado a la legítima o ADEMÁS de la legítima. En este concreto punto era exacta la tesis de la recurrente de que NO PUEDE ser inoficioso (o perjudicar la legítima de la viuda) el legado que cubre con exceso su cuota legitimaria; porque, conforme hemos expuesto, la inoficiosidad o el «exceso» hay que computarlos e imputarlos en relación a otros herederos FORZOSOS.

Por tanto, el corolario final que extrae el T.S. en este primer Considerando, aparte de ser un mero *obiter dictum*, no tiene nada que ver con el punto concreto aquí debatido.

2. También se hacen una serie de distinguos en el segundo de los Considerandos, pero sin que la conclusión sea la más idónea.

Es cierto que la cláusula sexta no tiene el significado que la recurrente le atribuye. También es cierto que el testador no prohíbe la intervención judicial, y que los efectos del juicio de testamentaria y la partición consecuente no implican falta de respeto al derecho de usufructo legado.

Pero la *conclusión* a que se llega es totalmente errónea, porque *no tiene relación de causa a efecto*, al comparar aquellas afirmaciones iniciales con la premisa segunda relativa a la cláusula modal.

Aparte de la deficiente caracterización que de tal cláusula sexta hace el T.S., ya que no se preocupa de ella, precisamente, de configurarla como tal cláusula modal, de ella derivaría una acción de indemnización por daños y perjuicios al quedar aquélla incumplida.

Lo que sucedió es que el *petitum* no estuvo bien enfocado y el T.S. liga la consecuencia del incumplimiento que pretendía la recurrente—abono de gastos de partición—con la cláusula modal, en vez de proceder a la inversa. determinar si había o no un modo y extraer de ello la consecuencia necesaria.

3. También en el tercer Considerando se hacen afirmaciones excesivamente generalizadoras: sí que es cierto que la viuda era heredera forzosa en una mitad, pero NO no lo es—o al menos es dudoso—que fuera «heredera forzosa en el usufructo de la mitad del remanente de bienes legados». Esto último es cuestionable, cuando menos.

Que la posición jurídica del usufructuario no es absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, también es cierto; pero de ahí no es válido extraer consecuencias excesivamente generales. Claro que es a través de estos procedimientos a veces generalizadores como el T. S. llega, en la mayoría de los casos, a un resultado justo y equitativo.

Una cosa es la responsabilidad por deudas de la herencia y otra los gastos comunes de partición: aquí se trata de una consecuencia conectada con un previo encargo de los llamados (los herederos) a determinadas personas, de una obligación de «hacer», consistente en la prestación de unos determinados servicios, prestación «de resultado» que se traduce en una cuenta, de abono ineludible por quienes formularon el encargo y por los restantes interesados. Por ello no se trata de «deudas» de la herencia, sino de deudas de los herederos como consecuencia de una herencia sin liquidar.

En este Considerando radica la verdadera *ratio decidendi* del recurso y del litigio: el artículo 1.064 C.c. Pero está de tal modo enmascarado el problema de la responsabilidad por deudas que no nos queda más remedio que echar mano de él y traerle al primer plano que en justicia le corresponde.

4. Todo el Considerando cuarto es un «plus», innecesario, mero *obiter dictum*, después de todo lo expuesto.

La afirmación relativa al legado de cosa determinada y los gastos de entrega es obvia, conforme al artículo 886 del C.c.

Las restantes afirmaciones relativas al legado de parte alícuota son tan interesantes como excesivas:

- «Su contenido es la mitad del repetido remanente»: hemos visto que no está demasiado claro;
- «No se gobierna por las normas del legado de cosa específica»: es ello evidente; éste es el quid: su régimen específico;
- «Constituye una figura intermedia...»: calificación y comparación absolutamente erróneas e inexactas (314);
- «Equiparados a efectos de responsabilidad...»: tampoco es exacto, según antes expuse más arriba.

El T.S. llega así a un resultado correcto y justo, a través de una serie de razonamientos elípticos: adoptada una decisión, hay que buscarle los cauces legales y doctrinales adecuados. Aquí el dato inicial es la «atribución de bienes indeterminada», con la necesaria partición, que implica los gastos consecuentes: *ergo* el interesado en ella, debe pagar. Esta es, en síntesis, toda la sustancia de la cuestión.

5. Este Considerando quinto demuestra, una vez más, cómo el artículo 1.064 era el decisorio y viene a ser una consecuencia de su aplicación al concreto supuesto de hecho. Quizá su lugar adecuado habría sido en el Considerando tercero.

10.^a SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1956.

— Hechos:

1. La gran peculiaridad de este litigio reside en que el otorgamiento del testamento, en 1911, no era el hecho básico y trascendental. De él podemos decir que dispone: un legado parciario del usufructo del tercio libre, con cláusula de sustitución, y una institución de herederos con cláusula de sustitución.

Las dos cláusulas de sustitución tuvieron plena aplicación.

Había una evidente preterición del cónyuge.

Y se desprendía de él una cierta situación irregular o anomalía, reveladores de la «patología» del estado concreto del matrimonio: síntomas confirmados con la lectura de todo el supuesto de hecho.

2. Este hecho inicial, *sustrato sustantivo*, aparece no obstante desfigurado por el cúmulo de circunstancias curiosas que se dieron en el caso. A los efectos puramente sucesorios, había que ligar el testamento con los posibles interesados en la sucesión (315). A los efectos exclusivamente familiares, la conexión era la vital: las relaciones con doña E. Hernández (la demandante). A los efectos del derecho de obligaciones se superponía la serie de hechos y docu-

(314) Véase mi comentario precedente a sentencia de 16 de octubre de 1940.

(315) O sea, lo expuesto en el epígrafe 4 de los antecedentes.

mentos relevantes acaecidos (316). A los efectos de *la propiedad* y su posterior reivindicación, se imponía la evidencia de un pleito anterior entre casi los mismos interesados.

Precisamente esta descripción cualificada y escalonada de circunstancias coincidentes me ha sugerido el orden a tratar y seguir en estos comentarios.

3. Los *efectos sucesorios*, tras esta serie de sucesos, no dependían ya del solo testamento. Era una medida interesante y oportuna la tramitación del juicio de testamentaria, con lo que de entrada se aclaraban varios puntos dudosos: puntos como el de si doña E. Hernández era o no acreedora legítima de la herencia era uno de los nudos gordianos del supuesto. La desestimación de tal pretensión le privaba, *de facto*, de la legitimación necesaria a los efectos puramente sucesorios. El reconocimiento de los derechos sucesorios de la viuda supone, *ex re ipsa*, que la separación judicial se decretó basada en la culpa del marido.

4. El tema de *las relaciones de tipo personal* entre el causante y doña E. Hernández, vidrioso y de delicado comentario, es, por otra parte, de difícil matización y configuración. Pensemos en que tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia no andan demasiado sobrados de aportaciones inteligentes y realistas en esta difícil parcela de las relaciones «pseudom matrimoniales» (317). No distingo aquí entre las propiamente tales y las adulterinas. Lo fundamental, lo importante, es no cruzarse de brazos y dejar inatendidas una serie de cuestiones que de tales relaciones derivan y que demandan solución concreta en cada caso (318).

En nuestro supuesto de hecho había una evidente conexión de unas relaciones de difícil calificación con los documentos dejados por el causante a su muerte (319). Quizá si la actora no hubiera estado vinculada al causante por el nexo que de largos años de convivencia se desprende, la solución dada a sus pretensiones, derivadas de tales documentos, habría sido muy otra. Pero esta distinción sutil, y la aplicación al caso de autos de los principios rectores de la ilicitud *ob turpem causam*, perfectamente legal, temo que no era rigurosamente justa (320).

Personalmente opino que la situación de doña E. Hernández habría variado totalmente de signo si hubiera podido aducir su posición de cónyuge del causante: éste pudo, al amparo de la Ley de 1932, de Divorcio, haber contraído nuevo matrimonio. El caso es que no lo hizo y que, en consecuencia, la posición de la actora era bastante delicada y poco firme.

Sin embargo, existía una serie de datos importantes: una comunidad de vida o cohabitación a lo largo de quince años (de 1921 a 1936), situación estable y pública: y sin otros datos que los deducidos del pleito. Que el *origen* de esta situación fuera o no la «protección» solicitada por la señora Hernández creo es poco importante.

(316) Véase su exposición en el epígrafe 2 de los antecedentes.

(317) Constituye una notable excepción el interesante estudio de PUIG PEÑA, *Las uniones maritales de hecho*, en «R. D. P.», 1949. Véase también *El concubinato en el Derecho civil francés*, de GARCÍA CANTERO.

(318) Su mayor o menor frecuencia no es lo principal, sino su existencia, su realidad: Rec., por ejemplo, las «tapadas» de nuestro Siglo de Oro: ¿dejaban de existir por ser ilícitas relaciones?

(319) Véase epígrafe 2 de los antecedentes.

(320) Rec. la frase de BIONDI: «Lo absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto».

Consecuencias de tal situación: unas conocidas y otras previsibles. Entre las conocidas: retención de pensiones de orfandad por el causante, gastos diarios de consumo, vivienda común. Entre las previsibles: relaciones con los proveedores del falso hogar, donaciones, adquisiciones de bienes.

De todas estas consecuencias tan sólo algunas fueron tratadas por los tribunales, pero solamente la existencia de estos problemas—desgraciadamente no son infrecuentes en las grandes ciudades—debiera hacernos meditar y así tratar de buscar adecuado remedio a cada cuestión. No basta con el arbitrio judicial, que poco puede hacer ante un concreto caso si carece de criterios orientadores o si éstos no son suficientes por su rigorismo legalista y apriorístico.

En el caso de autos, pese a todo, tanto en primera como en segunda instancia, el Juez había reconocido la *retención* de las pensiones de orfandad de la actora por el causante. A este hecho podía aplicarse toda una serie de teorías o principios: relación de comodato, mandato tácito, sociedad de hecho, enriquecimiento injusto, equidad... Lo que era obvio es que la herencia del causante no podía ni debía estar integrada en una parte por las pensiones de esos quince años: era lo justo.

Pero el que no se tocaren otros puntos no implica que los demás apuntados no fueran interesantes.

5. En este lugar paso a analizar el contenido de los documentos dejados por el causante, expuestos en el epígrafe 2 de los antecedentes del litigio:

a) El de 5 de febrero de 1936: Es curioso que se le cite en la sentencia y no se vuelva a ocupar nadie de él. Parece claro que se trata de un reconocimiento de deuda a favor de los hermanos del causante. Esto es esencial y esto es lo que quizá vio el juzgador.

Ahora bien, al ser citado este documento en el otro, fechado el 16 de enero de 1937, día de la muerte del causante, hace que mi comentario no pueda ser más breve. Veamos la expresión utilizada: «... juzgo se dé cumplimiento a los encargos de... y de mis hermanos...»

En la interpretación de esta frase hay que atender, por supuesto, a los distintos cánones hermenéuticos y, fundamentalmente, al contexto de todo el documento. Ello, y la expresión plural [«encargos»] hace que lo deje para el estudio global de dicho tercer documento de 16 de enero de 1937.

b) El de 16 de noviembre de 1936: Este había originado un litigio anterior, quizá en base a un deficiente *petitum* por parte de la actora: ¿*quid* si la demanda la hubiera fundado en el hecho del reconocimiento de deuda, sin más, en lugar de recurrir a la siempre difícil reivindicación?

Lo fundamental de este documento es el reconocimiento de deuda que contiene. Y al ser citado también en el de 16 de enero de 1937 como «encargos», impone el estudio de dicho último documento.

c) El de 16 de enero de 1937: Básicamente, todo documento que se firma horas antes de morir es *mortis causa*, tanto en un sentido amplio como en el estricto de esta expresión. Presumiblemente, debe considerarse como un propio testamento (321). Pero ¿podemos considerarlo como tal testamento? Veamos si es o no ello posible: Si reúne o no los presupuestos sustantivos que el testamento ológrafo requiere; si su contenido es adecuado a su forma; si la

(321) Así, se habla de testamento «espiritual», «político», «literario», etc., en circunstancias tales como la citada.

remisión que la cláusula final impone sugiere un testamento *per relationem* y sus consecuencias; valor de la cláusula final. Los trato separadamente:

- a') SI PUEDE SER Y VALER COMO TESTAMENTO OLÓGRAFO.—El testamento, por esencia, es un negocio jurídico solemne. Pero es muy fácil confundir en esta materia las nociones de FORMA y de PRUEBA: hay formas de «ser» necesarias para la *existencia* del negocio y formas de «valer» necesarias para la *subsistencia* del negocio. Estas formas de valer son las relacionadas con la prueba.

En todo testamento ológrafo, bajo la capa de la «forma», hay una doble problemática: de un lado, lo relativo a la documentación de la declaración de voluntad; de otro, los requisitos que para su validez debe reunir. De los requisitos que el C.c., en su artículo 688, exige nos interesan aquí los relativos al lenguaje, lugar y fecha, y firma. Estos requisitos son formas de «ser» de este testamento que, además, pueden servir como forma de «valer».

Estos requisitos de escritura (o lenguaje: con la autoría o autografía total, resultado deseado, medio empleado y recipiente), expresión del lugar y año, mes y día del otorgamiento, y la firma, me parecen cumplidos *prima facie*.

Pero, como tales «formas», su función está dirigida a la actuación en el tráfico: es decir, no son en sí medios de prueba. Pueden, no obstante, hacer las veces de medios de prueba: pero entonces probarían no por ser medios de «persuasión», sino simplemente por «ser», o sea, como tales formas (322).

En consecuencia, estimo cumplidas las formas de «ser» constitutivas del testamento ológrafo. Quizá le faltaban todas las formas instrumentales de adverbación, etc.; pero ello era aparte, sería ya un «plus» para la eficacia, una forma de «valer», no constitutiva, sino instrumental.

- b') CONTENIDO DE TAL TESTAMENTO.—Aparentemente, hay que partir de la base de que todo testamento implica un negocio jurídico patrimonial y de que toda cláusula no patrimonial como contenido *único* hace dudar de si hay o no un propio testamento.

Sin embargo, en nuestro Derecho es común la opinión de que no hay un absoluto rigor conceptual en la calificación de si hay o no testamento con cláusulas no patrimoniales como contenido *único*: el concepto español del testamento es de alcance elástico.

En el caso que comentamos tendríamos, por tanto, dos declaraciones como contenido *único* de tal testamento: la primera, no dispositiva, y la segunda dispositiva patrimonial. La *primera* vendría a ser un testimonio del causante acerca de la causa de su muerte, o sea, una declaración de verdad acerca de un hecho jurídico. La *segunda*, una declaración de voluntad tendente a dar validez a dos reconocimientos de deuda.

Ambas declaraciones vendrían así a tener un contenido sucesorio «indirecto», integrándose en tal documento (o testamento) por el afán de manifestarse en una ocasión que podía ser la última (323).

(322) Véase para todos estos puntos: *Negocio jurídico y documento*, de GONZÁLEZ PALOMINO, en «Conferencias del Colegio Notarial de Valencia», 1950.

(323) Véase sobre todo ello: GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico del testamento*, Milán, 1954, y la recensión de la «R. D. Not.», 1954.

c) **SI ES UN TESTAMENTO «PER RELATIONEM».**—Creo que estamos en presencia de un verdadero testamento que, por las distintas actuaciones posteriores, habían convalidado los herederos. No cabe, en efecto, apoyarse en él para dar cumplimiento al «encargo» relativo a los hermanos (uno de ellos la legataria), y, por otra parte, negar su validez en cuanto a lo dispuesto relativo a doña E. Hernández. Parece que tal actitud implicaría un *venire contra factum*, bien propiamente tal, bien encuadrable en la teoría general de la confirmación tácita.

Siendo tal testamento, se nos presentan dos cuestiones: la primera, determinar si existía aquí mi propio testamento *per relationem* (la solución no es fácil: v. sobre ello, Díez PICAZO, «Lecciones...» IV, Sucesiones, p. 227); la segunda, relativa a su compatibilidad o no con el testamento precedente de 1911, o sea, si había una revocación de éste (324). La interpretación tradicional del artículo 739-1.º llevaría a entender la revocación total del testamento de 1911. La doctrina moderna no piensa lo mismo: hay una atenuación obvia de este principio de la revocación, como ha determinado Díez-PICAZO (325), y ello es patente en el caso de un *segundo* testamento de contenido no patrimonial o si ambos son puramente compatibles. Creo que, en nuestro supuesto, bien se entienda que no había tal contenido patrimonial, bien partiendo de la compatibilidad, se llega a idéntica solución contraria a la revocación. A esta misma solución se llega siguiendo las ideas directrices de PASTOR RIDRUEJO y de ESCRIVÁ DE ROMANÍ (326): la *ratio* del 739 es intencional, pues el precepto es dispositivo; cabe una declaración conservadora tácita en contra de la presunción del 739, que sólo es *iuris tantum*; existe una declaración conservadora tácita en los testamentos complementarios o en los no patrimoniales que sean posteriores.

Podemos concluir, pues, que el documento que analizamos era un segundo testamento compatible con el de 1911 y que había sido convalidado por algunos de los interesados; testamento que era *per relationem*, o sea, un solo testamento integrado con elementos extraños traños a él (así, Díez PICAZO).

d) **VALOR DE LA CLÁUSULA FINAL.**—El estudio de ella lleva implícito el de los dos respectivos documentos relativos a tales «deudas», señalados antes en los apartados a) y b) de este mismo epígrafe.

En principio podría dudarse de si nos encontramos ante un modo o un legado (327). Creo que nos debemos inclinar en favor de la última solución: primero, por los términos literales y categóricos del disponente («juugo se dé cumplimiento...»), y, además, por el propio contexto y la interpretación lógica y sistemática del documento.

En efecto, vimos antes que se trataba, en este inciso final, de una declaración de voluntad patrimonial *atípica*. Ello planteaba el problema *previo* de si hay en tal declaración una simple confesión o de

(324) Véase Díez-PICAZO, *La pluralidad de testamentos*, «R. D. Not.», enero-marzo 1960, págs 7 y sigs., y en «Lecciones», IV, Sucesiones, págs. 237 y siguientes; PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento*, 1964.

(325) Op. ult. cit.

(326) Véase en Estudios del Centenario de la Ley del Notariado, 1962: *Las cláusulas instrumentales confirmatorias, derogatorias o modificativas de las normas de Derecho dispositivo*, en especial, pág 163.

(327) Rec. el estudio de LÓPEZ VILAS, antes citado.

si es una propia disposición de bienes con causa onerosa identificable con un legado (328). Ha demostrado F. PASTOR cómo en todo reconocimiento de deuda testamentaria se interpretó en nuestro antiguo Derecho como un legado «conjetural»: *ex tacita mente defuncti*. Su valor como legado se apoya en la sola conjetura de la voluntad del testador, para la cual basta la confesión simple. Tal reconocimiento se caracteriza por ser una disposición ambivalente de marcado carácter dispositivo: como consecuencia de ello, conserva siempre cierto matiz probatorio. La disyunción o ambivalencia de esta cláusula se resuelve en favor de legado o de deuda, según sea falsa o cierta la causa alegada.

Aplicando a nuestro supuesto de hecho estas ideas de PASTOR y el artículo 767, nos encontramos con que el causante no tuvo una idea clara de la «causa» de tal declaración dispositiva, siendo ésta determinada por razones o motivos difíciles de precisar, pero rastreables. Parece, por tanto, que lo prudente es concluir que la «causa final» de tal disposición era de carácter subjetivo y que admite la prueba conjetural.

Aunque la causa de tales reconocimientos fuera falsa, ello no afectaría a éstos (arg. arts. 767 y 873, C.c.). Solamente les afectaría en lo tocante a los derechos de los legitimarios. Como mínimo habría que atribuirle un valor probatorio «indiciario» o de comienzo de prueba por escrito.

Entiendo que la aplicación al «encargo» de los hermanos es perfectamente posible y no plantea excesivos problemas. Otra cosa es su aplicación al «encargo» de doña E. Hernández: pero, aparte del valor «indiciario», hay que considerar que es muy posible y lícito obtener efectos peculiares de un tal reconocimiento, que puede obedecer a la justificación moral de la propia conducta del testador (329). Entiende PASTOR que mediante un reconocimiento tal puede darse cumplimiento adecuado a las obligaciones de conciencia del testador: la declaración del testador convierte una obligación natural preexistente en una obligación civil. El documento viene a ser—en nuestro caso concreto—un vehículo puramente formal de la disposición. Es una manifestación más de la eficacia ambivalente del reconocimiento.

6. De las distintas actuaciones procesales me interesa señalar aquí la contraposición entre las sentencias de la primera y la segunda instancia. De un lado, hay absoluta identidad entre ambas en orden a los sujetos demandados y su posición respecto a la sentencia dictada: condena al heredero y a la viuda (heredera forzosa) y absolución de la legataria de parte alicuota. De otro lado, es distinta la condena en una y otra instancia: más ajustada a la equidad y a las consideraciones precedentes creo es la del Juez de Primera Instancia.

7. El recurso de casación tiene una desmesurada extensión. Su fallo principal radica en la subordinación al *petitum* de la demanda. Hay alegaciones difícilmente viables.

— El motivo primero es, técnicamente, poco correcto. Fuerza la argumentación en base a que la hermana del causante era heredera y no legataria; lo

(328) Véase PASTOR RÍDRUEJO, *Reconocimiento y legado de deuda*, en el volumen de Estudios-Homenaje al profesor Serrano, págs. 707 y sigs.

(329) Véase PASTOR, op. ult. cit. y su referencia al caso de la concubina.

que es difícil de demostrar, ni siquiera con los cánones hermenéuticos más modernos.

— El motivo segundo hubiera podido dar más de sí. El tema de la cosa juzgada es, *per se*, suficientemente interesante (330). Nos referimos aquí a la cosa juzgada *material*, a la inatacabilidad absoluta en un proceso ulterior de una sentencia firme.

Se trata de una figura de *Derecho procesal*, no de *Derecho material*: opera porque—al margen de la transformación de la situación jurídico material existente antes de la decisión del proceso—hace surgir una especial eficacia procesal antes inexistente. Su *significación* es exclusivamente procesal: no es una noción metafísica, ni siquiera metajudicial; viene a ser una de tantas concesiones como la justicia hace a la seguridad jurídica para una mejor obtención del bien común. En suma, es un efecto «necesario» del proceso, pues que la pretensión queda objetivamente satisfecha, tanto si se estima como si no.

Hechas estas consideraciones, tomadas del magisterio de GUASP, parece conveniente que nos adentremos en las alegaciones de la recurrente. En principio me parece que en el recurso se confunde lo que es el *contenido* [límites] de la cosa juzgada con los *requisitos* o presupuestos de la misma: una cosa son los presupuestos y otra los límites (teoría de las tres entidades) de la cosa juzgada. En el recurso sólo se trata de estos últimos y no de los presupuestos; los *presupuestos* son: un proceso previo no excluido expresamente de los efectos de la cosa juzgada material, un fallo que recaiga de un modo efectivo sobre el fondo del litigio (que examine la pretensión en cuanto a sus últimos fundamentos) y una decisión firme no susceptible de impugnación. Estimo que de estos tres requisitos la recurrente podía haber hecho hincapié en el segundo: más concretamente, si la sentencia del T. S. de 1942 había precisado todos y cada uno de los fundamentos de la pretensión deducida por la señora Hernández, en la que demandó la entrega de los valores depositados en la Caja número 995.

En el recurso, sin embargo, se hacía un mero análisis del *contenido* de la cosa juzgada en sus aspectos subjetivo y objetivo. En su aspecto *subjetivo*, la cosa juzgada exige la identidad de sujetos; y tal identidad impone que sea tanto física como jurídica (idéntica calidad jurídica entre las partes de uno y otro proceso). Quizá en este punto incidiera en un error el recurso, ya que muchas veces se atenúa o elimina el requisito de la identidad subjetiva y basta tan sólo con la identidad jurídica, sin identidad física.

El aspecto *objetivo* de la cosa juzgada sí aparece bien analizado en el recurso. La identidad objetiva impone una idéntica pretensión en cada proceso; y tal pretensión comporta, a su vez, tres elementos diferenciadores: sujetos, objeto y título o *causa petendi*. La identidad de pretensiones, clave esencial de la identidad objetiva de los procesos, exige la identidad de los FUNDAMENTOS DE DERECHO en virtud de los cuales se litiga. Atendiendo a estas ideas me parece cuando menos cuestionable la identidad objetiva de la cosa juzgada en el caso de autos.

Finalmente, la cosa juzgada impone un *previo proceso* que sea esto mismo: un verdadero proceso. Es difícil precisar si las actuaciones previas ante el llamado «Comité de Cajas Expoliadas», según el procedimiento señalado por Decreto de 7 de agosto de 1939, determinaban en las restantes actuaciones

(330) GUASP, *Derecho procesal civil*, 1956, págs. 594 y sigs.

—ya ante la jurisdicción ordinaria—una especialidad en el proceso. Porque conviene aquí resaltar que en los procesos llamados «especiales» la producción de los efectos de cosa juzgada no es segura. Apunto este dato sin entrar en detalles (331).

— El motivo tercero, quizá obedeciendo al *petitum* de la demanda, radica en el hecho de la reivindicación. Ya he expuesto cómo ésta impone una difícil prueba, que probablemente podía haberse obviado acudiendo al más seguro fundamento de derecho (o *causa petendi*) del reconocimiento de deuda. Entonces, no es que los herederos no puedan impugnar tal reconocimiento por implicar un *venire contra factum* del causante, sino que al aceptar y poner en ejecución el otro reconocimiento (en favor de los hermanos) *implicitamente* aceptaban el hecho a favor de la recurrente señora Hernández: bien como confirmación tácita, bien como actos propios de los mismos herederos.

— El motivo cuarto se refiere a la prueba de presunciones, materia ésta poco estudiada por nuestra doctrina. De los hechos probados en el pleito podían deducirse indicios, a mi modo de ver. Evidentemente, aun con causa inexistente o ilícita, la solución de la Audiencia—y luego del T.S.—quizá era la legal, pero no la equitativa. Aquí cabría volver a aludir a la «falsa causa» del 767 del C.c. y al valor ambivalente y al carácter probatorio indiciario de un reconocimiento tal de deuda.

— El motivo quinto se refiere a que el documento de 16 de noviembre de 1936 contenía un testamento ológrafo. Quizá de haberse referido solamente al de 16 de enero de 1937, día de la muerte del causante—con su remisión al otro documento—la cosa hubiera variado de enfoque. Ya hemos tocado estos puntos anteriormente.

— El motivo sexto alude a una supuesta donación—en tal documento de 16 de noviembre de 1936—. Siempre es difícil probar una donación y más si hay encubierta o se sospecha una causa ilícita. Mejor habría sido apuntar hacia el reconocimiento de deuda con *valor* de legado. En orden a la aceptación de la donación, aunque entiendo que no es «sacramental» el término, sí me parece discutible que la aceptación esté *implicita* en toda reclamación.

— Los restantes motivos carecen de especial interés.

— Sentencia del Tribunal Supremo (332):

El T.S. rechaza el recurso y conduce a una solución que entiendo era justa. Las distintas alegaciones son correctas. Lo único discutible es probablemente la importancia concedida al motivo primero del recurso y las afirmaciones excesivamente generalizadoras del Considerando segundo.

A mi modesto entender, los temas básicos de este supuesto de hecho han sido completamente ignorados en la sentencia del T.S. Tan sólo algunos de ellos, y no determinantes, han sido aludidos con varia fortuna.

Parece que los *puntos básicos* del litigio fueron: 1.º relaciones entre causante y actora, y consecuencias; 2.º eficacia jurídica del documento de 16 de enero de 1937; 3.º valor de la remisión de su cláusula final a los docu-

(331) Véase para este y otros puntos de los expuestos la obra de GUASP citada.

(332) Véase el interesante comentario de A. IPIENS LLORCA en «A. D. O.», IX-III.

mentos precedentes; 4.º) valor del reconocimiento de deuda contenido en el documento de 16 de noviembre de 1936; 5.º) aplicabilidad o no de la cosa juzgada derivada del proceso previo (a continuación del trámite ante el «Comité de Cajas Expoliadas»).

De todos estos puntos básicos me ocupé anteriormente y no insisto en ellos. No creo que el tema del legado de parte alicuota fuera la *ratio decidendi* del pleito, a la vista de todo lo expuesto.

Finalizo con unas breves consideraciones relativas a las afirmaciones del T.S.:

— El Considerando segundo viene a ser un *obiter dictum*, un «pius» a la serie de razonamientos decisivos, pero no es el determinante de la decisión, ni el excluyente de otras razones. El problema planteado en el primer motivo del recurso se resolvía con una simple aplicación de los medios hermenéuticos disponibles; y del propio testamento de 1911 se deduce la existencia de unos herederos instituidos (y con cláusula de sustitución) y de unas legatarias (también con cláusula de sustitución). Todo lo demás que se diga es a mayor abundamiento.

Es correcta la distinción entre legado parciario propio y legado de usufructo (asimismo legado parciario) y la matización de tal disposición como propio legado.

Pero creo excesivas las consideraciones restantes: se vuelve a aludir a la «posibilidad» de construir la figura del legado parciario cuando no es ésta la cuestión, sino la normativa específica aplicable al mismo; se da por sentado e indiscutible que la atribución de la cualidad de heredero lleva consigo una responsabilidad *ultra vires*, lo que no es pacífico afirmar; se trae a colación de nuevo la sentencia de 16 de octubre de 1940, cuando lo lógico era referirse a la de 11 de enero de 1950, que *técnicamente* se refería también a un legado parciario de usufructo.

— En el Considerando tercero hay afirmaciones ciertas y otras que no lo son tanto. Presumiblemente podría defenderse la existencia de la cosa juzgada, pero hay puntos muy cuestionables: no está muy claro que fuera «una misma la causa de pedir y uno solo el objeto de los pleitos», si se observa con detalle el *petitum* de la demanda en nuestro caso.

— El Considerando sexto alude timidamente al problema del testamento ológrafo, si bien referido al documento de 16 de noviembre de 1936. Lo que no es correcto es identificar los requisitos inexcusables *para que exista* testamento ológrafo y los relativos a su adveración: la afirmación de que «no es posible tener como última voluntad del finado lo que expresan tales documentos sin que se cumplan tales inexcusables requisitos», además de demasiado vaga, ¿a qué requisitos hay que referirla, a los de «ser» o a los de «valer»? Bien es verdad que el inciso final es un portillo abierto, por si acaso, quizá por no estar muy seguro el T.S. de tales afirmaciones.

— Comentario final.

Como siempre, el T. S. lleva a un resultado objetivamente justo, aunque a través de una serie de razonamientos no demasiado correctos.

Lo importante en este caso habría sido solucionar una serie de puntos trascendentes, que fueron marginados en aras de una solución más fácil y sin excesivos rodeos.

11.ª SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1963.

— Hechos:

Aquí el punto trascendental es el otorgamiento de testamento en 1955 por doña V. Moral, y en especial la debatida cláusula décima del mismo. Pero quizá sea conveniente jalonar los hechos precedentes con algunas breves notas.

1. El *antecedente básico* en este litigio lo forma un sustrato familiar. Conviene tener presente que la peculiar organización del grupo familiar navarro determina una interdependencia, una trabazón íntima tal entre las instituciones familiares y sucesorias, que no cabe el estudio separado y desconectado de las demás de una cualquiera de tales instituciones.

Tan excesivas me parecen las ideas «foralizadoras» del Derecho común como las contrarias «unificadoras» de todos los Derechos hispánicos. Tanto una como otra posición inciden en una fácil confusión, que es un grave error de lógica: el sofisma de falsa generalización. Lo que puede ser bueno en Extremadura o Córdoba, por ejemplo, puede ser de difícil aplicación en Orense, Alava o Mallorca. En todo caso, en cualquier supuesto, hay que ir siempre a las ideas inspiradoras de la institución y del sistema: bien del derecho castellano, bien de los derechos forales. Entonces la *idea directriz* del sistema, si es región foral, habrá que encuadrarla en el eje de coordenadas que nos viene dado por aquel nexo de que antes hablé entre lo familiar y lo sucesorio.

En el caso de autos difícilmente podría entenderse el porqué y el cómo de algunos hechos si no tenemos en cuenta aquellas ideas matrices informantes del sistema foral navarro. Primordialmente, el *principio básico del régimen familiar* es el de la unidad de la casa y la permanencia de la familia: así se establece, como tal «principio fundamental», en la Ley 161 del Proyecto de Fuero Recopilado (333).

Es a la vista de este principio como debe entenderse el otorgamiento de capitulaciones, el testamento de hermandad, la donación en concepto de legítima y el testamento último de 1955.

a) De la escritura de capitulaciones interesa destacar la cláusula cuarta. Parece que, en principio, se trata de un heredamiento. Esto, sin embargo, es la apariencia. En realidad, como señala AIZPÚN-TUERO (334), la facultad o poder testatorio otorgado al cónyuge sobreviviente donatario implica un llamamiento sucesorio, sin más. Pero esta posibilidad de llamar a uno de los hijos se refiere EXCLUSIVAMENTE a los bienes donados *propter-nuptias* en las capitulaciones matrimoniales: este dato es muy importante. No parece necesario insistir en que el donatario al que se atribuye tal facultad de designar heredero tiene amplísimos poderes de disposición: tales llamamientos futuros no implican prohibición de disponer a título oneroso (así, en la misma cláusula capitular; y ley 177 del Proyecto de Fuero Recopilado). La dificultad de si podría disponer *mortis causa* no es tal en el caso de autos, ya que tal facultad se le atribuye de manera expresa.

(333) Véase CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, 1960, 8.ª ed., págs. 602 y sigs.

(334) Véase *El pacto sucesorio en el Derecho civil navarro*, en «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, págs. 159 y sigs.

Una consecuencia clara se desprende de todo ello: que la designación de sucesor sólo podría hacerse respecto de los bienes DONADOS *propter nuptias*. En cuanto a los bienes CONQUISTADOS (gananciales) la solución no es tan clara. La cláusula sexta decía que «la parte del que no disponga estará sujeta a la condición cuarta, en cuya condición se hace llamamiento a los hijos de los desposados...». La interpretación racional de este apartado, de acuerdo con el sentido foral tradicional, la técnica de los gananciales y todo el contexto del documento parece inducir a la solución de que el llamamiento aquí era PLURAL, sin esa facultad de designar sucesor único en tales bienes.

b) Del testamento de hermandad poco cabe decir. Que esta variante del testamento mancomunado referida a los cónyuges, válida en Aragón y Navarra y prohibida en el resto de España, es una distinción falta de toda lógica y realismo. Sabido es que el Derecho no es tan sólo lo que se legisla, sino lo que se vive en la realidad; y la realidad es que en un noventa por ciento de los casos acuden ambos esposos al Notario para disponer «del uno para el otro»: la prohibición *material* de un testamento único mancomunado no impide la realidad de dos testamentos abiertos, que son «un» testamento mancomunado «formal». La práctica de las regiones forales y la experiencia de los años transcurridos bien podrían conducir a derogar tal prohibición en orden a los esposos. Ignorar la realidad de cada día, que el Notario bien conoce, viene a ser la política del avestruz, pero no una adecuada política jurídica moderna.

c) La donación en concepto de legítima (y «a cuenta» de la parte de herencia correspondiente): tiene su raíz precisamente en la facultad derivada de los capítulos matrimoniales. Pero en Navarra, prácticamente, ello equivale a un verdadero «apartamiento» (335) de uno de los hijos; en definitiva, se trata de la asignación de la legítima individual ficticia al hijo.

Esta donación de 1954 me parece *el eje directriz* para una mejor comprensión del testamento de 1955. Plantea numerosos problemas, que conviene al menos apuntar:

- 1) Si tal donación implicaba un «apartamiento» de don S.: presumiblemente esa era la intención; aunque no tenemos más datos que los propuestos y no son suficientes.
- 2) Si la regionalidad navarra comportaba una diversidad respecto de las normas de protección de las legítimas y de las normas sobre colación: tal diversidad me parece incuestionable, sobre todo habida cuenta de que la legítima foral navarra es ficticia y carece de contenido patrimonial. Y en orden a la colación, las dudas doctrinales las ha resuelto el Proyecto de Fuero Recopilado, pero en sentido muy restrictivo (leyes 296 a 300). Lo que me parece seguro es que se aplicarán las normas del C.c. sobre COMPUTACIÓN, a efectos del cálculo de legítimas.
- 3) Valor de la expresión «se colacionarán los bienes donados en la herencia del último de los padres». Parece que el sentido de la palabra «colacionar» fue el gramatical [llevar a cuenta] y no el técnico jurí-

(335) Véase *El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho civil de Vizcaya*, de ESJAVIERRIA, Bilbao, 1959.

dico (336); porque la colación propia corresponde a las operaciones de partición hereditaria, a modo de «antepartición», anterior incluso a la comunidad hereditaria, consistente en una reestructuración de las cuotas hereditarias (337). Creo que la utilización del sentido *gramatical* del término nos lleva, *ex re ipsa*, a la idea de computación, latente en los donantes, a efectos de protección de las legítimas de los demás hijos; aunque, a mi modo de ver, innecesaria, con el artículo 818 del C.c., que determina la computación de todas las liberalidades.

Se trata, en suma, de tener en cuenta todos los actos entre vivos a título gratuito para formar la base de cálculo de los derechos legítimos.

- 4) Momento en que debe realizarse la valoración de los bienes donados a efectos de su computación; el valor del *donatum* se determina en la fecha de la donación (arg. art. 654 C.c.); y el valor del *relictum* y la oficiosidad de lo donado se determinan en la fecha de la muerte del causante (arg. art. 818 C.c.).

A estas ideas hay que contraponer la dicción de la propia escritura: «... valor de los bienes en el momento del fallecimiento del último de los donantes, pero refiriéndolo al estado actual y destino de dichos bienes». Parece lógico que, siendo supletorio en Navarra el Derecho Romano, operase en este punto la consideración tradicional de la legítima romana como límite *cuantitativo* del cumplimiento del *officium pietatis* del causante y se refiriese el juicio de oficiosidad de la donación al momento de la donación. Al adoptarse en la escritura, prácticamente, la solución germánica, ello equivale a considerar los bienes donados como formando parte de la herencia; y la consecuencia es configurar la colación posterior como *in natura*. Quizá sería dable pensar en que esta «imposición» de los donantes venía a dar lugar a la que se ha llamado colación «voluntaria» (338) por la doctrina.

En todo caso creo necesario puntualizar: que tal donación es irrevocable; que su computación es ineludible, y debe valorarse en la fecha de la donación; que la posible colación «voluntaria» futura vendría a ser una modalidad especial que incidiría en la partición, siempre que existiera acuerdo de todos los herederos.

- 5) IMPUTACIÓN de esta donación: En su sentido jurídico más *estricto* es aplicada a la verificada a la cuenta de la legítima (Derecho Romano); y en sentido *amplio* se refiere lo mismo a la legítima individual que a la mejora o a la parte libre (C.c.). Parece normal entender aquí aplicable esta segunda noción, ya que se trata de encasillarla en la cuenta

(336) Véase VALLET: *Imputación de legados a favor de legitimarios*, «R. D. P.», 1948, pág. 315; *Atribución de la legítima por acto entre vivos*, «A. D. C.», 1954, y en la separata *Apuntes de Derecho sucesorio*, III, págs. 305 y sigs.; *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo*, Instituto de Derecho Comparado, Serie D., 1955; *La mejora tácita*, Madrid, 1954, págs. 97 y sigs. Véase también Roca SASTRE, Notas a KIPP, II, págs. 298 y 57 y sigs.; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Parte general, páginas 567 y 572 y sigs.; DE LOS MOZOS, *La colación*, 1965.

(337) Véase DE LOS MOZOS, op. ult. cit., págs. 198 y sigs., en el sentido expuesto.

(338) Así, DE LOS MOZOS, op. ult. cit., págs. 284 y sigs.

correspondiente del haber partible e independientemente de que exista o no reclamación por parte de los legitimarios.

La norma genérica nos la da el artículo 819-1.º C.c.: tal donación se imputará a la legítima del hijo S. No existe hoy la distinción de nuestro antiguo Derecho entre donaciones simples y donaciones *ob causam*, por lo que ninguna donación se considera mejora si el donante no declaró expresamente su voluntad de mejorar. ¿*Quid* si hubo un exceso del *donatum* respecto de la legítima individual de don S.? Me remito a las magistrales consideraciones de VALLET (339).

d) Parecidas consideraciones a las expuestas podrían aplicarse a la donación de 1947 a don V.

2. No en sentido de antecedente, pero sí de *presupuesto* condicionante, hay que aludir ahora al amplísimo *PODER* que la causante otorgó a favor de su hijo F. (luego instituido heredero).

La primera consideración que se nos ofrece es que si se hace un uso discrecional y frecuente de un poder tal, puede producirse ya en vida la liquidación del patrimonio hereditario, lo que equivaldría a dejar sin efecto las normas sucesorias (en este caso el testamento). Este problema, poco tratado en nuestro Derecho, merecería algún estudio detenido; solamente se contiene una alusión a él en la obra de PUIG BRUAT (340).

La segunda consideración es que si un poder tal contiene facultades dispositivas y en la práctica el poderdante no exige rendición de cuentas, todos los efectos de las actuaciones del apoderado habría que centrarlos en el *problema* de si mediante tales actos se infringen o no las normas de protección de las legítimas. Este poder o mandato representativo tiene una causa gratuita (341), lo que se traduce en la peculiar fragilidad de los derechos y obligaciones nacidos de un negocio tal; quedan subordinados, nos dice DE CASTRO, a los derechos de los legitimarios, para cuya salvaguardia se les colaciona.

De la consideración precedente, de lo cuestionable del supuesto, se pasa por deducción al terreno de la realidad social; y en la realidad social el nombramiento de apoderado-administrador con relevación de rendir cuentas comporta normalmente un fin de donar. Viene así a encuadrarse en la amplia gama de los *negocios indirectos* (342), con su cuestión fundamental de la justificación jurídica y del alcance de la relevancia de la finalidad práctica perseguida con el negocio. Parece evidente que los *finés* indirectos o motivos del negocio o son relevantes jurídicamente, y con ello se transforman en causa, o no son relevantes, con lo que no pueden originar una nueva figura de negocio; este dilema, nos dice DE CASTRO, pone de manifiesto lo arbitrario de la figura. Para tratar de conseguir el resultado previsto por el negocio, se propone, por los partidarios de tal figura, romper el concepto de causa dis-

(339) Véase *Apuntes*, cit., III, 12, G), págs. 511 y sigs.

(340) Véase *Fundamentos...*, cit. V, 2.º, pág. 158, nota 280: se remite al libro de MULLER FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübinga, 1955, páginas 309 y sigs.

(341) Así, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 265; véase también DE PRADA, *La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, en *Anales AMÉN*, XVI, págs. 255 y siguientes.

(342) Así, DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 448 y sigs.

tinguiendo en ella *dos aspectos*, el económico-social (aplicable a los efectos queridos) y el formal-jurídico (sirve para evitar las normas jurídicas de que se huye). Digamos, con palabras de DE CASTRO, que la actitud ante este tipo de negocios vendrá determinada por la previa toma de posición respecto a la función propia del Derecho. Nuestra toma de posición viene cualificada por la atención a las situaciones de hecho, al comportamiento de las personas y sus propósitos (343); pues el Derecho, en frases de VALLET, «no puede reducirse a la Geometría dogmática, porque está hecho para adaptarse a las necesidades de la vida; debe someter la Economía a la ley moral dada por Dios, por lo que ningún fenómeno económico debe ser jurídicamente irrelevante».

La conclusión que se impone es la no aceptación de los resultados pretendidos al otorgarse el poder en 1955: tal negocio venia *condicionado* por la figura del fraude a la ley, utilizado para descartar las normas imperativas impuestas en defensa del tráfico honrado y del proceder del hombre medio, de buena fe.

A la vista de todo lo expuesto cabe apuntar: que la poderdante se propuso prácticamente beneficiar en vida a don F. Que ello implique o no mejora nos llevaría lejos. Que, en cualquier caso, los beneficios y resultados obtenidos deberían *computarse* como tales DONACIONES e *imputarse* en primer lugar a la legítima del apoderado. Que todo ello podría atacarse en base a la doctrina del fraude de ley en relación con el negocio indirecto utilizado. Y que, ello es obvio, *el mínimo efecto* que se desprende es que el apoderado *DEBE* rendir cuentas a los interesados legitimarios.

3. El análisis del testamento de la causante debe apoyarse en aquellos dos pilares del sustrato familiar y de la compatibilidad (cuestionable) con un poder amplísimo dado en vida.

- 1) Expuse anteriormente [apartado a), relativo a la escritura de capitulaciones] que la designación de sucesor por el cónyuge sobreviviente debería referirse *tan sólo* a los bienes donados *propter nuptias*. No obstante, en la cláusula quinta se «instituye único y universal heredero de ambos...» lo que *equivale* a disponer de los bienes «conquistados» o gananciales del difunto. Como antes expuse, la dicción de la escritura de capítulos y el sentido propio de los bienes gananciales, inducen a creer que la designación debía ser PLURAL; la peculiaridad de la masa de gananciales es doble, ya que por un lado la titularidad de ella correspondía a los herederos de ambos cónyuges y, por otro, cesaba el estatuto económico-familiar y se originaba la situación de comunidad en liquidación (344). La designación de don F. como heredero de su padre implica, pues, la disposición *mortis causa* de la «cuota» de gananciales de éste; ¿equivale esta disposición de «cuota» a configurar a don F. como legatario de parte alicuota en la cuota de gananciales de su padre? El punto es muy interesante y queda aquí aludido. Pero la cuestión que estimo básica es *si tal disposición podía hacerla* la testadora, lo que me parece cuestionable cuando menos.

(343) Esta es la posición de DE CASTRO, op. cit., págs. 454 y sigs., y de VALLET, *La donación «mortis causa»*, en el Código civil español, Anales A. M. N., V, 1950 pág. 802.

(344) Así, LACRUZ, *Derecho de familia*, 1963, págs. 559 y sigs

- 2) La cláusula sexta contiene la disposición de un legado de cosa determinada, con su régimen específico aplicable al caso.
- 3) La cláusula octava, como mención *nominatim* de lo donado a don S., implica el reconocimiento de que la donación se hizo *a cuenta* de su legítima. No nos da indicios bastantes para interpretar el supuesto, caso de que la donación excediera de su legítima estricta. Tampoco alude a la colación, la cual era más explicable en el momento de testar que no en el de donar.
- 4) La cláusula once, en la que se impone la «obligación» de que el heredero don F. tenga en su casa y compañía a su abuela..., nos lleva a la cuestión de si impuso al heredero un legado o un modo. Me remito a consideraciones hechas anteriormente [a sentencia de 11 enero de 1950] y a la bibliografía allí citada. Creo defendible la tesis del *modo* en este caso, habida cuenta de la perfecta matización de los términos «lego», «instituyo heredero», «legado de metálico e inmuebles...». De haber querido configurarla como legado lo habría hecho.
- 5) La cláusula décima es la fundamental, según se dijo antes. Más que ahondar en la interpretación de este legado «de metálico e inmuebles», creo oportuno hacer resaltar el *punto de partida* inicial de la «disposición» y el escalonamiento de situaciones que prevé la testadora. En concreto, lo que me parece importante es que hay una entremezcla de una voluntad dispositiva integrada en una serie de subcláusulas particionales: en definitiva, problema de interpretación de la voluntad de la testadora (345).

- a) Aparentemente cabría decir que se trataba de una partición hecha por la propia testadora. Pero hay que distinguir, como hace con gran acierto DE LA CÁMARA (346), entre partición propiamente dicha y simples normas particionales (de efectos meramente obligacionales, no reales); entonces, de todas las subcláusulas de esta cláusula décima, la a) contiene una norma particional y las b), c) y d) normas dispositivas.

La cuestión básica radica en si la simple norma particional relativa al pago de las deudas de la herencia es contradictoria con la disposición de la cláusula quinta, en que se instituye heredero universal a don F. Parece que es contradictorio disponer un llamamiento universal—que comporta inevitablemente el pago de todas las deudas de la herencia—y disponer de forma especial cómo ha de hacerse el pago de las deudas. Ante esta contradicción cabe entender: o que se trata de una antinomia negocial o que es un puro problema de interpretación del testamento. Analizo ambas posiciones:

(345) Véase sobre estas cuestiones ALBALADEJO, *Estudios de Derecho civil*, 1955, página 335; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la participación practicada por el testador por actos «inter vivos»*, «R. D. P.», 1954, pág. 494; VALLET, *Apuntes...*, págs. 186 y sigs.; DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, «R. D. Not.», 1960, pág. 99; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, pág. 495; DE LA CÁMARA, *Legado de cosa ganancial*, págs. 70 y sigs., y *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, págs. 865 y sigs.

(346) Op. ult. cit., pág. 866.

a') La antinomia negocial (347) nos lleva a entender: o/ que ambas disposiciones o normas testamentarias son de rango jerárquico diferente (la de rango menor debe ceder), o que son de idéntico rango jerárquico (se produce una laguna, a resolver con los medios generadores de integración).

— Si son de rango *diverso*: es obvio que hay una norma fundamental (la institución de heredero) y unas normas complementarias (las de distribución de bienes, pago de deudas, etc.). Y en la colisión de ambas debe prevalecer la norma fundamental, ya que la *ratio* de las normas *auxiliares* o de ejecución es servir de instrumento de realización de las fundamentales.

Prevalece, por tanto, la institución de heredero.

— Si son de *idéntico* rango: habría una nulidad de ambas normas, ya que es difícil concebir una institución de heredero en que las deudas hereditarias no sean a cargo exclusivo del heredero. Ante esta laguna hay que acudir a los medios de integración de la voluntad de la testadora: o todos los hijos fueron instituidos herederos o sólo lo fue don F.

b') Interpretación del testamento: El primer cánón hermenéutico es el de la voluntad o intención de la testadora (principio *voluntas spectanda*); se trata de indagar la voluntad real de la testadora, búsqueda que tiene su límite (art. 675) en «el tenor del mismo testamento».

— El cánón gramatical no es suficiente: tan sólo es expresiva la calificación de «universal» añadida a heredero, lo que comporta la idea de la fuerza expansiva de tal vocación.

— El cánón lógico nos lleva a remachar la idea de que la norma básica, institucional, debe prevalecer sobre las complementarias. No tiene sentido partir del llamamiento universal e inmediatamente después sustituir su responsabilidad por las deudas hereditarias, por un régimen especial.

— El cánón de la totalidad comporta, nos dice RESCIGNO, la idea de la necesaria eliminación de las expresiones que repugnen al sentido de la totalidad del negocio. La conclusión es que el heredero universal instituido debe pechar con el pago de las deudas.

— El cánón objetivo, conforme a la naturaleza del negocio, es muy discutido como medio interpretativo aplicable al testamento. De admitirse, tendríamos que concluir que, instituido heredero universal con una especie de «dispensa» del pago de deudas, lo que se deduce es un resultado objetivo de un beneficio (¿mejora?) en favor del ya beneficiado don F. Ahora bien, *ex re ipsa*, el pago de las deudas corresponde al instituido heredero.

(347) Sigo aquí la peculiar técnica de Díez-PICAZO (dictamen inédito, cedido amablemente por el autor, cuya gentileza agradezco).

— El cánón usual y de la buena fe, de discutida aplicación también, nos conduce a idéntico resultado. Porque la subcláusula a) no puede tener, *per se*, virtualidad suficiente para alterar el sentido de todo el testamento, trasladando hasta ella con un movimiento pendular el centro de gravedad que siempre estuvo, y continúa estando, en la institución de heredero.

Resumiendo: El pago de las deudas corresponde al heredero instituido, incluso con sus bienes propios (art. 1.003), si no aceptó a beneficio de inventario.

- b) El tema de las *deudas hereditarias* nos lleva a la consideración de un doble concepto de herencia: el *amplio*, que comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, y el *estricto*, que es el remanente después de pagadas las deudas del causante (348). Lo que parece indudable es que el pago de las deudas del causante, o su *cálculo* como partida del pasivo, es una *operación previa* a la determinación del saldo líquido de la herencia: esta determinación es indispensable para averiguar la cuantía de las legítimas. Y, consecuentemente, operación previa a la determinación del legado «de metálico e inmuebles», que viene dispuesto en el apartado b) de la cláusula décima que comentamos.

Parece, en definitiva, probable entender que la testadora quiso emplear una fórmula «residual» de herencia al instituir heredero a don F. Este sucedería *en las deudas* como sucesor en la titularidad del patrimonio relicto, que continúa diferenciado. Las deudas, como tales, o sea, como deberes de prestación, permanecen inalteradas, a salvo la alteración sufrida en la titularidad del patrimonio. Es, pues, el patrimonio, que está vinculado jurídicamente en virtud de la responsabilidad contraída por su antiguo titular, el que, al ser transmitido *uno ictu* al heredero, determina que el heredero responda personalmente por las deudas.

En síntesis: responsabilidad de don F. por las deudas y pago de éstas *previo* a la determinación del saldo líquido.

- c) La *determinación* de las deudas corresponde, es obvio, al heredero designado, como administrador de la herencia. Lo que es cuestionable es lo que se entiende por «deuda»: cabe una fácil confusión entre el concepto jurídico y el económico contable. Vimos anteriormente cómo en *sentido técnico jurídico* la deuda consistía fundamentalmente en el comportamiento o deber de prestación exigido al deudor. Pero la traducción al terreno *económico* o contable es bastante distinta en su significado: de la comparación entre el activo y pasivo de la empresa surgen las nociones de iliquidez y de insolvencia, cuya determinación es una cuestión económico-financiera, cuestión de hecho.

Antes de determinar, por tanto, si una empresa es o no solvente, conviene analizar la situación financiera y económica de la misma, confrontar el Activo y el Pasivo; del Activo interesará conocer los

(348) Sobre todo ello, véase PEÑA B. DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., págs. 128, 139 y 265 y sigs.

bienes inventariables en todo momento—por ejemplo, mercaderías y materias primas (activo realizable)—, así como si su valoración debe hacerse por el precio de adquisición o de venta; del Pasivo interesará el llamado «circulante» o «exigible corto»—por ejemplo, en el caso anterior, la cuenta de los proveedores de las mercaderías— y la determinación del grado de exigibilidad.

En vista de ello conviene puntualizar que la traducción contable de una deuda (por ejemplo, compraventa de mercaderías a proveedores, que contiene las dos obligaciones de entrega de cosa y pago del precio) se hará al Libro Diario, por Debe y Haber: al Debe, Mercaderías y al Haber, Proveedores, cuando es la contabilidad del adquirente; y viceversa si del vendedor. Trasladado al inventario general de la empresa y al balance de situación, se observaría el equilibrio contable entre las partidas del Activo y del Pasivo.

Aplicando estas ideas a nuestro supuesto de hecho conviene no olvidar el aspecto contable de lo que llamamos «deudas» y proceder previamente a un inventario general de la empresa. Ello me parece inexcusable en orden al negocio «La Exclusiva».

En el Activo hereditario parece que solamente podían computarse los bienes de la causante, no los gananciales habidos del matrimonio: ver, sobre este punto, lo antes expuesto.

- d) La configuración del legado como «de metálico e inmuebles» es suficiente como reveladora de la intención de la testadora, pero algo equívoca en su matización.

Aparte del problema básico de las deudas, entiendo que con esta disposición no se dice realmente lo que se pretende: porque no HABIENDO instituido heredero tal disposición sería una institución de heredero y no un legado (349). Y AL HABER instituido heredero se podía y se debía haber precisado algo más: que la satisfacción de las deudas es *previa* a tal legado y corresponde al heredero. Se trata de un legado *parcialio bifronte*, pues en un aspecto se refiere al remanente y en otro a parte del activo hereditario: con las consecuencias ya vistas en orden a responsabilidad por deudas, pues éstas le «afectan» en cuanto disminuyen el saldo o activo líquido.

- 4 El análisis de las pretensiones contenidas en la demanda y en la contestación ha de ser forzosamente breve.

— De los pedimentos de la demanda interesa resaltar:

- 1) En orden a la obligación de colacionar los demandados don S. y don V. creo que se trata, una vez más, de una imprecisión terminológica. Los demandados habían recibido liberalidades de la causante y, por tanto, debían COMPUTARLAS. Pero para que se les pudiera exigir la COLACIÓN hubiera sido presupuesto subjetivo ineludible el haber sido llamados como herederos (350). No hay, dice VALLET, legados colacionables: la

(349) Rec. la cita de VALLET y LACRUZ. Véase antes, sentencia de 1940 (página 1.619).

(350) Prácticamente es *communis opinio* entre los autores: ROCA, *Notas a KIPP*, II, pág. 57; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V, 3.º, pág. 646; VALLET, *Apuntes...*, página 579; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, pág. 572; DE LOS MOZOS, *La colación*, página 206.

mal llamada orden de colación de un legado sólo significa la asignación de un bien en la cuota hereditaria del asignatario. Además, la colación es una operación *previa*, y *aparte*, de la partición y de la propia comunidad hereditaria, que opera entre los HEREDEROS a los efectos de replanteamiento de las cuotas hereditarias (DE LOS MOZOS).

- 2) La petición de determinación del metálico y de las deudas, cuya determinación corresponde hacer al heredero como administrador de la herencia, me parece que equivale a desligarse por parte de éste de su deber de prestación y a que su actividad sea sustituida por la del Juez.
- 3) La petición en orden a «la obligación de satisfacer, o mejor, el derecho a percibir por quien las hubiere satisfecho, el importe de las deudas que lo hubieren sido», también es equívoca y comporta este incumplimiento del heredero, ya apuntado.

— De la contestación o reconvención sólo interesa aquí lo relativo a la petición de que don F., como apoderado, rindiera cuentas a los demandados. Tema antes tratado y que luego será básico para la resolución del recurso en casación.

5. Las sentencias en primera y segunda instancia fueron sustancialmente idénticas. A ambas cabe reprochar: la omisión del punto relativo a la rendición de cuentas y la configuración indebida como «colación» de la obligación de los demandados.

6. El recurso de casación, técnicamente, estaba bien construido aunque con algunas deficiencias impropias de la época actual. Por ello no es reprochable al T.S. que resuelva en base a las afirmaciones del recurso, puesto que ello es peculiar en nuestro sistema de casación.

— Los motivos primero y segundo están en íntima conexión:

En el primero se parte de la base de que las normas del C.c. sobre colación se aplican como supletorias en Navarra. Nada que objetar.

En el segundo se desarrollan las ideas sobre colación en relación con el llamamiento a título de heredero. Pero el análisis es insuficiente: debería haber precisado lo que es la computación, la imputación y la colación. Que los demandados debían computar lo recibido como donación e imputarlo a su legítima. Y, además, diferenciar ambos institutos del de la colación, para lo que me remito a los autores citados anteriormente (v. nota 336).

Que el análisis no era completo lo demuestra la mezcla de conceptos contenida en el inciso final de este motivo: habla de «reparto ordenado», «base de cálculo» y «partir en función de su valor». Parece aludir a normas particionales, computación, colación por imputación y partición ideal: lo que equivale a mezclar una serie de nociones técnicamente inconfundibles y prácticamente diversas en su aplicación.

— El motivo tercero, bien planteado, fue decisivo y acogido por el T.S.: sentado que don F. era apoderado de su madre, luego heredero, estaba obligado a rendir cuentas de su gestión. De no rendir cuentas, no se podría practicar la liquidación y partición de la herencia. Las cuentas

implican la determinación del metálico existente y de las deudas, y, en consecuencia, de ellas depende la formación y entrega del legado «de metálico e inmuebles».

La confusión de derechos solamente puede ser *parcial*, en una sexta parte, en que el heredero es a la vez colegatario.

- En el motivo cuarto se hace un tímido análisis de lo que implican las deudas en su aspecto contable. Pero en su inciso inicial no se entra a fondo en el punto básico de la formación del legado (previa detracción de las deudas, sí, pero ¿a cargo de quién?).
- El motivo quinto estaba bien fundamentado, habida cuenta de la deficiente formulación del sexto *petitum* de la demanda antes denunciada: es obvio que la sentencia suplió la actividad del actor, precisando conceptos no pedidos (aunque sí deseados).
- El motivo sexto es algo confuso: por un lado, la admisión de la reconvencción implicaba reconocer el derecho de los recurrentes; por otro, aducir en casación un tema nuevo, cual el del legado de cosa ajena (el usufructo sobre el piso legado), no podía tener éxito.

— *Sentencia del Tribunal Supremo.*

Primordialmente creo que debe resaltarse la extraordinaria síntesis de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en tema del legado parciario. Personalmente entiendo más valioso y digno de hacerse notar la labor del Ponente, señor BOWEN RAMÓN, que olvidó sus antiguas inclinaciones a la llamada teoría objetivista en aras de la realidad del tráfico y de la justicia evidente del fallo. Todo ello loable.

En cuanto a si las generalizaciones contenidas en los primeros cinco Considerandos constituyen meros *obiter dicta*, o más bien la *ratio decidendi*, creo que incuestionablemente hay que inclinarse por esto último.

Termino con breves precisiones en orden a las afirmaciones sentadas por el T.S.

- El Considerando primero es superfluo, ya que más bien se trata de una exposición de un hecho.
 - Los Considerandos segundo, tercero, cuarto y quinto constituyen el fundamento de la decisión que se contiene en el sexto, al acoger el recurso. Todos ellos desarrollan en forma moderna, si bien que no perfecta del todo, una serie de puntos básicos: sucesión a título universal o particular; herencia en sentido subjetivo; posición jurídica del heredero y del legatario; legado de parte alicuota.
- Cabe objetar que el inciso final del Considerando tercero no puede admitirse válidamente en tesis general: el argumento a *contrario sensu* extraído del artículo 768, a lo sumo valdrá como presunción *iuris tantum*, pero no implica que «habrá de ser calificado como heredero». En este sentido apuntado, LACRUZ y VALLET.

— El Considerando cuarto es enormemente curioso (Rec. notas 140 y 142.) Recoge en su esencia la doctrina sentada por la Dirección General de

los Registros en Resolución de 30 de junio de 1956, siguiendo ideas de ROCA SASTRE.

Es importante destacar que se reitera el carácter espiritualista de nuestro sistema sucesorio, lo que equivale a volver los ojos a la realidad social circundante.

Es asimismo importante la referencia a que «dentro de la dogmática de nuestro C.c., afirma esta Sala...». Mi modesto punto de vista es que el método histórico dogmático tuvo su apogeo en otros tiempos, pero que hoy es poco apto para atender a las necesidades actuales en la resolución de los conflictos de intereses. Más que partir de la dogmática del tema, lo «rigoroso» es precisar el funcionamiento, régimen y efectos del legado parciario. Esta posición realista-crítica, propugnada por PUIG BRUTAU (a lo largo de toda su obra) y VALLET es la más adecuada en nuestros días.

La tesis de Roca, que en esencia recoge este Considerando, ha sido fuertemente criticada por el maestro CASTÁN (351), con argumentos que no comparto del todo. Sin embargo, el intento y la aportación del admirado hipotecarista bien merecería una continuación de su esfuerzo. Personalmente veo un pequeño fallo en la construcción: caso del legado de todos los bienes, o de varios legados de cuota que agoten la herencia, SIN que en ninguno de ambos casos exista instituido heredero. Aunque falte el *nomem heredis*, presumiblemente se trata de una institución de heredero; así, VALLET, LACRUZ, me remito a mi Comentario final a la sentencia de 1940.

- El Considerando quinto aplica al supuesto de hecho, a la cláusula décima del testamento, las ideas precedentes. Era obvio que el legado era parciario, pero PORQUE existía ya heredero instituido: en otro caso, la calificación de legado no habría podido mantenerse.

El apartado final de este Considerando recoge en esencia la doctrina de la Resolución de 4 de noviembre de 1935, que en el fondo es justísima. Quizá el procedimiento lógico empleado no sea muy correcto, ya que la *premisa menor* o comparación con el heredero no tiene razón de ser. Lo importante, lo que hay que resolver es *cómo ha de conocer el patrimonio* el llamado como legatario parciario.

- El Considerando sexto recoge las ideas de los Considerandos anteriores y las conjuga con las alegaciones del motivo tercero: los colegatarios de parte alícuota tienen *acción* contra el heredero para exigirle la rendición de cuentas que como apoderado debe realizar, y *de tal modo* llegar al conocimiento exacto de la composición y cuantía del patrimonio hereditario.

Es lástima que no se extendiera el T.S. en orden a la determinación de las deudas, consecuencia de su deber de rendir cuentas. Claro que ello era resolver sobre algo no pedido. Y es cuestionable, además, el que la obligación de rendir cuentas, técnicamente *indivisible*, resulte *dividida* entre los colegatarios.

- El Considerando séptimo, rechazando los motivos primero y segundo, procede correctamente en el fondo. Formalmente, en el año 1963 el T. S.

(351) Véase *La dogmática de la herencia...*, cit., págs. 128 y sigs.

tenía elementos de juicio suficientes para entrar en la distinción entre computación y colación. Y no creo que fuera incongruencia resolver este punto.

La consideración de que «objetivamente todos han de considerarse como verdaderos herederos forzosos» no equivale a que por ellos *todos* deban colacionar: sólo los instituidos herederos están obligados y frente o en concurrencia con otros herederos que sean legitimarios.

- El Considerando octavo podía haber incidido en el punto de las deudas, tanto en lo relativo a su determinación jurídica como en el aspecto contable.

Nota final.

Esta sentencia tiene como *presupuesto condicionante* la existencia de un legado parciarlo. Precisamente es este punto la *ratio-decidenti*, que sustancialmente es correcta y objetivamente justa.

12ª SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1963.

— Hechos:

De la concatenación de hechos se desprende con toda claridad cómo el nudo de la cuestión litigiosa reside en el contrato de compraventa de 1931 (señalado en los Antecedentes bajo el epígrafe 2).

1. Para el debido análisis de tal contrato de 1931, además de las cuestiones especialmente debatidas (v. número 11 de los Antecedentes), conviene detenernos en los elementos constitutivos del contrato:

- a) *Consentimiento*.—No aparece claro si doña Bernardina (viuda de uno de los hijos de Neveyra, antiguo comprador *a retro*), prestó o no su consentimiento.

Entre los defectos de capacidad por falta de consentimiento se suele citar la falta de representación. Lo que equivale, en principio, a la inexistencia del negocio: Nulidad *EXCLUSIVAMENTE* establecida a favor de la parte que no consintió. De modo que ésta podía: o ratificar, en forma expresa o tácita (inferida de actos inequívocos reveladores de que consiente y acepta lo concertado), o no ratificar. La no ratificación implica que el negocio queda pendiente, en estado de suspensión, a la espera de que aquélla se produzca; pero tal *condición*, en este caso, ¿afecta a la totalidad del negocio o sólo a una parte del mismo? Entiendo que lo lógico es que todo el negocio quedaba supeditado a la *conditio iuris* de la ratificación. Y que no cabe confundir esta subordinación del negocio total con la obligación derivada del contrato a cargo de los vendedores: como obligación de «dar» un cuerpo cierto, tal obligación era indivisible; tal obligación se traduce en una deuda mancomunada, ya que todos los deudores están unidos por el vínculo de la cotitula-

riedad de su deber de prestación (con aplicación, en su caso, del artículo 1.150 C.c.); y tal deber de prestación se configura como un «dare» traslativo (352), cuyo valor es instrumental, de modo que la prestación está dirigida a obtener el resultado traslativo y, por tanto, sólo quedará cumplida cuando dicho resultado se haya logrado.

Pendente la ratificación, el efecto traditorio quedaba asimismo sujeto a la condición suspensiva de la ratificación por doña Bernardina. Pero la compraventa es contrato consensual en nuestro Derecho, por lo que los otorgantes vendedores quedaron sujetos al efecto obligacional (arg. artículo 1.258 C.c.), y a todas las consecuencias del contrato derivadas. Durante la situación de pendencia los efectos de la condición cumplida pueden quedar desvirtuados frente a terceros de buena fe, que deben quedar protegidos.

Deficiente la ratificación, parece que debe imponerse la sanción de nulidad al negocio. Pero debe distinguirse: entre la acción de nulidad (declarativa), que es imprescindible, y la acción dirigida a obtener la restitución de las cosas dadas a virtud del contrato nulo, que está sujeta al plazo ordinario de prescripción de las acciones personales (art. 1.964) y a la posibilidad de que las cosas sean usucupadas (art. 1.962) (353). Queda en pie la cuestión de si doña Bernardina, con sus actos, confirmó el contrato, o sea, de si cabe la ratificación «tácita». El T.S. (S. de 25 de junio de 1946) exige que la declaración de voluntad tácita se desprenda de actos concluyentes de carácter inequívoco. En comentarios anteriores, en este mismo trabajo (a S. 28-2-1949), pusimos de relieve la conexión entre la impugnación de un negocio ineficaz y la doctrina de los actos propios, y a ello me remito. En nuestro supuesto es dudoso que quepa la confirmación tácita, ya que se trata de negocio *nulo* y no anulable. Y para que se pueda aplicar la doctrina de los propios actos deben darse todos sus presupuestos; para que la impugnación del negocio POR PARTE de doña Bernardina pudiera prosperar, lo decisivo sería la susceptibilidad de su conducta para suscitar una objetiva confianza en el comprador.

En resumen: la falta de ratificación hacía nulo el contrato, pero tal acción puede ejercitarse por terceros interesados; la nulidad es total; la deuda contraída por los vendedores era indivisible y mancomunada, consistente en un «dare» traslativo, subordinada a la ratificación.

- b) *Objeto*.—Se discutía sobre si las fincas objeto de esta venta eran 118 u 83. Como el *petitum* se concreta a 83 fincas, a ello hay que atenerse. Las alegaciones del demandado se refieren a los bienes gananciales, a que luego se alude.

c) *Adquisición de los bienes comprados*:

- a') *Destino de tal adquisición*.—Parece evidente que don José adquirió para la herencia de su padre y nos lo confirma una lectura detenida de la cláusula segunda del contrato.

(352) Así, en la terminología de Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, II, páginas 233 y sigs.

(353) Así, en Díez-PICAZO, op. ult. cit., pág. 191.

Toda la actuación de don José como coheredero es perfectamente clara y la eficacia de sus actos redundará en beneficio de la comunidad hereditaria.

b) *Carácter de tales bienes:*

Prima facie, puede creerse que la adquisición, hecha durante el matrimonio de José y Clotilde, determinaba la ganancialidad de los bienes adquiridos.

Pero conviene no olvidar que lo adquirido era «por los coherederos de don José..» (así en la misma cláusula segunda) y que la ganancialidad sólo podía concretarse en aquellas fincas que se le adjudicaren a él.

Lo cuestionable es el valor a otorgar a la *declaración* de don José en la cláusula 14.^a de su testamento: si observamos que el testamento es posterior en fecha a la venta de 1941 al señor Becerra y contrastamos los textos del testamento y de la compra de 1931, podemos concluir que tal declaración constituía obviamente un *venire contra factum* [¿sugerido por el demandado del pleito?].

— En consecuencia: la compraventa pendía de una ratificación, a salvo los derechos de terceros de buena fe; la adquisición se hizo para la comunidad hereditaria de la sucesión de don Emilio.

2. El hecho de la partición de 1902 sobre la herencia de don Emilio, había sido extensamente tratado por el demandado-recurrente. No voy a entrar en la problemática de la partición hecha por los herederos, por lo que me remito a los tratados generales y monografías sobre la cuestión. Solamente apuntaré algunas consideraciones breves sobre el caso de autos.

La cuestión era respecto del *objeto* de la comunidad hereditaria: si el *derecho de retracto derivado de la escritura de 1884* había sido o no objeto de partición. Conviene distinguir aquí entre partición material y jurídica (acuerdo de proindivisión respecto a un objeto o bien hereditario); es evidente que este derecho, que no fue «partido», pudo ser ejercitado por don José en beneficio de la comunidad hereditaria. Y de ahí la eficacia del contrato de 1931 respecto de sus coherederos.

3. El *origen aparente* del litigio lo constituía la escritura de venta de 29 de abril de 1941, a favor del señor Becerra, otorgada por don José.

— Más que dicha escritura, lo interesante es el examen del documento privado posterior, sutilmente redactado. Entre sus afirmaciones son curiosas éstas: el reconocimiento por el comprador de que nada adeuda al vendedor; consignación como real de un precio inferior (!) al de la escritura; expresión de la «finalidad» de tal documento.

En cuanto a la buena o mala fe del demandado, en relación con la escritura y documentos complementarios, conviene recordar: que la buena fe es un principio rector interpretativo en todo negocio; que consiste en un *standard* de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles, de acuerdo con la conciencia social imperante; que el artículo 1.258 del C.c. contiene una llamada general a la buena fe contractual; que los contratos han de interpretarse

presuponiendo una lealtad y una corrección en su elaboración; que la buena fe es un punto de partida y también un punto de llegada, en el sentido de atribuir al negocio la significación adecuada para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales; impone la buena fe la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad en la interpretación (354).

Una de las consecuencias de estas ideas expuestas y de las peculiaridades de los documentos complementarios es que en materia de buena fe se aplica la regla llamada *interpretatio contra stipulatorem*: no parece lógico que el causante de la oscuridad fuere el vendedor, con lo que es obvio que la interpretación de tales documentos, DE TENER QUE FAVORECER a alguien, favorecerían al presunto vendedor o sus sucesores. En este sentido, es constante la jurisprudencia que aplica este principio del 1.288 C. c., siempre que la elaboración de un contrato o cláusula haya sido obra de una sola parte.

La impugnación de este contrato podía ejercitarse por cualquier coheredero de don José.

4. Finalmente, nos queda por examinar el contenido del testamento de don José. Ya antes (v. nota 158) expuse que no aparece con la necesaria claridad la literalidad de algunas cláusulas, por lo que mi comentario quizá no sea todo lo correcto que pudiera ser.

— A la cláusula 14.^a me he referido anteriormente.

— Parece existir una antinomia entre la institución de heredera «en usufructo vitalicio» a su esposa Clotilde y otra idéntica disposición, en idénticos términos, a sus sobrinos Emilio y Milagros. Sin extenderme en este punto, a la vista de su redacción e inserción en el texto, de los hechos del litigio y del motivo cuarto del recurso, creo poder deducir: que a doña Clotilde la instituya en usufructo vitalicio de los inmuebles; que, EN EL REMANENTE de sus bienes, instituya herederos en nuda propiedad a los hijos de Milagros y en usufructo a Emilio y Milagros.

Así las cosas, es trascendental a efectos de calificación la norma interpretativa que establece el propio testador en una cláusula no numerada: «...tendrá efectos de interpretación de la voluntad del testador...» Y, por tanto, las disposiciones serían, *técnicamente* hablando, como sigue: 1) institución de heredero a favor de los hijos de Milagros, en la nuda propiedad; 2) legado de usufructo universal a favor de doña Clotilde; 3) legado parciario del usufructo del remanente, a la muerte de doña Clotilde, a favor de Emilio y Milagros Sánchez (los demandantes).

— A consecuencia de esta interpretación me parece correcta la enajenación de bienes efectuada a la muerte de José y Clotilde por los nudos propietarios y usufructuarios conjuntamente. Queda la duda de si tales sucesores voluntarios, con tales actos, venían a contradecir los actos de su causante, don José.

Los actos de don José contradichos podían ser: uno, la venta de 1941 al señor Becerra; otro, la declaración testamentaria de «ganancialidad» de los bienes.

Hemos ya expuesto en comentarios precedentes los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina de los propios actos. Se exige que el sujeto activo

(354) Así, en Díez-Picazo, op. ult. cit., págs. 155 y slgs. Para un estudio más intensivo, véase la magnífica obra de DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Bosch, 1965.

de la pretensión contradictoria haya observado en un momento precedente una conducta vinculante incompatible con la pretensión, según la conciencia social. Y es en materia sucesoria oponible *al heredero* el carácter contradictorio de su pretensión con la conducta anterior de su causante. Concretamente, el heredero queda impedido de ejercitar un derecho propio (impugnación) por haber aceptado la herencia del causante, cuando la situación jurídica del causante *era contraria* al ejercicio de este derecho. Precisamente presenta Díez-Picazo (355) un ejemplo muy parecido al del caso de autos: no es que sea inadmisble la pretensión de los herederos de don José, sino que al aceptar la herencia de éste su pretensión originaria queda impedida por un fenómeno similar al de la confusión de derechos. Se reúne en una misma persona la cualidad del titular de la acción de impugnación y la cualidad de sujeto especialmente vinculado por el negocio.

Si todo ello era aplicable al caso, ciertamente, lo era EN CUANTO a la cualidad de sucesores de don José de los demandantes; PERO NO en tanto que eran los herederos legítimos de Emilio-Ramón, coheredero con don José en la sucesión del finado don Emilio. Como tales herederos, sus derechos se mantenían vigentes.

— *Actuaciones procesales:*

1. El *petitum* de la demanda, correctamente expuesto, fue casi íntegramente recogido en la sentencia de la Audiencia y en la del T.S. resolutoria del recurso.

La única diferencia reside en que los demandantes pedían el abono de los frutos percibidos y de los *perciptendi*, lo que suponía conceptuar como de mala fe al poseedor señor Becerra (arg. art. 455), y la indemnización de daños y perjuicios causados a la comunidad hereditaria. En tanto que la Audiencia no acoge esta última petición y en orden a la relativa a los frutos conceptúa como de buena fe al demandado y aplica el artículo 451 C.c.; con ello, el *cómputo* debía hacerse desde la interrupción de la posesión, o sea, a partir del emplazamiento al juicio.

2 Del recurso de casación interesan tan sólo algunas peculiaridades:

— El motivo primero desarrolla con poca fortuna el argumento de la falta de ratificación del contrato de 1931 por doña Bernardina, argumento que pudo muy bien emplearse en la reconvención. Pero a este argumento, que conduce a la nulidad del contrato, debía haberse agregado el por qué y el cómo de la posición jurídica de don José *como vendedor* al demandado.

— El motivo segundo alude al error de hecho del juzgador en la valoración de la prueba, sobre disolución de la comunidad hereditaria por la partición, pero sin llegar a analizar el contenido de aquella ni los derechos objeto de partición.

— El motivo tercero es muy interesante, sobre todo en el examen de los supuestos imprescindibles—según el recurrente—para que se dé el juego de los artículos 1.063 y 392 C.c.

(355) Véase *La doctrina de los propios actos*, pág. 235.

La tesis de que la acción debe ser «de efectos declarativos», pero nunca un «nuevo convenio. . por ejemplo, *adquirir...*», creo que hay que relacionarla con el tema de la administración de la herencia, al que antes dedicamos algún comentario, y a él me remito (respecto a la S. de 28-2-1949).

Lo cuestionable es si el caducado derecho de retracto *pudo o no transformarse*, en su efectividad, en el contrato de 1931. Pero, como tal derecho no dividido seguía formando parte de la comunidad hereditaria.

— El motivo cuarto desarrolla el tema del legado parciario, para concluir que los usufructuarios son herederos y no legatarios. Hay en él algunas precisiones interesantes: la de que el criterio objetivista puede servir en los supuestos extremos, pero no en los llamamientos de naturaleza *mixta*; la de que siempre es más lógico e insustituible acudir al criterio de la voluntad del testador; la de que la responsabilidad *ultra vires* no es característica e inseparable del concepto de heredero; y la de que los recurridos no pueden impugnar la venta hecha por su causante (sin que se desarrolle esta tesis).

Ahora bien, al pasar a la consideración que le merece el llamamiento hecho a los demandantes en el testamento, se olvida del criterio de la voluntad del testador y se prescinde prácticamente del cánón lógico y de la totalidad para la correcta interpretación del testamento.

Tampoco es demasiado exacta la afirmación de que la exención de la responsabilidad, en orden al usufructuario, debe hacerse expresamente por el testador: el régimen de los artículos 508 y 510 C.c. es clarísimo.

— Sentencia del Tribunal Supremo:

El T.S. rechaza justamente el recurso, en base a dos principios fundamentales: que don José había actuado en pro de la comunidad hereditaria y que la partición no alcanzó al derecho de retracto.

— El Considerando primero rechaza el motivo primero, en un desarrollo *in extenso* técnicamente irreproachable: por ser cuestión nueva, por no acudir al número 7 del artículo 1692 LEC, por la desconexión con el pleito del artículo 506 C.c., y por la sanción de nulidad implicada en la tesis del recurso.

Solamente este último inciso es cuestionable: el que el contrato de 1931 fuera nulo no comporta, *per se*, que lo sea un contrato posterior. Habría debido profundizar un poco más: en el terreno del carácter consensual de la compraventa en nuestro Derecho; en lo relativo a la venta de cosa ajena (no es lo mismo que venta nula de cosa propia); y en el punto de la ratificación y consecuencias de su falta.

— El Considerando segundo rechaza el motivo segundo justamente, ya que el Tribunal puede estimar otros elementos probatorios que los señalados por las partes.

— El Considerando tercero rechaza el motivo tercero; éste es el punto central del litigio, en que se entremezclan los temas de la partición, retracto y actuación de un coheredero.

Para mí constituye la *ratio decidendi* del litigio. La sobriedad de expresión es convincente. Quizá ni le sobra ni le falta más detalle: a lo sumo, puede

reprocharse esa «conversión» del derecho de retracto («surgido de una u otra forma...»), un tanto dudosa.

— El Considerando cuarto rechaza el cuarto motivo, sobre la base de que los instituidos en el usufructo son legatarios. Creo que toda la diferenciación que el T.S. hace, casi de forma exhaustiva, entre el llamado como heredero y el llamado como usufructuario es un *obiter dictum*, un «plus» añadido a la decisión del litigio en sus consideraciones precedentes.

Al ser legatarios y *derivar* su acción de impugnación de su cualidad de herederos de su padre don Emilio-Ramón, es obvio que no cabe hablar de «actos propios» aquí.

Digamos, finalmente, que el doble condicionamiento que el T.S. exige para aplicar el cánón literal parece muy prudente y adecuado al caso, aunque quizá no sea conveniente generalizarlo para cualquier supuesto.

De las diferencias apuntadas por el T.S.—prácticamente se recoge la esencia de todas las doctrinas modernas—interesan las relativas al modo de entrar en el goce de los bienes y a los efectos en orden a responsabilidad por deudas; pero su generalización en otros supuestos sería excesiva.

La conclusión final es que el sucesor usufructuario ni es heredero ni es legatario parciario. Quizá esto último debiera haberse precisado un poco más, sobre todo a la vista de la Sentencia precedente, de 11 de febrero de 1956.

— *Nota final:*

El valor de esta sentencia, fundamentalmente, es que diferencia el legado de usufructo del legado parciario: pero ello en unos *obiter dicta*.

(Continuará)

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario