

I.-Jurisprudencia monográfica

El legado de parte alícuota^(*)

(Continuación)

IV

NOTAS CRITICAS A CADA UNA DE LAS SENTENCIAS

Propuesto el tema de este estudio, expuesto el aspecto concreto del mismo a estudiar, relacionadas cronológicamente cada una de las sentencias del Tribunal Supremo a él referentes, parece conveniente que nos detengamos aquí para hacer un previo análisis de cada uno de los supuestos de hecho.

Junto a este análisis, la observación de la génesis de cada sentencia es asimismo inexcusable. Una vez conocidos todos los datos, en cada uno de los litigios, podremos inducir si ha habido o no una línea clara jurisprudencial sobre el legado de parte alícuota.

Al utilizar aquí la expresión «notas críticas», me estoy refiriendo al sentido pristino, auténtico, del término «crítica», del griego *kpinw*: separar, escoger, entresacar, distinguir, discernir, apreciar, interpretar. Con ello adelanto que este modesto estudio sólo pretende lo que al principio dije, sin que ello suponga una denuncia o acusación a las decisiones de nuestra Suprema Corte de Justicia: lo que en mis juicios hubiere de divergencia, no se entienda sino

(*) ADVERTENCIA.—En prensa este trabajo, llega a mi poder una edición, más bien *reimpresión*, de la obra *Apuntes de Derecho sucesorio*, de VALLET. Siendo idéntica a la de 1955, agotada, las referencias a las páginas de la misma que aquí se hacen mantienen su validez.

como interpretación o entresaca o apreciación en cada supuesto concreto.

Precisiones éstas que eran necesarias antes de entrar en el estudio crítico de cada una de las sentencias:

1.^a SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1898 (187).

— *Hechos*:

1. Parece incuestionable que el punto de partida de todo razonamiento hay que centrarlo en la situación de herencia indivisa a la muerte del matrimonio Aguilar-Alemán, y constitución de la comunidad hereditaria entre los nueve hermanos.

Este hecho, que la realidad nos muestra a diario, de la constitución tácita de una comunidad hereditaria, es en nuestro supuesto particularmente interesante, debido a la serie de fallecimientos y adjudicaciones que se dieron; pero mucho más por la decidida y mantenida voluntad de permanecer en el proindiviso los cuatro hermanos solteros.

Las vicisitudes de esta comunidad las conocemos a través de las referencias a las personas de sus cotitulares; habría sido muy interesante también rastrear la trayectoria de los bienes hereditarios y de sus frutos, por ejemplo. En este sentido, la hermana monja fallecida intestada, obviamente, no había repudiado tal herencia, pero, ¿se beneficiaba de los frutos de los bienes?, ¿qué derechos sobre tales frutos—hasta la fecha de su muerte—podía tener el Instituto religioso, en base a sus Reglas, que no conocemos?, ¿cabe hablar aquí de una *mortis causa capio* a favor del Instituto, pero de exigibilidad dudosa frente a los otros hermanos?

Entre los hechos alegados por el demandante destaca poderosamente esta decidida voluntad de co-posesión y disfrute conjunto de todos los bienes: incluso se destaca en cursiva (en la propia sentencia) que «los tres hermanos disfrutaron juntos, sin partir, cuantos bienes pertenecían a los cuatro...» (188). ¿Implica ello que

(187) Véase el detenido comentario de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen 1.º, págs. 72 y 86.

(188) Parece aquí aludirse a un convenio tácito de reparto, de participación inmediata en los frutos, sin esperar a la partición; véase sobre este punto FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, págs. 155 y sigs.

la hermana monja había repudiado tácitamente? ¿Y el artículo 1.008 del Código civil?

2. Por otra parte, del testamento de don Domingo sólo conocemos que deja todos sus bienes a las dos hermanas solteras. No aparecen transcritas otras cláusulas. Parece lógico, por tanto, suponer que en su mente no operaban ideas de cautelas o sustituciones, para prevenir el destino sucesivo de los bienes.

3. En cuanto a la sucesión de doña Asunción, habría sido quizá conveniente conocer exactamente el contenido del codicilo: el no existir problemas de derecho transitorio y la poca importancia que se le dedica en la exposición de hechos, hace que podamos dejar este punto tranquilamente.

4. El hecho básico objeto de discusión fue el otorgamiento de testamento notarial por doña Suceso. En la interpretación de sus cláusulas, y a la vista de los hechos acaecidos anteriormente, se llega por las dos partes a consecuencias distintas.

Nuestra interpretación sería más exacta si tuviéramos todos los datos posibles: fincas de la herencia y voluntad de la testadora, por ejemplo.

Con los datos que tenemos podemos afirmar: 1.º La voluntad de la testadora es favorecer al máximo a su sobrina doña D. Aguilar Navarro (la demandada). 2.º La nombra albacea (189), idea ésta no muy alejada de la de heredero. 3.º Legó el tercio de todos sus bienes a las hijas de la demandada. 4.º Instituye herederos «singulares» en una universalidad perfectamente diferenciada: los bienes que heredó de su hermano Domingo. 5.º No dispone de dos tercios de sus bienes.

En la interpretación de este testamento (190) hay que adoptar todos y cada uno de los cánones hermenéuticos aplicables, al objeto de poder llegar a conocer cuál fue la voluntad real de la testadora.

(189) Los términos utilizados—*de mancomun e in solidum*—por la testadora, que son términos técnicos en el mundo jurídico, no parecen, en buena lógica, estar al alcance del hombre medio. Incluso entre profesionales del Derecho se habla de actuaciones en forma mancomunada o solidaria con poca precisión técnica. A la vista de todo ello, si la testadora entendió lo que tales términos significan jurídicamente, y si se hizo cargo de lo que supone designar albacea, no es desproporcionado concluir que en su mente operaba tácitamente la idea de albacea heredero.

(190) En tema de interpretación del testamento, sigue siendo fundamental la monografía de JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Bosch, 1958, en especial págs. 77 y sigs.

Con el canon de la literalidad tropezamos ante el obstáculo de la aparente contradicción de las cláusulas 8.^a y 9.^a del testamento. Si el canon lógico parece que resuelve la contradicción, por sí solo no es suficiente, pues hay que acudir al canon sistemático y a los demás antecedentes y datos que nos lleven tras las huellas de la efectiva voluntad de la testadora.

En el caso de autos había que proceder a la indagación de la voluntad real de la testadora y a la integración de la voluntad declarada, utilizando al respecto cualesquiera medios de prueba. Entonces se llega a la conclusión de que la contradicción entre las cláusulas 8.^a y 9.^a era tan sólo aparente, por la evidente insuficiencia del canon literal. La cláusula 9.^a «instituye por herederos de todo lo que heredó de su hermano Domingo». No reúne las notas precisas para que se la pueda calificar de institución de heredero: no se da el llamamiento a una universalidad, sino a una parte de un todo (lo heredado de Domingo). Si, pues, no se trata de una institución de heredero, obviamente se trata de un legado. Entonces no vemos antagonismo alguno entre las cláusulas 8.^a y 9.^a del testamento: en ellas dispone dos legados distintos, no incompatibles.

Es muy aguda la visión realista de PUIG BRUTAU (191), al decir que «no será exagerado afirmar que la testadora llamó legatarias a las herederas y herederos a los legatarios». A esta misma conclusión se llega por nuestra parte, en atención a que la testadora: 1.º No hace una verdadera y propia institución de heredero. 2.º El llamamiento de herederos «singulares» no es de heredero propiamente dicho. 3.º El comportamiento, previo al otorgamiento, respecto de la aparente legataria es decisivo y básico (192). 4.º Su voluntad verdadera es favorecer primordialmente a doña D. Aguilar. 5.º Omite disponer de dos tercios de sus bienes, sin que tengamos datos para llegar a conocer cuál fue su voluntad real.

A nuestro entender, el testamento de doña Suceso plantea, entre otros, dos problemas básicos: a) Si su voluntad fue nombrar heredera a doña D. Aguilar (para lo cual hay indicios o huellas sugestivas, pero nos tememos que insuficientes). b) Si para el cálculo del legado del tercio de la cláusula 8.^a deben o no computarse los bienes que heredó de su hermano Domingo.

(191) Op. cit., pág. 72.

(192) Véase JORDANO, op. cit., pág. 93.

Nos resta, por tanto, la cuestión de la computación de los bienes heredados a efectos del cálculo del legado del tercio: a la vista de que el testamento contiene una serie de legados, no veo ninguna razón clara para excluir del cálculo dichos bienes. Solamente si el testamento de don Domingo hubiera contenido previsiones en el sentido de indicar la trayectoria futura de sus bienes después de morir doña Suceso, cabría tal exclusión; también se daría la exclusión si existiere una disposición de la testadora en tal sentido. La interpretación de dicha cláusula 8.ª, atendiendo a los elementos o cánones literal, lógico y sistemático, conduce a sentar la idea básica de que el legado del tercio abarca todos los bienes de la testadora, sin distinciones.

5. La demanda del actor contiene una serie de alusiones a hechos o situaciones que reafirman mi punto de vista anterior: que la demandada, a los ojos de la testadora (193), venía a ser la continuadora de su persona.

En cuanto al *petitum*, era obvia la incongruencia, denunciada muy certeramente por la demandada (194), por cuanto la solicitud de condena se refiere a las herencias de la testadora y de sus hermanas P. y A. Y al solicitar se declare que en el legado del tercio no se comprenden los bienes herederos de don Domingo, implícitamente se está solicitando la partición de la herencia de don Domingo.

Además, ¿existían diferenciados *per se* tales bienes heredados de don Domingo entre los relictos por la testadora? Creo que sostener esto es muy aventurado. Y sin embargo, así lo afirmaron tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo.

La Audiencia sienta otra afirmación un tanto ambigua y poco clara, al decir que «por ser incierto e ignorarse en poder de quién se halla la parte de bienes que en su día pueda adjudicarse al actor en las tres sucesiones...» Lo cierto es que el actor solicitaba la partición de tales herencias, y ésta no se produjo.

— Doctrina del Tribunal Supremo:

1. El Considerando 1.º es técnicamente muy deficiente en su argumentación. Ya he expuesto cómo no hay tal antagonismo irre-

(193) Véase JORDANO, op. cit., y lo que dice del «ángulo visual» del testador.

(194) Véase nota 33 precedente.

ductible entre las citadas cláusulas 8.^a y 9.^a Lo procedente habría sido indagar cuál fue la voluntad real de la testadora; pero el Tribunal Supremo no lo hizo. Quedaba en pie toda la argumentación del motivo segundo del recurso.

2. El Considerando 2.º, que es el decisivo, tampoco es afortunado: en su parte inicial, la referencia a «como toda disposición testamentaria relativa a la universalidad de la herencia» no pasa de ser una generalización, de un mero *obiter dictum*; y en su parte final, el argumento relativo a los «herederos» de la cláusula 9.^a es perfectamente aplicable a los legatarios del tercio, y no demuestra nada.

Nos queda la tesis de que «el legado del tercio ha de formarse después de cumplidas las cargas de la herencia, regla-liquidación que debe suponerse aceptada por el propio testador». Esta tesis, genéricamente formulada, me parece dudosa y muy discutible. Ahora bien, aplicada al caso concreto, a la cuestión que origina el litigio, quizá condujo a una solución de equidad.

De modo que el Tribunal Supremo llegó probablemente a una solución justa, en base a una argumentación equivocada. Lo normal, atendiendo a la terminología del testamento y a los razonamientos del Tribunal Supremo, es entender que el demandante era heredero y las hijas de la demandada legatarias: con lo que el heredero debía esperar a la previa detracción de la serie de legados dispuestos por la testadora, regla-liquidación ésta que si es de validez y aplicación general a todo heredero instituido.

Entiendo que el Tribunal Supremo llegó a formular la conclusión errónea, pero justa, por utilizar una premisa menor equivocada: la de que la regla-liquidación se aplica a los legatarios del tercio. He aquí el verdadero problema.

2.^a SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1903.

— *Hechos*:

1. El hecho básico es, nuevamente, el testamento, otorgado aquí por doña María.

La peculiaridad del caso es que la testadora previó las posibles

premoriencias de los instituidos herederos, y cuidó de la trayectoria futura de los bienes.

Con los medios modernos de interpretación puede sentarse que la testadora quiso efectivamente instituir heredero en la cláusula 6.^a Lo que es más discutible es si tal institución «en el remanente» es o no correcta técnicamente:

- En contra de ella se dice: que responde a un concepto más económico que jurídico, que es de procedencia germánica (195) y que es una fórmula notarial incorrecta (196).

A favor de dicha fórmula está nuestra más reciente doctrina: LACRUZ BERDEJO nos dice que el remanente representa o el *universum ius* o una parte abstracta de él, y nunca bienes concretos, y que tal fórmula es correcta (197). PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el mismo sentido, nos dice que tal institución concuerda con la idea residual de la herencia, de gran arraigo histórico en nuestro Ordenamiento desde Las Partidas; y que con dicha fórmula se acentúa un matiz ausente en otras más técnicas: se precisa con ella que lo que se integra indiferenciadamente en el patrimonio «personal» del heredero es sólo el remanente, el resultado de una liquidación (198).

Creo que en algunos casos—cuando el testador dispone una serie de legados, que cita LACRUZ—puede ser interesante acudir a tal fórmula de institución en el remanente. Pero la mayoría de las veces utilizar dicha fórmula puede inducir a confusión; lo preferible entonces es comenzar las cláusulas dispositivas con la institución de heredero universal y continuar luego con las mandas o legados.

Sea cual fuere la posición ante el problema de la institución de heredero en el remanente, parece perfectamente claro que la testadora en la cláusula 6.^a quiso verdadera y

(195) Véase BONET RAMÓN, *Derecho de sucesiones*, pág. 25, CASTÁN, *La dogmática*, cit., pág. 272

(196) Véanse Resoluciones de 23 de agosto de 1923 y 29 de noviembre de 1956, «Boletín del Colegio Notarial de Granada», 1967, núm. 179, pág. 208

(197) Véase *Derecho de sucesiones*, I, Parte general, págs. 95-96.

(198) Véase *La herencia y las deudas del causante*, cit., págs. 35, 128 y 201, y muy especialmente la nota 32 en pág. 129

efectivamente hacer una institución de heredero: en primer lugar, a favor de su madre; luego, si ésta la premoria, a favor de su esposo; y si ambos la premorian, a favor de los demandados (presumiblemente, sobrinos de su marido).

2. La cláusula 5.^a del testamento, debatida también a lo largo del pleito, me parece perfectamente clara e incuestionable: se dispone en ella un legado del tercio, o sea, un legado parciario, a favor del esposo de la testadora.

No veo incompatibilidad alguna entre esta cláusula 5.^a y la siguiente, antes estudiada: allí hay una institución de heredero; aquí hay un legado. La conciliación de ambas cláusulas, de las dos disposiciones, parece sencilla y no plantea problema alguno.

La demandante vio dudosa dicha cláusula, pensando en la premoriencia del beneficiado por ella, y su tesis la acogió el Juzgado. Personalmente, no creo defendible tal postura, en base a lo terminante de los artículos 766, 789 y 888 del Código civil. Ni siquiera partiendo de que se trataba de un caso de derecho transitorio, pues encaja de lleno en la disposición 12 de las transitorias del Código civil.

De modo que no cabe ver en la ineficacia de la cláusula 5.^a un supuesto de vacante del tercio, con apertura de la sucesión legítima. El viraje de los argumentos de la actora se observa muy claramente en su escrito de réplica, en el que pasa a sostener: que en dicha cláusula lo que la testadora quiso es hacer una institución de herederos, y que su voluntad evidente fue que ese tercio pasara a los legítimos sucesores de la madre de la testadora. Veamos ambas afirmaciones con detenimiento.

El sostener que la testadora, al decir «lega y manda a su esposo el tercio de sus bienes, derechos y acciones», lo que hace es instituir heredero, me parece cuando menos cuestionable. Sobre todo, a la vista de la cláusula 6.^a siguiente, que también aquí hay que tener en cuenta, pues no sería lógico que la testadora hubiera hecho una doble institución de heredero. Volveremos en seguida sobre esta cláusula.

En cuanto a que fue voluntad evidente de la testadora el que dicho tercio pasara a los legítimos sucesores de la madre de la tes-

tadora, parece poco defendible: ni aun con los medios de prueba extrínsecos al testamento podría llegarse a una interpretación tal.

3. Que la cláusula 5.^a era el único apoyo de la actora se observa releiendo los motivos del recurso—en realidad, único, que he desglosado para mayor claridad—. Veamos los argumentos de la recurrente y las notas típicas de la institución de heredero:

— Hay para la recurrente una institución de heredero en dicha cláusula, porque: 1) el tercio es una *universalidad*, pues no se fijan cantidades ni objetos para la sucesión; 2) la sucesión es, *además*, en acciones y derechos, o sea, en su personalidad; 3) la determinación en el Código civil del objeto legado excluye la posibilidad de un legado de parte alicuota; 4) de existir un legado parciario, *no* sería bastante a transmitir al legatario las *acciones y derechos* del causante; 5) las palabras «lega y manda» originan la duda a que se refiere el artículo 668, duda que se reafirma con la nota de sucesión «en bienes, derechos y acciones».

— Veamos las notas de la institución de heredero. Es la persona que subentra de un golpe—«uno ictu»—en el conjunto de todas las relaciones jurídicas transmisibles del difunto, y cuya posición dentro de ellas va a ser igual a la del difunto (199), o sea, que sucede también en su causa justificativa. Las consecuencias de ello son: responsabilidad por el pasivo hereditario, necesidad de aceptación, obligado a la colación, adquiere la posesión civilísima de los bienes, es participe en la comunidad hereditaria.

— De la comparación de estas notas características de la institución de heredero con la cláusula 5.^a del testamento y los argumentos de la recurrente, podemos resaltar: 1.º Que se llame al *tercio* de los bienes, derechos y acciones, lo que excluye el llamamiento a título universal, pues no se sucede en *todas* las relaciones jurídicas del de *cuius*. 2.º El que se hable de «sucesión en bienes, derechos y acciones», no implica suceder en una universalidad, ya que nada se dice del pasivo hereditario. 3.º El legado puede tener por objeto cualquier cosa que esté en el comercio, y no cabe decir que no puede extenderse a *acciones* del difunto, si éste así lo quiso. 4.º La determinación de la cosa legada no implica *per se* que se excluyan las cosas, o mejor, «bienes» consistentes en *porciones* de un

(199) Véase LACRUZ, op. cit., págs. 31 y sigs.

todo, referidas al valor de cada una de ellas en relación con el patrimonio. 5.º Parece que la testadora, a la vista de lo expuesto, quiso verdaderamente disponer un legado, y no instituir heredero.

Recordemos, finalmente, la cita de VINNIO que hace LACRUZ (200): «una cosa es adquirir a título universal, y otra adquirir una universalidad a título singular»: el que sucede en una parte de los bienes, o en una cuota del valor que puedan tener, no es un sucesor a título universal, ya que no sucede en el pasivo, lo cual presupone una liquidación para determinar el activo relicto.

En resumen, la testadora quiso: legar el tercio en la cláusula 5.ª, e instituir heredero en la cláusula 6.ª

— *Doctrina del Tribunal Supremo:*

1. La posición del Tribunal Supremo es correcta, al rechazar el recurso, y exacta, al interpretar la cláusula 5.ª, no sólo contemplada en sí misma, sino en función de lo ordenado en la cláusula 6.ª. Sus razonamientos, no por sencillos, dejan de ser certeros: la voluntad de la testadora fue nombrar a su esposo legatario del tercio de sus bienes, derechos y acciones; el tercio es una parte alicuota del caudal, que no constituye el título universal en virtud del que sucede el heredero; el Código civil no ha prohibido los legados de parte alicuota de la herencia; al existir heredero instituido y caducar el legado por premoriencia del legatario, el legado acrece a la masa hereditaria y no cabe el *ab intestato*.

Obsérvese la inteligente conclusión de PUIG BRUTAU (201), de que con la calificación de legado y la regla del artículo 888, lo que se hace es contribuir a reducir la diferencia práctica entre el sistema del Código civil de concurrencia de la sucesión testada e intestada y el sistema opuesto romanista vigente en Cataluña: tal refundición en la masa hereditaria hasta cierto punto viene a suplir al llamado derecho de acrecer forzoso o de no decrecer, que resulta de principio romano *nemo pro parte*...

2. Se abunda en el Considerando 2.º en la interpretación de la cláusula 5.ª del testamento, que para la recurrente era el motivo esencial de la litis. Aquí insiste el Tribunal Supremo en ideas

(200) Op cit, pág. 89.

(201) *Fundamentos...*, cit., tomo V, volumen, I, pág 87. nota 114

muy claras, que por mi parte expuse anteriormente: no cabe dudar de la inteligencia de dicha cláusula, cuyo sentido de «lego y mando» es inequívoco; debe entenderse, además, referida al conjunto del testamento todo, en el que se dispone una institución de heredero; la referencia del legado a «derechos y acciones» no induce a dudas ni oscuridades, ya que tales derechos y acciones son los comprendidos en el tercio de los bienes de la testadora.

— *Nota final:* Es ésta la sentencia en que con mayor claridad aparece afirmada la existencia de un legado de parte alicuota, en contraposición a una institución de heredero igualmente dispuesta por la testadora. Quizá no aparecen dibujados los rasgos distintivos de ambas figuras, ni los efectos de tal calificación: pero hemos de recordar, una vez más, la mecánica del recurso de casación, y que nuestro Tribunal Supremo en rigor lo que decide es un conflicto de intereses ante él planteado. Del *petitum* de la demanda, del escrito de réplica y del recurso, no cabía otra solución. Lo demás habría dado lugar a generalizaciones excesivas e innecesarias. La solución es justa y lógica, calificativos éstos que no siempre coinciden juntos.

3.ª SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1917.

— *Hechos:*

1. De nuevo el hecho fundamental es el otorgamiento de un testamento. La peculiaridad del caso de autos reside en que el testamento no era el ordinario abierto notarial, sino el extraordinario ante cinco testigos por inminente peligro de muerte. Por lo curioso del asunto, los detalles de redacción de las cláusulas me parecen interesantes para hacer un breve análisis del contenido del testamento.

No es muy abundante la bibliografía acerca del testamento en inminente peligro de muerte, normado por el artículo 700 del Código civil. Constituye una excepción el interesante estudio de MARTÍNEZ-CALCERRADA (202). Dicho estudio es una valiosa aportación

(202) Véase en «Revista de Derecho Notarial», 1966, núm. 52, págs. 119 y sigs., bajo el título *Examen de la normativa legal del denominado testamento «in articulo mortis»* (Sobre los presupuestos condicionantes de su admisibilidad).

para llegar a entender el porqué y el cómo de este peligroso testamento, de utilización bastante más frecuente de lo que se cree. De dicho trabajo, cuya crítica no es de este lugar, me interesa resaltar la importancia que el autor otorga a la imposibilidad de que intervenga el Notario, y la conjunción o trabazón íntima que para el autor tienen los dos motivos de este testamento: el peligro inminente de muerte y el que no sea posible acudir al Notario.

Sentada esta base doctrinal para nuestro supuesto, parece que lo cuestionable de manera previa en el caso de autos es de si en verdad nos hallábamos ante un testamento de los normados por el artículo 700. De la solución a que lleguemos resultará: o que no había tal testamento, o que si reunió los presupuestos condicionantes de su admisibilidad; y en el primer caso sería superfluo entrar en el examen de los restantes hechos concurrentes en el caso.

a) Veamos, pues, si en verdad se trataba de un testamento en inminente peligro de muerte. Seguimos aquí, en lo esencial a MARTÍNEZ CALCERRADA (203), trasladando a nuestro caso de autos las cuestiones que aborda el autor citado:

- a') *Caracterización del peligro de muerte y de su «inminencia»*: Es un presupuesto condicionante *de facto* para el otorgamiento de este testamento; no lo comporta la simple enfermedad, aunque sea grave, sino que se trata de una situación «urgente, inmediata y extrema que haga temer un próximo y fatal desenlace» y que imposibilite la intervención del Notario; la apreciación de la inminencia del peligro corresponde al Tribunal de Instancia, discrecionalmente.

De modo que no basta que el testador esté grave, pues si la gravedad no lleva consigo el inminente peligro de su fallecimiento, aunque éste haya existido, el testamento no será válido. A dicho estado de urgencia hay que añadir que no sea racionalmente prudente esperar la intervención del Notario, o sea, que el mismo no pueda acudir en el momento oportuno.

Si la situación de gravedad tuviera la apariencia de poderse prolongar en el tiempo la «inminencia» que la norma

(203) Op. cit., págs. 129 y sigs.

requiere, esa misma prolongación aniquila esa dimensión de proyección temporal de la enfermedad al fatal desenlace. Dicha prolongación temporal habría que potenciarla con la lucidez del enfermo, soporte indispensable para el ejercicio de su *testamenti factio* activa.

- b') *Integración del estado de peligro inminente de muerte:* Tal situación debe ser tal, que inmediatamente después fallezca el *de cujus*, y dicha inmediación está referida a la no posibilidad de acudir al Notario en el intervalo, o sea, desde que testó hasta que falleció. Si la muerte no se produce, y cabe que en el intervalo hasta el fallecimiento se pueda acudir al Notario, debe hacerse intervenir al Notario, pues, en otro caso, el testamento es nulo.
- c') *Ausencia del Notario:* La subsidiariedad de este testamento, respecto al testamento abierto ordinario, hace que sólo sea posible acudir a esta forma extraordinaria cuando no sea posible otorgarlo en la forma abierta, esto es, porque no puede «racionalmente» intervenir el Notario. El momento relevante de la incomparecencia del Notario ha de acaecer en relación con el instante del otorgamiento del testamento; y si bien el momento relevante recae cuando se otorga el testamento, ello no autoriza a la admisibilidad de uno «redactado, preparado con tiempo suficiente para, que durante el intervalo entre la preparación y la redacción, haber podido gestionar la intervención del Notario».
- d') *Idoneidad de los testigos:* Con esta cualificación se refuerza el aspecto de garantía de su intervención. Por eso ha dicho PUIG BRUTAU (204), que «la idoneidad de los testigos ha de juzgarse naturalmente, a tenor del artículo 681, y que, asimismo, le son aplicables las prohibiciones del artículo 682...» Además, por la posibilidad de «ambientes» sospechosos, la excepcionalidad de este testamento, y la doble

(204) Op. cit., V-II, pág. 131.

motivación o caracterización del mismo, la doctrina exige que los testigos habrán de ser *rogados*, esto es, deliberada y específicamente requeridos para ello. El reunir los testigos todas las condiciones de idoneidad comporta que no cabe ninguna excepción en contrario, ni tolerancia de género alguno.

- e') *Posibilidad de escribir el testamento*: Parece que, tanto los testigos como cualquier otra persona presente, pueden recoger por escrito lo que el *de cuius* exteriorice como su última voluntad. La doctrina, acorde con la jurisprudencia, ha distinguido entre las solemnidades fundamentales del acto y las meras ritualidades de la escritura. Conforme a las circunstancias *de facto* idóneas para que exista este testamento y con un módulo «racional», en la redacción del testamento, bastará que consten los requisitos siguientes: estado del enfermo (de él puede deducirse su inminencia y capacidad), contenido del testamento (de él se deduce el *animus testandi*), cualidades personales de los testigos (de él se deduce su idoneidad), lugar, fecha, firmas y rúbricas de testador y testigos. Lo sintomático del testamento «escrito» es que se redacta «cuando se está otorgando», y ahí reside su relevancia, siendo accesorio el que lo firme o no el testador.
- f') *Persistencia de la «inminencia»*: La «salida de la inminencia», en razón a la cual se otorgó el testamento, debe hacerse coincidir con el momento de su otorgamiento, que será el hito iniciador del decurso temporal. El fin de la inminencia básica u «originaria»—razón determinante del otorgamiento—es la muerte, bien súbita, bien antes del transcurso de dos meses. En este último supuesto, si el testador mantiene su testamento habiendo posibilidad racional de intervención de Notario, origina una hipótesis de dudosa solución: con un criterio literal, parece que sería viable el testamento; con un criterio lógico o finalista, sería inviable, por haberse podido acudir al Notario. Parece preferible este segundo criterio en situaciones claras,

en las que conste que el testador pudo otorgar su testamento ante Notario después de hacerlo en la forma excepcional.

— A la vista de la problemática apuntada por MARTÍNEZ CALCERRADA, cuyas soluciones han quedado resumidas, parece que, en el caso de autos, no se dieron con la claridad precisa, ni la caracterización ni la integración del estado de peligro inminente de muerte, ni la idoneidad de los testigos, ni la imposibilidad de acudir al Notario. Es sintomático que el testador falleciera una semana después de haberse otorgado el testamento, y nada conocemos de su estado o condiciones en tal intervalo. Parece poco clara, o dudosa, al menos, la persistencia de la «inminencia» del peligro, y nada sabemos de si se pudo o no avisar al Notario. La presentación como «escrito» del testamento nada prueba, ya que la «preparación» previa pudo demostrarse.

En conclusión, a la vista de las razones que apunta la doctrinas, y de las características de nuestro supuesto, parece que tal testamento *in radice*, era inviable.

b) Pese a la fácil excusa de no analizar su contenido, por su inviabilidad, creemos útil hacer un breve comentario de su clausulado:

Prima facie, me parece redactado por persona no perita en Derecho, pero sí «habituada» al lenguaje jurídico sin haberlo asimilado plenamente (¿un zurupeto, quizá? Obsérvese, en especial, la cláusula 11.ª).

- Es curiosa la enumeración de bienes muebles de la cláusula 4.ª, innecesaria, por otro lado; y la excepción de los frutos pendientes sólo hace reafirmar la nota de persona poco conocedora de las normas sustantivas.
- En la cláusula 9.ª se hace, al parecer, una manda a una serie de sobrinos: la cuestión era de si había un legado de inmuebles por quintas y alicuotas partes, o si era una institución de herederos por iguales quintas partes. Por los comentarios hechos a la sentencia precedente, parece que, en principio, debe mantenerse la calificación utilizada por el testador; pero del testamento cabe inducir que el testador

lo que quiso es que se dieran los efectos de la institución de heredero. La distribución total de los bienes del testador parece implicar una institución de herederos: en este sentido, LACRUZ (205).

- La cláusula 11.^a, aparentemente técnica y redactada con sabor forense, tenía implícita la falla grave de la mancomunidad en el nombramiento de albaceas. Y así originó que el primer pleito promovido por los albaceas no pudieran llegar a término (206).
- Parece deducirse, aunque carecemos de datos, que el testador tenía verdadero *animus testandi* y que creía en la idoneidad de los testigos.

2. No entro en el examen de la argumentación de las partes en el pleito, pues entiendo es básico y previo resolver si había o no un verdadero testamento de los regulados por el artículo 700. Examinado ya el problema, la inidoneidad de uno de los testigos es un nuevo «plus» a añadir a lo ya expuesto precedentemente.

3. Me interesa aquí hacer hincapié en un punto: ¿quid de la renuncia de doña I., en escritura de 31 de agosto de 1912?

Por de pronto, tal renuncia es irrevocable (art. 997 del Código civil). Como ha escrito Díez-Picazo (207): «La renuncia de la herencia entraña simplemente la declaración de voluntad de no adquirirla.» En cuanto a su eficacia genérica, no es preciso que acepten la repudiación los coherederos (208).

La eficacia específica de la renuncia que comentamos nos plantea una doble cuestión: una, la de si era en perjuicio de tercero; otra, la de su posible nulidad, si se probare que la repudiante había aceptado tácitamente la herencia con anterioridad.

La cuestión del perjuicio de tercero no parece aquí aplicable. El demandado podía ser tercero, en verdad, pero no se alcanza a ver qué clase de perjuicio podía padecer por ello.

(205) Op. cit., pág. 94.

(206) Véase el epígrafe 5 de los hechos del caso.

(207) Véase *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, en «Anuario del Derecho Civil». XII-I, 1959, págs. 168 y sigs.

(208) Véase Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 9 de octubre de 1901.

La cuestión de su nulidad, por previa aceptación tácita, aparece aludida en la contestación a la demanda, pero no desenvuelta con rigor técnico. Entiendo que el supuesto es dudoso: frente a la tesis de nulidad e incluso de la posible aplicación del principio basado en una previa conducta vinculante de la renunciante, está el hecho inconcuso, de que, al iniciarse el pleito, ya habían transcurrido tres años desde la renuncia, en cuyo lapso de tiempo la apariencia creada por tal acto parece que debía mantenerse en aras a la buena fe.

El cuestionar acerca de la nulidad de la repudiación de doña I. nos lleva a su otra vertiente, apuntada en el *petitum* de la demanda: ¿había nueva ineficacia parcial, respecto de los restantes llamados? La ineficacia parcial, de admitirse, comportaría la validez parcial del negocio (209). Para admitir la validez parcial parece que debe exigirse: que el negocio tenga un contenido plural o divisible, y que esa validez corresponda al propósito concreto negocial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe. De todo ello cabe deducir que no puede admitirse la validez parcial de la renuncia de doña I.

Otra cosa sería que los restantes llamados puedan o no beneficiarse de la renuncia, o de la oponibilidad de ésta frente a ellos: pero este punto nos llevaría lejos, por lo que queda sólo aludido en este lugar.

4. La conformación del recurso de casación no podía ser otra, después de triunfar la tesis del demandado en ambas instancias. El punto de apoyo de los demandados era doble: la cláusula 9.^a contenía un legado colectivo de parte alicuota, y lo legado es cantidad de poca importancia respecto del caudal relicto. Claro es que la segunda afirmación podía subsumirse dentro de la primera, sin la que carece de base. Establecidas tales premisas, y la de que el testigo don M. S. era, en verdad, pariente afín en segundo grado de doña I., la conclusión que se pretende es encajar el supuesto dentro del párrafo 2.º del artículo 682 del Código civil.

Veamos si tales afirmaciones y conclusión eran o no viables.

(209) Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 491 y sigs.

En cuanto a si en la cláusula 9.^a hay o no un legado parciario, aparte lo dicho precedentemente al comentar el testamento y su contenido, nos parece claro que la posición del *heredero*, como subrogado en el lugar del causante, continuador de sus relaciones jurídicas, es posterior o subordinada a la práctica de las operaciones de liquidación hereditaria: pago de deudas, pago de legítimas y pago de legados (210).

La posición jurídica del heredero es idéntica a la del mismo testador, de quien emana la ordenación de legados. Parece lógico suponer, y se deriva de todo el contexto del testamento, que el testador hizo una serie de legados y dejó para el final la institución de herederos y la designación de albaceas y contador-partidor. Además, la distribución de todos los inmuebles como legado parciario colectivo no parece viable, si en la misma sucesión no existen herederos (211).

El argumento de que lo dejado era cantidad de escasa cuantía, no por cierto es decisivo. En verdad, 23.000 pesetas no son mucho hoy—en el año 1915 podían significar mucho más—; pero la eficacia de la significación de tal cifra viene íntimamente ligada a la configuración de la posición jurídica de doña I., con lo que su valor decae por completo.

El pretender encajar el supuesto, dentro del artículo 682-2.º del Código civil, es forzado, a la vista de lo dicho. Lo único que vendría a demostrar dicho precepto es que la diferencia entre herencia y legado es cualitativa y no cuantitativa. Pero como la apreciación de si el legado es o no de poca importancia es de libre apreciación de los tribunales, poco se puede añadir.

Mayor interés tiene la afirmación de que el testigo era idóneo al momento de iniciarse el otorgamiento, y sólo después incidió en incapacidad. Parece que tal incapacidad es «sobrevvenida», no originaria, y que sólo puede afectar a la prueba, pero no a la solemnidad o forma del testamento. Ahora bien, aunque mantengamos esta última distinción, ¿comporta la intervención de un testigo tal—don M. S. en el caso de autos—la ineficacia total del testamento o cabe sostener una ineficacia sólo parcial? Aunque el principio *utile per inutile non vitiatur*, de la validez

(210) Véase PUIG BRUTAU, op. cit., V-2º, pág. 360.

(211) Véase en este sentido VALLET, *Apuntes de Derecho sucesorio*, pág. 143.

parcial, se afirme como indiscutible en las disposiciones testamentarias, no es aplicable respecto de los requisitos de forma del negocio (212). Parece, pues. que del testamento se derivaba su ineficacia total.

Otra cosa es la alusión a la forma del testamento, en cuanto a la distinción entre falta total de solemnidades y la incapacidad o incompatibilidades relativa de un testigo. Podía el recurrente haber ahondado un poco más en este punto: el testamento, es sabido de sobra, es un negocio formal. Pero la forma significa, tanto «medio de expresión» como «formalidades» (213); y tales formalidades extrínsecas, cual es la presencia de testigos, parece incuestionable que en nuestro caso son a la vez formalidades intrínsecas o estructurales, por tratarse de un testamento ante testigos normado por el artículo 700 del Código civil. Creo, en consecuencia, que la sanción del artículo 687 del Código civil era y es la justa.

— *Doctrina del Tribunal Supremo:*

1. Analiza la cláusula 9.^a, a la vista de la terminología usada por el testador, y concluye se trata de una verdadera institución de herederos, sin entrar en excesivos detalles.

2. Configurada jurídicamente la citada cláusula, la adecuación a la llamada doña I. es consecuente y lógica: no es legataria de parte alicuota.

3. Demostrado el parentesco del testigo con doña I., se incide de lleno en el párrafo 1.º del artículo 682 del Código civil. Quizá hubiera sido conveniente analizar la eficacia de la renuncia de doña I., pero el Tribunal Supremo no lo estima necesario.

4. La incapacidad del testigo es originaria y persistente, y, por ser una formalidad indispensable y esencial, de ella se deriva la nulidad de dicho testamento. La argumentación es correcta.

— *Nota final:* El debate se centró, como vemos, acerca de la idoneidad o no de uno de los testigos. El tema del legado de parte

(212) Véase DE CASTRO, loc. últ. cit., pág. 492.

(213) Véase DE CASTRO, op. cit. y loc. cit., pág. 278

alicuota es lo secundario, y viene muy traído por los pelos por los recurrentes.

4.^a SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1918.

— *Hechos:*

1. Nuevamente tenemos como hecho fundamental el otorgamiento de un testamento. También en el caso de autos se trataba de un testamento *in articulo mortis*, por lo que doy aquí por reproducido lo anteriormente expuesto y tomado de MARTÍNEZ CALCERRADA (214). Por las circunstancias concurrentes en el caso, la inminencia del peligro de muerte, la imposibilidad de firmar el testador, etc., parece que dicho testamento reunía todos los caracteres precisos para llegar a ser viable. Esto es, en cuanto a la forma.

Respecto de su fondo, o contenido, la cuestión era—y sigue siendo—ardua: decidir si se trata de una institución de heredero o de un legado parciario. Sobreviviendo un ascendiente del testador, la disposición a favor de la esposa era: o totalmente nula, de considerarse institución de heredero (art. 814), o sólo reducible por inoficiosidad, de tratársele como legado.

Parece que, conforme a un criterio puramente objetivo, lo que el testador hacía era una atribución de todo lo que le pertenecía considerado como unidad, y, por tanto, la esposa debía ser calificada de heredera (215). Ahora bien, conforme a un criterio subjetivista, o sea, atendiendo al efecto práctico realmente pretendido por el testador, que era no querer llamar al ascendiente, parece que la solución equitativa era mantener la calificación de legado.

Es extraordinaria y penetrante la crítica que de esta sentencia hace PUIG BRUTAU (216). Se pregunta el autor si es conveniente que efectos tan dispares como la nulidad total y la simple reducción, tengan que depender de un mero formalismo en la calificación

(214) Véase Op. y loc. cit., nota 202

(215) Véase LACRUZ, op. y loc. ult. cit

(216) Véase *Fundamentos*, cit., V-I, págs. 74 y 89.

que el testador otorga. O, de otro modo, cabe preguntar si la indagación de la voluntad clara del testador acerca de lo que es heredero, debe penetrar y hasta ponderar si quiso o pudo haber querido una diferencia tan radical en los efectos.

Parece, pues, una defectuosa política jurídica el hacer depender efectos sumamente diferentes de la concurrencia de supuestos de hechos susceptibles de confusión, nos dice el autor citado.

2. La posición de ambas partes en el pleito era normal y lógica. El actor pretendía la nulidad de la institución de herederos a favor de la esposa, por haber sido ordenada con preterición del padre (demandante). Me parece algo forzada la petición de que se declare a la viuda poseedora de mala fe de los bienes relictos, petición que no fue objeto de decisión, por cierto. La demanda adoptó una inteligente postura, consistente en reafirmar el hecho de que el testamento no contiene institución de heredero, y en solicitar «que se dé a las disposiciones legales y a la cédula testamentaria el sentido e interpretación pertinentes». Además, al reconocer la inoficiosidad del legado a su favor dispuesto, prácticamente dejaba en manos del juzgador la solución del conflicto.

3. El recurso está bien planteado y técnicamente es completo.

La disposición hecha por el testador, objetivamente hablando, era una institución de heredero: el llamamiento es a una universalidad, siendo evidente la intención del testador de instituir a título universal: de haber nacido vivo el hijo concebido por la demandada, hubiera sido heredero y no legatario, y lo mismo debe decirse respecto de la madre, llamada en segundo lugar.

No es tan convincente el motivo 4.º del recurso, al interpretar el artículo 807, pues las cualidades de heredero forzoso (o legitimario) y de heredero no tienen por qué coincidir (217).

Tampoco es convincente un argumento extraído *a contrario sensu* del artículo 763, por muy tópica que resulte su utilización por los autores posteriores.

(217) Acerca de la polémica sobre este punto véase VALLET, *Apuntes*, página 62; PUIG BRUTAU, *Fundamentos* ., V-2º, págs. 14 y 99 (y jurisprudencia que allí cita)

El traer a colación el artículo 891—no sabemos si forzado por algún argumento de la Audiencia—le permite insistir en su tesis: evidentemente, la distribución sugiere pluralidad de atributarios; pero a la vez comporta la no necesidad de instituir herederos.

— *Doctrina del Tribunal Supremo:*

1. La cita del artículo 891 del Código civil permite al Tribunal Supremo declarar no necesaria la institución de herederos para la subsistencia del testamento: claro que ello viene sancionado en el artículo 764 del Código civil y que la interpretación del artículo 891 puede tener otro alcance (218).

En cualquier caso, la posición del Tribunal Supremo es acorde con la mayoría de la doctrina, que entiende que, con este precepto, lo que el Código civil hace es pasar del principio de la innecesariedad de la institución de heredero para la validez del testamento al principio mucho más radical de la innecesariedad de herederos en la sucesión.

LACRUZ, no obstante, opone algunos reparos a esta tesis común, pues el artículo 891 no elimina la posible presencia de los herederos *ab-intestato*: lo único que hace es prescindir de la declaración de herederos *ab-intestato*, permitiendo que los legatarios liquiden la herencia por sí mismos. En definitiva, se aplica para LACRUZ dicho precepto, cuando tal es la voluntad del testador, dirigida, a través de este tipo de asignación, a impedir la forma ordinaria de sucesión universal.

Hechas estas precisiones acerca del artículo 891, entiendo que su aplicación, al caso de autos, era bastante forzada: la voluntad del testador era disponer de todo su patrimonio, es cierto; pero de esto a afirmar que lo que quiso es ordenar un legado, media un abismo.

Había que atenerse, dice el Tribunal Supremo, a las palabras claras y terminantes de la cláusula testamentaria; pero ello es insuficiente, según antes quedó expuesto. El legado de todos los bienes a favor de la esposa sólo debía sufrir reducción en lo que perjudicara a la legítima del padre; pero si se consideraba una institución de

(218) Véase PUIG BRUTAU, op. cit., V-1.º, pág. 280; LACRUZ, op. cit., pág. 96; VALLET, *Apuntes*, págs. 144 y sigs. y 165.

heredero, tal disposición hubiere quedado completamente anulada.

En definitiva, como dice PUIG BRUTAU, se trata en nuestro supuesto de un curioso caso, en que el Tribunal Supremo pone el formalismo al servicio de una solución de equidad.

5.ª SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1920.

— *Hechos:*

1. En este supuesto, el testamento otorgado era ológrafo. Hay algunas peculiaridades notables en su clausulado:

- La cláusula 5.ª contiene, es obvio, una institución de heredero a favor del niño Mario Alberto. El circulonguio inicial no nos interesa, pese a lo duramente que fue impugnado por el actor. El inciso final hace que quede indeterminada quién sea la persona que vivía en compañía del testador, y suscita la duda de si los fondos en cuentas corrientes derivados de valores depositados en Bancos pertenecen o no al heredero.
- La cláusula 6.ª contiene una sustitución, claramente matizada.
- La cláusula 8.ª contenía un legado de un crédito, hecho a favor de las hijas del deudor (219).
- La cláusula 7.ª fue la determinante del pleito: se disponía un legado «de todo el mobiliario, cuadros y objetos de arte...; una sortija... y un alfiler de corbata...» El actor, y luego recurrente, pretendía vanamente se le considerase como un legatario de parte alicuota, al objeto de promover el juicio de testamentaria. Su argumentación, endeble, se cifraba en ser legatario de un Museo (!) y en que el término «parte alicuota» tiene un sentido jurídico distinto del aritmético.

Parece incuestionable que el tal legado era de cosas concretas y determinadas, sin más.

(219) Véase acerca de los antecedentes romanos del *legatum nominis*, ARIAS RAMOS, R. G L J, 1950, tomo 187, págs. 60 y sigs.

2. Un punto interesante, derivado de una de las alegaciones iniciales del actor, es el de la pretendida (que no demostrada) existencia de dos testamentos ológrafos contradictorios. Demos por buena y probada tal afirmación. ¿Qué solución debiera darse?

El problema no está resuelto en nuestra legislación. Parece que si los dos testamentos tienen fechas distintas, prevalecerá el que tuviere la fecha más reciente. Mayor complejidad se nos presenta si ambos testamentos fueren de la misma fecha: creo que habría que distinguir: si sus respectivas disposiciones no se contradicen, parece haber base para sostener la validez de ambos y no la revocación tácita (220), y así lo ha concretado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 12 de septiembre de 1947 y 18 de diciembre de 1951; si sus disposiciones fueran contradictorias, parece preferible la sanción de la nulidad de ambos, aunque quizá debieran agotarse previamente los medios interpretativos para intentar salvar la contradicción.

3. La prevención del juicio de testamentaria, solicitada por el actor y acordada por el Juzgado, llevaba implícita la cuestión de si la demandada era efectivamente la persona a quien el causante se refería en las cláusulas 5.ª y 6.ª de su testamento. Si dicha señora justificó o no su personalidad debidamente, no nos consta, pese a los alegatos del actor y recurrente. Entiendo que, de haber base para ello, sólo tenía el recurso de acudir a la vía criminal, imputándole el delito de usurpación de personalidad distinta: ¿que ello era arriesgado?; por supuesto. Pero en la vía civil, poco más se podía hacer: ¿de dónde le vino el saber que ella y su hijo eran llamados por el causante, sino de éste mismo?

4. El recurso tenía, por tanto, una débil base:

- El recurrente, legatario de cosa determinada, no podía intervenir en el inventario, aunque muy bien pudo tratar de garantizar sus derechos en otra forma.
- Parece contradecirse entre las afirmaciones acerca de la identidad de la demandada y su hijo, y los actos realizados por aquélla como *pro herede gestio*.

(220) Véase Díez-PICAZO, *La pluralidad de testamentos*, «Revista de Derecho Notarial», 1960 págs. 7 y sigs.

No viene a cuento los artículos 1.025 y siguientes del Código civil.

— *Sentencia del Tribunal Supremo:*

1. Al rechazar el recurso, interpreta rectamente la cláusula 7.^a del testamento. El legado dispuesto por el testador, por ser de cosas específicas y determinadas, está comprendido dentro del artículo 882 del Código civil. No es un legado de parte alicuota, «concepto que no puede ser otro que el de indeterminado y proporcional y aun aritmético».

Hubiera sido deseable que el Tribunal Supremo fijase con mayor proporción qué es lo que entendía por «parte alicuota», pues la declaración transcrita, por su vaguedad, indica bien poco. No obstante, hay que reconocer que, en cuanto al pleito, la cuestión era tan evidente, que no merecía mayor extensión.

2. Al ser legatario de cosa determinada, no tenía derecho para promover el juicio de testamentaria, y obviamente, no tenía por qué intervenir en su ejecución. En consecuencia, no siendo parte legítima para promover dicho juicio, tampoco tiene personalidad para hacer reclamaciones relativas a la identidad de los herederos.

— *Resumen:* Los razonamientos de la sentencia comentada, escuetos, son correctos y no merecen más comentario. El tema del legado de parte alicuota, otra vez más, ha sido traído tan por los pelos que el Tribunal Supremo no tiene que hacer esfuerzo alguno para rechazar el recurso. El nudo de la cuestión no era, por tanto, el pretendido por el recurrente.

6.^a SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1920.

— *Hechos:*

1. El testamento notarial, otorgado en 1899 por don Pedro E. H., era el hecho básico y determinante de este pleito.

— Nótese que la posición del citado causante era de usufructuario en una mitad del tercio de mejora ordenado y dispuesto por su

padre (221). En pago de su haber, en la correspondiente partición, «se le había procurado pagar en fincas», y con el fin de garantizar la nuda propiedad a los interesados, dicho don Pedro E. H. había constituido sendas hipotecas a favor de su hermano y de sus sobrinos.

A la primera previsión del padre (primer testador), seguían las cautelas acordadas en el acto particional. Cautelas, quizá, relacionadas con la segunda esposa, pues los acontecimientos demostraron cómo tales previsiones no fueron infundadas.

— Si entramos en el análisis del contenido del testamento, vemos *prima facie* las siguientes disposiciones: un legado de parte alicuota, del tercio (libre a favor de la viuda; otro legado de parte alicuota del tercio) de mejora, a favor de sus nietos, y una institución en el remanente, a favor de su hija y de su segunda esposa (viuda).

La configuración de los legados de parte alicuota es clara e inequívoca, y aparece reafirmada por la institución de herederos. No creo necesario extenderme en ello.

La institución en el remanente tenía un matiz especial. Vimos anteriormente (222) lo debatido del tema, y cómo un amplio sector entiende es propia y verdadera institución de heredero. Aquí el matiz era, y es, curioso: «...herederas en la proporción y alcance del Código civil». Esta es la expresión, cuyo significado es todo menos claro.

Primeramente, conviene no perder de vista que, rigiendo el Código civil, en su redacción primitiva, parece que, en orden al usufructo vidual, debiera aplicarse el artículo 839 anterior (al actual), y sacarse *del tercio libre* dicha cuota vidual. Pero ello tropieza con la dicción literal de dicho precepto, «hijos de dos o más matrimonios» (en el caso de autos, tan sólo había una hija) y con la voluntad evidente del testador consignada en la cláusula 4.^a y reafirmada en la 5.^a Parece, pues, difícilmente viable la tesis propugnada, pero que podría mantenerse con una interpretación sistemática del testamento, sobre todo, inducida del espíritu de la cláusula 5.^a (manda el tercio de mejora a los nietos) y de la aplicación rigurosa del artículo 839 antiguo.

(221) Véase el epígrafe 1 de los antecedentes de esta sentencia

(222) Véase el comentario precedente a la sentencia de 1903, y las posiciones de nuestra más moderna doctrina: notas 197 y 198.

Aunque no prospere la tesis apuntada, seguimos ante la cuestión de descifrar qué es eso de «en la proporción y alcance del Código civil». El Código civil ordenaba entonces (y hoy lo mismo) sacar el usufructo viudal de la cuota de mejora, o bien del tercio libre, habiendo hijos de otro matrimonio. Todo gira, pues, acerca de si la interpretación del antiguo 839 había de hacerse extensiva o restrictivamente. Ahora bien, en el caso de autos observamos: que el tercio libre lo lega a la segunda esposa; que lega también el tercio de mejora a los nietos, cuyo usufructo—esto es lo cuestionable—es de la viuda; y que el otro tercio de legítima tiene un destinataria legal, la hija. ¿Dónde tenemos, pues, el pretendido «remanente»?

Me parece que la única idea clara del testador era favorecer a su segunda esposa e instituir la heredera. Del resto, no muy claro, se desprende la existencia de dos legados parciarios.

2. A lo largo de la *litis* aparecen probados una serie de hechos trascendentes: que la viuda se comportaba como verdadera propietaria de todos los bienes relictos, que tenía la administración de dichos bienes y que era poseedora real de las fincas del causante. Tales hechos comportan sus inevitables consecuencias. Veámoslas:

— Una de las fincas estaba sujeta a hipoteca en favor de los demandantes, los nietos del causante, titulares—según el Tribunal Supremo—de la nuda propiedad de la finca (223). Al morir el causante, habían consolidado la propiedad, por cumplirse el evento condicionante previsto por su bisabuelo (el primer testador). Y desde la fecha de la muerte del usufructuario, a ellos correspondían los frutos, intereses, rentas, etc., de la finca: todo ello, conforme al artículo 882 del Código civil, según el Tribunal Supremo.

Ahora bien, una cosa es que los frutos de la finca hipotecada correspondan a los acreedores hipotecarios, conforme a los artículos 1.095 y 1.100, desde la interpelación formalmente hecha; y otra cosa bien distinta es la titularidad de la finca, inscrita a nombre del causante, poseída de hecho por su viuda, a cuya titularidad van

(223) No queda muy claro en la sentencia. Entiendo que lo que se hipotecó, en el acto particional, fue una finca. Lo que tenían los nietos era un *crédito hipotecario*, adquirido en el acto particional, y no legado por su abuelo.

a acceder los nietos por su legado, de la mejora dispuesta a su favor.

— La posesión por la viuda, ¿la convertía en un tercer poseedor? Evidentemente, no era, en principio, deudora personal de la obligación garantizada con la hipoteca, pero su posición era la de cualquier propietario de un inmueble gravado con la hipoteca, con sus efectos de gravamen real y de imponerle una conducta de conservación del inmueble (el *quantum sufficit*). Era sujeto pasivo de la hipoteca (224). Pero para poder gozar de la condición de «tercer poseedor» era indispensable que la viuda no fuera heredera: ha dicho ROCA SASTRE (loc. cit., en nota anterior), que el adquirente a título de heredero no puede reunir el carácter de tercer poseedor, pues en virtud de la «sucesión» o subrogación en la misma posición jurídica del causante, tendrá la misma condición de éste, o sea, la de hipotecante por deuda propia, esto es, personal. Siendo la viuda heredera, estando de hecho en posesión de las fincas y administrando los bienes hereditarios, triple carácter condicionante de la demanda, es obvio que la conclusión del *petitum*—que pague la obligación garantizada y sus intereses—era viable y tremendamente justa.

3. El recurso de casación lo vemos desmesurado y falto de toda lógica y realismo.

— No tiene una base sólida el argumento de que la viuda tan sólo era heredera, «en cuanto a la cuota viudal usufructuaria, conforme al artículo 834 del Código civil», cuando la intención evidente del testador es inequívoca. La cita de varias sentencias no prueba nada, si no se nos pormenoriza acerca de los hechos subyacentes en cada pleito.

— Difícilmente puede sostenerse que el viudo sea un heredero «singular»; o es heredero, y, por tanto, universal, o no lo es; todo depende de la designación del testador y de los efectos realmente queridos por éste.

— Rechaza que la viuda sea administradora de la herencia, en base a que la *Administración* requiere: 1) un nombramiento o desig-

(224) Véase ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, Bosch, 1954, IV, págs. 117 y sigs., y I. págs. 497 y sigs.

nación *ad hoc*; 2) una pluralidad de actos y manifestaciones externas. Ambos requisitos nos parecen de poca consistencia.

Para un concepto claro de acto de Administración, puede verse a GITRAMA (225): aquel que, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos, sin comprometer, en modo alguno, el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio.

De este concepto objetivo de acto de Administración, y de la intención manifestada por el administrador en el cumplimiento del mismo, podemos deducir que la viuda recurrente ejercía claramente de administradora. De un lado, por los hechos alegados y probados en el pleito; de otro, porque ni es necesario un nombramiento en forma, ya que cabe la gestión oficiosa de negocios, ni la pluralidad de actos puede entenderse en el sentido del recurso.

— Pretende sacar consecuencias de que la posesión de los bienes por la viuda es «material» y no jurídica: aparte de desconocer que las consecuencias prácticas de la distinción son nulas, en base al artículo 446 del Código civil, está el hecho de que la obligación garantizada con la hipoteca, al ser ésta un gravamen real, afecta a la cosa, «cualquiera que sea su poseedor». No creo necesario insistir en este punto.

— En cuanto al problema de la morosidad en el pago de los intereses de la deuda garantizada, es evidente que el cómputo debía hacerse desde la fecha de la muerte del deudor.

— Las alegaciones, relativas a que la recurrente es sólo legataria y heredera «singular» de su cuota viudal, quedaron antes examinadas, y no merecen comentario.

— *Sentencia del Tribunal Supremo:*

1. Rechaza el recurso, fundamentando su decisión en una argumentación, cuyo punto de partida es el Considerando 1.º

La argumentación es claramente de inspiración subjetiva. Las normas de nuestro Código civil, reguladoras de la sucesión *testada*,

(225) *La administración de la herencia*, págs. 10 y sigs.

obedecen primordialmente a dicho criterio, nos dice el Tribunal Supremo. Esto, obviamente, expuesto genéricamente, es cierto (226). La singularidad de la interpretación testamentaria está guiada tan sólo por el principio *voluntas spectanda*: no está en relación con la función *mortis causa* del acto de última voluntad, sino en relación con su irrelevancia jurídica externa, *ante mortem*, nos dice JORDANO (227). Precisamente, la función del intérprete es colocarse en la misma situación en que se hallaba el testador cuando dispuso. El intérprete debe proseguir en la misma dirección psicológica o subjetiva de la interpretación, reconstruyendo incluso la voluntad «presumible» del disponente.

Con estas citas del profesor JORDANO BAREA, parece que podemos centrar las afirmaciones del Tribunal Supremo: «La posición de heredero o legatario—viene a decir—depende de lo que se acomode a la Ley, y a la verdad, conforme a justicia y a la realidad, siempre que se deduzca lógicamente la voluntad del testador de transmitir a una persona los bienes de que dispone.» Esta idea, expuesta en 1920, con una notable anticipación a estudios posteriores, me parece de una modernidad y actualidad enormes, y de su bondad intrínseca podemos opinar si tenemos a mano cualquier manual o estudio sobre interpretación testamentaria.

2. Sentada la base de partida por el Tribunal Supremo, es obvio que, en el caso de autos, la viuda recurrente debía y merecía ser considerada como heredera, no sólo con el canon hermenéutico de la literalidad, sino también con el lógico y el sistemático o de la totalidad. Hasta aquí, el Tribunal Supremo opera con arreglo a toda lógica.

Dando por buena—aun hipotética—la idea de que la frase, «en la proporción y alcance del Código civil», implica un *límite* a la institución, o sea, que la institución es en las cuotas legitimarias, aun entonces, el Tribunal Supremo mantiene que la viuda no puede ampararse en tal doctrina, en base a sus actuaciones de gestión de los bienes hereditarios. Quizá hubiera sido oportuno que el Tribunal Supremo, en este punto, hubiera fijado lo que debía enten-

(226) Véase BETTI, *Interpretazione della Legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmática)*, 1949, págs. 280 y sigs.

(227) Op. cit., pág. 41.

derse como voluntad real o presumible del testador. Queda así la duda, si volviera a presentarse un caso similar, de si, en todo caso, puede considerarse como propia institución de heredero.

Las actuaciones como gestora oficiosa encargada de la Administración de los bienes hereditarios confieren a la recurrente la cualidad de representante del caudal relicto y, por tanto, viene obligada al pago de las deudas hereditarias. Esta última conclusión del Tribunal Supremo no es muy ortodoxa, aunque sí justa. El que, *de facto*, la viuda administre los bienes, no le convierte en deudora, no le responsabiliza su patrimonio: la responsabilidad le proviene del hecho de ser instituida heredera, y, por tanto, obligada a responder del pasivo hereditario.

3. En el Considerando 3.º no se analiza a fondo el punto derivado de la existencia de una hipoteca inscrita en el Registro. Aparte de remitirnos a lo antes expuesto, tomado de ROCA SASTRE, creo que la argumentación de este Considerando es un poco forzada. Pasa a examinar el resultado práctico del testamento, y entonces declara como inconcuso que los demandantes sólo podían dirigirse contra la viuda demandada «en la parte de libre disposición, única que puede ser gravada». Esto no es muy exacto. La división en tercios es, a efectos de legítimas, de inoficiosidad de donaciones, de colación, pero no veo que tenga relación con el pago de deudas. De las deudas responderá el heredero instituido—*ultra vires*, según la concepción tradicional, o *intra vires*, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS—, pero tales deudas siguen invariables e invisceradas en el patrimonio, sin distinguir en él porciones.

El Tribunal Supremo podía haber reforzado la idea inicial con la de que la viuda era heredera, pero no lo hace. En cambio, alude a que «posee y administra la finca hipotecada», lo que parece indicar que el Tribunal Supremo estaba pensando en función de la idea de «tercer poseedor», idea que ya vimos es inadecuada al supuesto y que debe rechazarse.

4. También en este Considerando, el Tribunal Supremo no discrimina lo que supone el que los demandantes sean acreedores hipotecarios, por un lado, y legatarios por su tercio de mejora, por otro. Creo que son dos titularidades totalmente distintas: la primera, de un derecho real de hipoteca, para cuya ejecución había

que estar a la cláusula correspondiente de la escritura particional en que se constituía; la segunda titularidad, por el legado, depende de la cosa en que se concrete el legado. Lo que sí es justo es la conclusión: siendo evidente que los demandados son acreedores, siendo su legado exigible a la muerte del testador (no tenemos datos), y no habiendo percibido ni los frutos ni la cosa legada, parece obvio que hay *mora debitoris* por parte de la viuda demandada.

— *Resumen*: Tenemos en esta sentencia un planteamiento inicial excelente y adecuado. Siguen una serie de razonamientos de diverso valor y unas conclusiones, por lo general, justas.

La generalización del Considerando 1.º es en la medida necesaria y no la creo excesiva.

En cuanto al tema de nuestro estudio, el legado de parte alicuota, vuelve a brillar por su ausencia en el caso de autos a la hora de la verdad y de las decisiones jurisprudenciales.

7.ª SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1940.

— *Hechos*:

1. Ante todo, conviene no perder de vista lo expuesto *ut supra*, porque, al tener amputada la parte expositiva de la sentencia, nuestras notas críticas se han de resentir del adecuado contraste de los hechos, aquí desconocidos.

Parece, *prima facie*, a mi modesto entender, que, en el litigio, el punto básico de discusión lo fue el de una rendición de cuentas, derivada de un albaceazgo y una tutela.

La argumentación del Tribunal Supremo radica básicamente en la distinción entre heredero y legatario de parte alicuota. Esta famosa sentencia—recuérdese lo dicho en la nota 80—ha sido ampliamente comentada por notables tratadistas y expositores, centrandó su comentario en esa distinción fundamental establecida en sus Considerandos (228).

(228) Véase OSORIO MORALES, en su *Comentario*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1941, pág. 148; BONET RAMÓN, en «Revista de Derecho Privado», 1941, pág. 39; ROCA SASTRE y PUIG BRULAU, en *Estudios de*

El único de los comentaristas que se atreve a atacar el tópico, comúnmente aducido, de que dicha sentencia aborda decididamente el problema de la distinción entre heredero y legatario de parte alicuota, ha sido PUIG BRUTAU, que califica la doctrina de esta sentencia de imprecisa y excesiva.

— Dados los fines de este trabajo, y pese a la exigüidad de los datos que tenemos, me parece insoslayable volver la vista a lo que constituyó el hecho básico determinante del pleito: la sucesión del súbdito ruso don A.

Me parece inevitable la aplicación de la Ley nacional rusa en orden a la sucesión de don A. (art. 10 del Código civil). Las peculiaridades de dicha sucesión testamentaria son: 1) una institución de herederos por partes iguales; 2) una designación de albacea, y 3) la delación testamentaria de tutor a favor de don B.

1) Parece—aunque carecemos de detalles—que la institución comportaba un llamamiento solidario, y, por tanto, con la aplicación, en su caso, del derecho de acrecer (o de la situación de acrecentamiento, según se prefiera). A la institución de herederos es aplicable la norma rusa, conforme al artículo 10 del Código.

2) La designación de albacea, en este concreto caso, es a favor de la persona que era mandatario en vida del causante. Toda la problemática acerca de si el albaceazgo es o no un mandamiento *post mortem* (229), podemos eludirla. En nuestro supuesto de hecho, el testador quiso verdaderamente que su mandatario fuera albacea después de su muerte, pero me temo que no tenemos otros datos. Por tanto, me parece dudoso que su intención o voluntad real fuera que tal albaceazgo se rigiese por las normas del mandato; desgraciadamente, no tenemos otros indicios, ni cabe acudir a los medios de prueba extrínsecos al testamento. Parece lógico concluir que a tal albacea sólo podrán aplicarse aquellas normas del mandato que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima apli-

Derecho privado, II, pág. 198, y II, pág. 142; VALLET, en *Apuntes de Derecho sucesorio*, pág. 265; CASTÁN, en *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Separata, 1960, pág. 119, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Parte general, página 90, y PUIG BRUTAU, en *Fundamentos de Derecho civil*, V-1.º, pág. 90.

(229) Véase PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., V-1.º, pág. 438, y autores en ella citados, y págs. 448 y sigs.

cables: la obligación de ajustarse al encargo recibido y la de rendir cuentas. No le es aplicable la norma del artículo 1.730 del Código civil sobre la retención de bienes (véase PUIG BRUTAU, loc. cit.).

Ante el supuesto de hecho, de sí poco explícito, parece que, en defecto de disposición del testador, la duración del albaceazgo no podía exceder de dos años, a contar desde la aceptación (art. 904 del Código civil). Hay notables decisiones de nuestro Tribunal Supremo en este sentido, y en el de que el encargo es temporal y no permanente, como el de heredero: me remito aquí a la obra citada de PUIG BRUTAU.

Parece que el albacea don B. no había formalizado inventario de los bienes relictos, ni tasado los bienes, ni procedido a vigilar la ejecución del testamento: esto se deduce de la somera exposición de hechos. El albacea, como tal, *no tiene* las facultades de administración de toda la herencia, ni de disposición, ni de partición, salvo que el testador se las hubiere concedido expresamente. Sin embargo, tenemos como probado el hecho de que «don B. realizó múltiples actos de gestión y disposición» inconciliable con la idea apuntada, y muchos menos con la de la función tutelar, sin autorización del consejo de familia.

La actuación del albacea don B., *prima facie*, había sido: no sujeta a plazo, y de gestión y disposición de la herencia. Ello implica un doble problema: el de si había cumplido realmente el encargo del testador y el de precisar con qué carácter intervino en los actos de enajenación. Ambas cuestiones, ante la carencia de detalles, no tienen fácil respuesta: podemos intuitivamente suponer que cumplió el encargo interesadamente—como se ve al observar el testamento del albacea don B.—, y no sabemos si las enajenaciones se hicieron con el consentimiento de los representantes legales de los menores (art. 903). Queda aparte también el problema de si don B. podía o no partir la herencia de A., cosa que no sabemos si realizó, problema que queda aludido y en el que no entramos.

A la vista de todo ello podemos concluir: 1.º, que don B. parece que se extralimitó en sus funciones (salvo pruebas en contra, que no constan); 2.º, que no podía retener los bienes de la herencia; 3.º, que estaba obligado a rendir cuentas.

3) La delación testamentaria de la tutela a favor de don B. es un «plus» a añadir a su condición de albacea.

La idea básica subyacente en la tutela es la de ser una institución supletoria de la patria potestad, tendente al cuidado de la persona y los bienes del o de los pupilos. Esa idea básica debe fundamentar todos los actos del tutor, que, caso contrario, obraría maliciosamente. En el supuesto de hecho que comentamos, esta actuación dolosa sería más grave, por ser persona de confianza del testador, que le nombró precisamente en atención a sus condiciones personales.

La organización tutelar moderna gira alrededor de un órgano de dirección y vigilancia del tutor, bien sea una asamblea de parientes, bien sea un Tribunal especial de tutelas.

La Ley aplicable al caso es la Ley nacional de los pupilos, o sea, la rusa. El Derecho ruso está incluido en el grupo, llamado germánico (230). La aplicación de la Ley rusa era obvia, máxime perteneciendo a un sistema de tutela completamente distinto al nuestro. Ahora bien, se presentaban dificultades para la aplicación de la Ley personal de los pupilos, en parte por las diferencias técnicas e institucionales entre la Ley rusa y la Ley española, y en parte, porque la Ley española no prevé la organización de la tutela de los pupilos extranjeros residentes en España, con lo que no hay autoridad encargada de promover la organización de tal tutela.

La única solución a este problema habría podido ser: o bien reconocer la competencia para organizar la tutela a los funcionarios diplomáticos y consulares rusos—no los había en España en el año 1940—, o bien resolver el problema mediante un Tratado entre las dos Naciones—Tratado también inexistente—. Existía la Convención de La Haya de 12 de junio de 1902, ratificada por España en 1904, aplicable solamente a los conflictos entre los Estados signatarios: entre dichos firmantes no estaba Rusia.

Así las cosas, parece que todo se reducía a alegar y probar en autos el Derecho ruso, que era el que técnicamente debía aplicarse. El principio *iura novit curia* no rige respecto de las Leyes extranjeras, no pudiéndose exigir a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho, según tiene establecido de manera constante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Siendo de difícil prueba en el año 1940 el contenido del De-

(230) Véase ARMINJÓN, NOLDE y WOLFF, *Traité de Droit comparé*, 1950, tomo I, págs. 272 y sigs.

recho ruso, la aplicación de la Ley del lugar de residencia de los pupilos (sistema supletorio del Convenio de La Haya) era inevitable, y, por tanto, la aplicación del Código civil español.

En nuestro sistema no bastaba la delación testamentaria para que don B. actuase de tutor, sino que se requería: la previa constitución del Consejo de Familia, el nombramiento de protutor, la prestación de fianza, conferir el Consejo la posesión al tutor y la inscripción del nombramiento en el Registro de Tutelas. Parece que nada de ello se había cumplido. En consecuencia, la actuación de don B., contemplada a la luz de nuestro Código civil, solamente podía calificarse de «irregular» o de gestión «de hecho» (231).

La gestión de un tutor «de hecho» debe sujetarse a un régimen, pero ¿cuál? Puede dudarse entre considerar aplicable al caso la normativa de la *negotiorum gestio* o la de la tutela. Parece preferible la solución de aplicar las normas de la tutela: de un lado, por ser más rigurosas las responsabilidades del tutor, y de otro, por ser mayores las garantías del pupilo y más favorables al mismo dichas normas.

Aplicando las normas de la tutela, lo primero que se nos presenta es que don B. no había tomado posesión de su cargo. Lo pertinente hubiera sido remover a don B. y proceder al nombramiento de nuevo tutor: pero no se hizo la remoción, por lo que se nos expone en el caso.

Las obligaciones de don B., al cesar la tutela, por mayoría de edad de los pupilos, eran las dos siguientes: rendir cuentas generales de su gestión y responder del saldo que resultare de ellas en contra suya. En el caso de autos, la hija de don A. llegó a la mayoría de edad, y el tutor no le rindió cuentas, falleciendo meses más tarde. La hija de A. conservaba su acción derivada de la tutela, cuyo plazo de prescripción es de cinco años (art. 287).

Ambas obligaciones del tutor son transmisibles a sus herederos: ello deriva del concepto técnico jurídico de sucesión universal. Además, viene reafirmado expresamente en el artículo 281 («el tutor o sus herederos...»).

Entiendo que, por otra parte, la hija de A. tenía la acción ten-

(231) Véase en lo relativo a este punto: ORTEGA PARDO. *La tutela de hecho* en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1947, segundo semestre, página 80.

dente a obtener la reparación de los perjuicios causados por B. Lo difícil será encuadrar la responsabilidad de B. por su gestión (232): CASTÁN parece aludir a la responsabilidad extracontractual («por culpa o negligencia», nos dice), y en idéntico sentido opina, aunque con reservas, LETE DEL RÍO. Creo que la responsabilidad del tutor —en este caso don B.— está intimamente ligada a sus obligaciones, y éstas derivan de la Ley (arts. 279 y sigs. del Código civil). Las obligaciones legales se rigen por lo prevenido en el artículo 1.090 del Código civil.

Las obligaciones *ex lege*, nos dice DÍEZ PICAZO (233), son las que nacen de los supuestos de hecho legalmente reglamentados. Son, por regla general, obligaciones de reparación, de indemnización o de restitución: en este grupo se incluyen todas las que tienden a reparar o establecer un equilibrio patrimonial roto como consecuencia de un enriquecimiento sin causa, de un gasto, de una lesión, de un daño o de un perjuicio. Parece, pues, claro el encuadre de las obligaciones de don B.

El deber primario de don B., como tutor, se concretaba en las dos obligaciones apuntadas, de modo que su deber primordial era el de desplegar aquella conducta o aquel comportamiento en que cada prestación consistía (234). Pero, además, debía prestar su cooperación, cuando ésta fuera necesaria para que se produjese un resultado útil de la prestación. Incluso podía pensarse en que don B. tenía, además, especiales deberes de «consideración», respeto, lealtad a la memoria de A. La infracción de cada uno de estos deberes comporta consecuencias distintas: la del deber primario o deber central de prestación entraña siempre un fenómeno de «incumplimiento»; la de los deberes accesorios de conducta implica un cumplimiento defectuoso, que cabe—en este caso—exigir juntamente con el deber principal; y la de los deberes de consideración puede comportar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Me han parecido convenientes estas precisiones conceptuales acerca de las obligaciones de B. derivadas de la tutela, y la con-

(232) Véase LETE DEL RÍO, *La responsabilidad de los órganos tutelares*, 1965.

(233) Véase *Lecciones de Derecho civil*, II, 1965, págs. 207 y sigs.

(234) Véase DÍEZ PICAZO, op. últ. cit., pág. 277.

creción de los deberes que comportan. Sigue en pie el problema de la responsabilidad, antes apuntado; el Tribunal Supremo (sentencias de 12 de marzo de 1934 y 8 de abril de 1936), solamente distingue tres clases de culpa: contractual (art. 1.104), extracontractual (art. 1.902) y criminal. Ahora bien, hemos de partir de la base de que la responsabilidad es una forma de sanción: el incumplimiento de un débito es un acto antijurídico, que debe ser sancionado. Lo que no queda muy claro es la sanción para el incumplimiento de aquellas obligaciones derivadas de la Ley y no constitutivas de un «ilícito» civil: frente a la tesis que aplica el artículo 1.902, se habla de incluir tal responsabilidad dentro de la normativa general del artículo 1.101. La cuestión es interesante y poco estudiada.

— En conclusión, podemos decir que la sucesión testada de don A. comportaba un problema de Derecho internacional privado. Aplicando la técnica preconizada por don FEDERICO DE CASTRO, y, en resumen, había que distinguir:

— A la delación de la tutela: aplicable la Ley nacional rusa de los menores o, en su defecto, la Ley del lugar de residencia (española) de los mismos (criterio supletorio del convenio de La Haya).

— A la designación de albacea, y a la institución de herederos: había que subdistinguir: en orden a la forma del acto, rige el principio *locus regit actum*; en orden al fondo, la aplicación de la Ley nacional del testador es incuestionable, en base al artículo 10-2.º del Código civil (235). Y en su defecto, o por reenvío, la Ley del domicilio, o sea, la española.

2. El segundo hecho fundamental lo constituye la muerte del albacea y tutor B. dejando incumplidas las obligaciones derivadas de su doble posición jurídica adquirida por muerte de A. Eran estas obligaciones:

— Como albacea y como mandatario: obligación de reparar los perjuicios causados por extrahimitarse en su gestión; obli-

(235) Véase, para un conocimiento del Derecho ruso en materia de sucesiones: ARMINJÓN..., cit., tomo 3.º, págs. 365 y sigs.; MARÍN PÉREZ, Separata de R. G. L. J., 1963, sobre los principios informadores del nuevo Derecho civil soviético, en especial págs. 55 y sigs.

gación negativa de no retener los bienes hereditarios; obligación de rendir cuentas.

- Como tutor: obligación de rendir cuentas generales de su gestión como tal; obligación de entregar el saldo resultante en contra suya; y obligación de reparar los perjuicios causados.

Como consecuencia lógica de los principios que informan la sucesión universal, y a la vista de los artículos 661, 659 y 660 del Código civil y de la cláusula del testamento de B. en que instituye heredera a su hija natural (la demandada), es obvio que ésta, por el hecho de aceptar se había colocado en el mismo lugar de su causante. El subingresso *uno ictu* de la heredera en las relaciones jurídicas de B. comportaba lógicamente los respectivos deberes primarios de prestación en cada una de las citadas obligaciones y la consiguiente responsabilidad caso de incumplimiento.

3. El tema del testamento de don B. sería, por sí, suficientemente interesante, de conocer la redacción de dicho testamento. No voy, por ello, a extenderme en este punto, y sí sólo a precisar el alcance que pudieran tener dos cláusulas: el legado en nuda propiedad a los hijos de A. y la prohibición de intervención judicial.

Si la hermenéutica es la ciencia consistente en precisar el sentido de una palabra o una frase mediante el contexto en que aparece (236), y parte del principio evidente de que «lo que es parte sólo puede entenderse si lo referimos al todo de que ello es parte», y lleva implícita la idea de que «la parte, por sí y aislada, carece de sentido porque es sólo «parte», por tanto, algo incompleto, puro fragmento» (237): todo ello nos lleva a concluir que en nuestro caso concreto el canon sistemático nos era y es indispensable para interpretar esta parte, o cláusulas, del testamento.

Tenemos una serie de indicios, un «comportamiento» del testador antes de su muerte—gestión de los bienes de A. sin rendir cuentas—y al otorgar su testamento—exclusión práctica de los hijos de A. de su herencia, y amenaza de pérdida de todos los beneficios—, que parecen suficientes y reveladores de que su volun-

(236) Así, ORTEGA, en *Velázquez*, pág. 95.

(237) ORTEGA, *Ibid.*

tad real era seguir dando largas a las obligaciones por él asumidas al morir A. y seguir beneficiando a los suyos en perjuicio de los hijos de A.

Incluso cabría aquí apuntar la posibilidad de un abuso de su derecho por B., al demorar de modo persistente e injustificado el cumplimiento de sus obligaciones.

4. El análisis del pleito ha de ser, necesariamente, breve: La demanda, o mejor, su *petitum*, es técnicamente correcta. Nos remitimos a lo antes expuesto. Si acaso, añadiré que desde el momento de la reclamación judicial, la hija de B. había sido colocada en mora (arg., art. 1.100 del Código civil).

— La Reconvención no desvirtúa las alegaciones ni el *petitum*.

— Las sentencias de las dos instancias son condenatorias, como no podía ser menos por la naturaleza de las cosas.

5. Del recurso sólo conocemos dos motivos:

— En orden a la penalidad impuesta por el testador: nada tenemos que objetar en cuanto a la voluntad del testador claramente expresada; ahora bien, podría cuestionarse si los deberes accesorios de conducta anejos a los deberes de prestación de cada una de las obligaciones adquiridas por la muerte de A., y si los deberes de «consideración» o de lealtad hacia A. imponían una distinta interpretación de dicha cláusula testamentaria.

— En orden a la alegación de que «a la heredera *no se le puede* exigir el cumplimiento *íntegro* de las obligaciones de su causante B., al existir también legatarios de parte alicuota»: ante todo, se me ocurre que el cumplimiento o es íntegro o no hay tal; otra cosa sería hablar de cumplimiento total y parcial, distinción que quizá era la idea latente en la recurrente. Pero, aun así, tal distinción hay que referirla a la existencia o no de heredero instituido: si no lo hay, los legatarios responden *cum viribus*, viniendo a ser cada cosa legada la concreción de la responsabilidad de cada legatario, y nada tiene ello que ver con un cumplimiento «parcial» o no íntegro; y si hay instituido heredero, responde de todas las deudas y cargas de la herencia, incluso con sus bienes propios (art. 1.003 del Código civil), responsabilidad que se deriva de la falta de cum-

plimiento y que se concreta en la parte o deuda que deje de cumplir.

La alegación de que existen también legatarios de parte alícuota, prueba poco: tanto lo eran los usufructuarios como los nudo propietarios del tercio legado; y sería absurdo pretender que estos últimos, hijos de A., y herederos, y por tanto, acreedores legítimos de la serie de obligaciones asumidas por B., transmisibles a su muerte, tuvieran que responder del incumplimiento de las obligaciones cuyo cumplimiento ellos mismos exigían.

La heredera de B. era, por tanto, la única persona obligada al cumplimiento de la serie de obligaciones transmitidas por su causante.

— *Sentencia del Tribunal Supremo:*

La primera observación es que hay que tener en cuenta la peculiar naturaleza de nuestro recurso de casación: el que el recurso sea acogido, no implica nada más que el Tribunal Supremo concede virtualidad a la penalidad impuesta por el testador.

La segunda observación es que, al desconocer la serie de Considerandos y atenerme a la exposición alfabética de la «Revista de Derecho Privado», quizá cometa alguna imprecisión de matiz.

— En el apartado a) parte el Tribunal Supremo de la existencia de un mandato, en verdad existente, pero no alude al albaceazgo, también existente. La implicación de ambos cargos en la misma persona hubiera necesitado de una mayor precisión conceptual. La consecuencia lógica y jurídica es evidente: la obligación de rendir cuentas. El inciso final, sobre «que se concreten en ejecución de sentencia los actos de gestión que ha de comprender la rendición de cuentas», es asimismo correcto y zanja la cuestión. Personalmente, hubiera preferido una más sólida base argumental en este punto, que estimo básico en el litigio.

— En el apartado b) parece que el Tribunal Supremo recoge una alegación de la recurrente de que «procedía aplicar por analogía la legislación española referente a la gestión de negocios ajenos». Entiendo algo complicada la argumentación del Tribunal Supremo rechazando esta alegación en base a que «uno de los térmi-

nos de la comparación es desconocido». Más técnico y correcto hubiera sido incidir en la aplicación del Código civil, como resultado inevitable al que conduce la recta interpretación de las normas de conflicto aplicables al albaceazgo y a la tutela, y de la tutela de «hecho» de B. En definitiva, aunque en forma sucinta, el Tribunal Supremo llega a la solución correcta.

— En el apartado c) se analiza «el tema básico sobre cuál sea la norma aplicable al caso en que la Ley rusa... no haya tenido comprobación en el pleito». El análisis del tema, las soluciones aducidas y la conclusión final manteniendo el fallo condenatorio de la Sala de Instancia, son técnicamente excelentes y correctos.

— Siendo evidente la obligación de rendir cuentas de la tutela y albaceazgo, y siendo la demandada la heredera de B., bastaban unas someras indicaciones o precisiones conceptuales relativas a la posición jurídica ostentada por la hija de B. y ligar estas precisiones a la conclusión final obvia.

Sin embargo, no opera así el Tribunal Supremo y se extiende con previsiones en orden a: la nota distintiva de los conceptos de heredero y legatario, tendencia espiritualista, trato jurídico del legado de «cuota», aspectos de concidencia y responsabilidad por deudas hereditarias (238). Desgraciadamente, y pese a la opinión de doctos maestros, creo que enfocadas estas precisiones a la luz de los hechos no pasan de ser meros *obiter dicta*, y no la *ratio decidendi* del litigio.

Es obvio que el apartado d) desarrolla el criterio objetivo, muy en boga en aquellos años de nuestra postguerra por influjo de los trabajos sobre nuestro Derecho sucesorio realizados por... FERRARA (239). Ahora bien, una cosa es desarrollar el criterio objetivo y otra extraer de él consecuencias hasta el último extremo: el Tribunal Supremo en este apartado d) no llega a decir que este principio objetivo prevalecerá, «aunque haya sido otra la voluntad del testador» (240).

(238) Véase los apartados d), e) y f) de la exposición de la sentencia.

(239) Véase «Revista de Derecho Privado», 1923, pág. 323: *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*.

(240) Y, sin embargo, esta afirmación la hace BONET RAMÓN: véase su *Comentario a esta sentencia*, cit., R. D. P., 1941, págs. 39 y sigs.

En el apartado e) se recoge el principio voluntarista, que es el tradicional en nuestro Derecho sucesorio. Visto con los ojos de un jurista de «1968», ello me parece lo lógico, lo normal, incluso lo tópico. Visto con los ojos de un jurista de 1940, decía BONET RAMÓN (241) que «es de lamentar que el Tribunal Supremo no se haya atrevido a romper por completo con los resabios del dogma de la autonomía de la voluntad, hoy en franca decadencia». El contraste es tan fuerte, que sólo puede explicarse: de una parte, en el gran influjo de las circunstancias ambientales, sean profesionales, sociales, políticas, etc., en el intérprete o juzgador (242): es lo que DE CASTRO denomina «la infraestructura ideológica» (243); y de otra, en que el progresivo intervencionismo de la Administración, en la vida económica (244), hizo en algún tiempo que se creyere definitivamente liquidado el principio de la autonomía privada. Ha sido el profesor DE CASTRO (245), quien ha puesto de relieve cómo la crisis de la autonomía privada procede de su propia naturaleza sociológica, y que, no obstante las presiones que de uno u otro lado recibe, la autonomía privada pervive, y en todo Ordenamiento jurídico se siente la necesidad de ampararla.

Es una *communis opinio*, que «esta sentencia tiene el mérito indiscutible de haber abordado de frente el problema de la determinación de los títulos de heredero y legatario, uno de los problemas más intrincados y fundamentales de nuestro Derecho sucesorio» (246). En una línea paralela, dice CASTÁN (247) que «esta importantísima sentencia tiene el mérito de haber sabido fijar una orientación, y una doctrina en materia, que hasta el momento sólo había sido tratada por la jurisprudencia a través de referencias incidentales y de manera confusa y que parecía vacilante».

Por mi parte, ante tan autorizadas opiniones—como la del admirado maestro y mentor de tantas generaciones de juristas españoles—, sólo me atrevo a destacar: primero, que es indudable el

(241) Véase *Comentario a esta sentencia*, op. y loc. cit.

(242) Véase al principio, nota 24.

(243) Véase *El negocio jurídico*, 1967, pág. 13.

(244) Véase VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, y su concepto derivado de la vieja idea romana de la *inmissio*

(245) Op. últ cit., pág. 17.

(246) Véase BONET RAMÓN, op cit.

(247) Véase *La dogmática...*, cit, pág. 120.

mérito de esta sentencia y laudable su propósito de señalar una orientación en tema tan debatido; segundo, que todo ello no es óbice a reconocer que el fondo del asunto eran el albaceazgo y la tutela, con sus correspondientes obligaciones de rendir cuentas pendientes; tercero, que las alegaciones de los apartados *d)*, *e)* y *f)* no parecen ser la *ratio decidendi* del litigio; cuarto, que el trato jurisprudencial del tema de nuestro estudio ni es incidental, ni confuso, ni vacilante, como puede deducirse por el paciente lector de la lectura detenida de todos y cada uno de los supuestos de hecho; y quinto, que no debe olvidarse que nuestro Tribunal Supremo, en puridad, sólo resuelve sobre su recurso de casación y, a su través, el pleito planteado.

— Veamos la caracterización que al legatario de parte alicuota asigna el Tribunal Supremo en esta sentencia, deducida de los apartados *e)* y *f)*: de una parte, no es continuador de la personalidad del causante; de otra, su responsabilidad por las deudas hereditarias es proporcional a su cuota, hasta el límite de su haber líquido, y no más. Ambos caracteres son bastantes imprecisos, y VALLET los califica de «deficientes» (248).

- En cuanto al primero, parece evidente hoy que el heredero no continúa (ni deriva, ni supervive) la personalidad del difunto: el heredero obra en su propio nombre, no en nombre del difunto.
- En cuanto al segundo, el tema de la responsabilidad por deudas no es tratado con la debida precisión técnica: ni se separan los conceptos de responsabilidad y de afección, ni se deslindan la posición jurídica del legatario de parte alicuota, frente a los acreedores de la herencia y en sus relaciones con los herederos.

Si dura es la crítica expuesta de VALLET, no lo es menos la de ROCA SASTRE (249). Porque el silogismo del apartado *f)*, cuyo término comparativo es el heredero a beneficio de inventario, puede muy bien invertirse, y entonces, ¿no será más bien que es el heredero a beneficio de inventario quien *se parece* al legatario de parte

(248) Véase *Apuntes...*, cit., pág. 267.

(249) Véase *Estudios...*, cit., II, pág. 198

alicuota? (250). Y aun así, se me hace muy cuesta arriba conceder al legatario de parte alicuota una posición intermedia entre la herencia y el legado, como modalidad «irregular» o «excepcional» de la institución de heredero, según afirma el maestro CASTÁN (251). Por ello, conviene precisar, siguiendo a ROCA SASTRE, «que el heredero a beneficio de inventario, tiene una responsabilidad limitada en el *quantum*, respecto de las deudas hereditarias, pero no por esto deja de ser un titular pasivo de ellas, como subrogado en la misma porción jurídica del causante; y el legatario de parte alicuota nunca deviene deudor personal de ellas, pues él sólo adquiere bienes, pero no se subroga por vía de *successio* en ese débito y consiguiente responsabilidad, pues sólo verifica una *adquisitio per universitatem*, y, por ende, las deudas de la herencia le afectan *a priori*, por cuanto disminuyen el caudal hereditario partible, como si respondiera de ella tan sólo *ob rem*, o sea, como desfalcos o detrimentos de la herencia. Tampoco es cierto que el legatario de cuota «haya de participar proporcionalmente en las deudas, a proporción de su cuota, y no más», o sea, *intra vires*, a no ser que esa «participación» se entienda en sentido económico, o sea, de merma en el valor que deba percibir el legatario, pues participa en ellas en este aspecto, pero no como «personalmente obligado», en virtud de la sucesión, pues ello es propio tan sólo del heredero» (252).

En el mismo sentido expuesto de ROCA SASTRE se expresan ALGUER, SANZ, ORTEGA PARDO, NÚÑEZ LAGOS, VALLET y PUIG BRUTAU (253). A voces y opiniones tan autorizadas y representativas poco se puede añadir ya, sino resumir que el legatario de parte alicuota, por definición, es un legatario, y como tal, no sucede en las relaciones jurídicas del causante, sino que adquiere una «cuota» del activo líquido, y por ser líquido le deben afectar las deudas de la herencia, aunque no le obliguen personalmente; y es de una parte alicuota, o sea, con derecho a adquirir aquella fracción del activo dispuesta por el testador que resulte después de extinguidas las

(250) Esta idea mía, derivada de una aplicación estricta de las reglas de lógica sobre sofismas y silogismos, veo que antes que yo otros lo habían intuido, véase GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor*, Rialp, 1964, III, página 237.

(251) Véase *Dogmática...*, cit., págs. 121 y 122, y en especial la 131.

(252) Op. y loc. últ. cit.

(253) Véase VALLET, *Apuntes...*, cit., págs. 269 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., V-1.º págs. 92 y sigs.

deudas del causante. El simil de la donación universal, con asunción de deudas por el donatario, y posterior donación de una parte alicuota del saldo resultante a un tercero—expuesto por PUIG BRUTAU—es suficientemente expresivo y creo no necesita comentarios (254).

— El apartado g) funciona como la conclusión del silogismo planteado en los precedentes: probados albaceazgo y tutela, la obligación de rendir cuentas y la condición de la hija de B. como heredera de éste, el resultado es inevitable. Me parece exacta la conceptualización del Tribunal Supremo, aunque quizá eran excesivos los razonamientos previos, como he señalado antes.

Solamente quiero apuntar dos consideraciones: una, que el Tribunal Supremo sólo trata de la obligación de rendir cuentas, con evidente omisión de todas las restantes (reseñadas en los epígrafes 1 y 2 de este Comentario a la Sentencia), que a don B. incumbían, y, por tanto, a su hija y heredera, la demandada; y otra, que el inciso final de este apartado, al aludir al «derecho... de llamar a juicio a los coherederos...», es equivoco y puede inducir a confusión: entiendo, por «coherederos», los instituidos conjuntamente y llamados como tales herederos, no así los legatarios de parte alicuota—sea ésta en usufructo o en nuda propiedad—que, por definición y esencia, no son herederos.

— El apartado h) puede ser iógico, en base a una interpretación literal de la cláusula, pero ¿es justa la conclusión? Me remito a lo expuesto (epígrafe 3, de estas notas a la Sentencia).

— *Comentario final:*

1.º Parece muy forzada la interpretación de los que ven en esta sentencia una orientación intermedia, en orden a la determinación de los títulos de heredero y legatario, y que llegan a decir «que el Tribunal Supremo no afirma que el legatario de parte alicuota sea un verdadero legatario» (255). Mi modesta opinión, es que esto es forzar las cosas con tal de encajar la tesis del autor, en lugar de aceptar, fría y realistamente, los hechos y el enjuicia-

(254) Op. últ. cit., pág. 93.

(255) Así, CASTÁN, op. cit., pág. 121.

miento hecho por la sentencia: la lectura de la sentencia, contemplada a la luz de los hechos, no puede menos de llevar a ver un legado en la cláusula testamentaria de B., pero nunca un heredero «irregular» o «excepcional». Honradamente creo que, si alguna idea clara tiene un testador, es la relativa a la de instituir heredero: ¿cómo pensar siquiera que un testador instituya heredero en una cláusula, llamándole a toda su herencia, y en la siguiente, por legar un tercio, haya que ver también un heredero «excepcional»?

2.º La equiparación o comparación entre heredero a beneficio de inventario y legatario de parte alicuota es inexacta e innecesaria (256), si se parte de la idea básica a que cada uno de estos conceptos responde: el *heredero* subentra en el lugar del causante y se convierte en titular activo y pasivo de sus relaciones jurídicas transmisibles, si bien puede limitar su responsabilidad, aceptando la herencia a beneficio de inventario (257); el *legatario de parte alicuota* adquiere una fracción del activo resultante, después de pagadas las deudas del causante. La confusión puede derivarse, en el caso de que se pague la fracción del activo al legatario de parte alicuota *antes* de liquidar el pasivo relicto, pues entonces el legatario debe restituir parte de lo percibido; pero ello es simplemente una rectificación de las operaciones y *no* un efecto de la participación del legatario en las deudas de la herencia. El legatario de parte alicuota, en suma, es un «tercero», frente a la relación de crédito a deuda que enlaza a acreedores de la herencia y a herederos (258).

3.º Parece también unánime la opinión de que, en la sentencia que comento, «se da definitiva carta de naturaleza en nuestra doctrina legal a la figura del legado de parte alicuota, si bien con efectos limitados» (259).

Cuando uno lee tales afirmaciones, hechas por notables autores y tratadistas, no puede menos de preguntarse si vive dentro de la misma parcela del universo jurídico español y si el aire y la inspi-

(256) Así, PUIG BRUTAU, op. últ. cit., págs. 92 y sigs.

(257) Véase, no obstante, la tesis de PEÑA B. DE QUIRÓS, op. cit., págs. 176 y sigs.

(258) Véase, en este sentido, PUIG BRUTAU, op. últ. cit., pág. 93.

(259) Así, CASTÁN, op. cit., pág. 121; BONET RAMÓN, op. cit.; éste calificaba al legado de parte alicuota de «construcción endeble» (!).

ración jurídica vital es la misma. Para mí, que pretendo ser un buen jurista práctico, continuador de la memoria de tantos ilustres notarios que me precedieron y de su labor de investigación, extraordinaria, en la esfera iusprivatista, es clarísimo que la realidad se impone a cualesquiera elucubraciones doctrinales. Y si de algo, aunque poco, sabemos los Notarios es de testamentos y de las voluntades reales de los testadores. Esto mismo, mejor dicho, y con más gracia, ha escrito GONZÁLEZ PALOMINO (260): «Mucho enseñan los libros, pero mejor maestra y más sabia es la realidad. De testamentos sabemos los Notarios algo más que los libros... Por ejemplo, sabemos que, cuando el testador Caio quiere dejar a su sobrino Titio una quinta parte de la herencia, quiere, en efecto, dejarle una quinta parte, pero ni más ni menos que una quinta parte. Esto, sin duda por deformación profesional, nos parece bastante claro. Y hasta legal... El legado «de quinto» venía funcionando a banderas desplegadas en los siglos imperiales, y aun mucho después de que dejó de haber Imperio: hasta la víspera del Código civil. ¿Es que en todos estos casos ha querido el testador hacer un llamamiento «universal», al todo hereditario?... Se nos hace muy cuesta arriba a los Notarios españoles, que sabemos de la voluntad de los testadores más que los libros y que quienes los escriben, tener que admitir que cuando Caio ha dejado a Titio una cuarta parte de su herencia, pero ni más ni menos que una cuarta parte de su herencia, le ha llamado a los cuatro cuartos de la herencia: al *universum ius*...»

Si algún reticente lector todavía abrigare alguna duda, le sugiero que se dirija a la Notaría más próxima y que se dedique a examinar el Protocolo en lo relativo a los testamentos. La enseñanza sería muy aleccionadora para muchos doctores, cuyas citas de autores extranjeros son tan largas como corta la vivencia que de la realidad jurídica tienen.

Y es que no se trata de abordar la cuestión de si existe el legado de parte alicuota y qué naturaleza jurídica tiene: toda esta especie de «rizar el rizo» es intrascendente e inoperante. Lo importante, lo *rigoroso*—en término orteguiano—, es enfrentarse con la realidad de la constante manifestación expresa de la voluntad de los testa-

(260) Véase *Estudios de arte menor*, cit., II, págs. 232 y sigs.

dores y llegar a precisar qué efecto jurídico o qué consecuencias económicas o sociales trató de alcanzar al establecer el legado de parte alicuota. Los verdaderos problemas que este legado plantea no son teóricos, sino que se desprenden del examen detenido de cada uno de los litigios en que se discutía su existencia; por ello, este estudio pretende extraer las conclusiones más evidentes para que sirvan de punto de partida a ulteriores investigaciones.

4.º Saber, en cada caso concreto, qué es lo que ha querido el testador es sólo un problema de interpretación de su voluntad. Modernamente, con las notables aportaciones de VALLET (261) y de LACRUZ BERDEJO (262), y los cánones hermenéuticos utilizables en la interpretación del testamento, podemos, en principio, delimitar una serie de supuestos:

- a') Legado de la totalidad de la herencia o de todos los bienes del causante, *sin* designar heredero: debe presumirse como institución de heredero.
- b') Legado de la totalidad o universalidad de la herencia, *con* designación de heredero: se presume es un fideicomiso universal puro (VALLET).
- c') Legados de *cuota* de herencia o de *cuota* de todos los bienes del causante que, sumados, agoten el caudal hereditario, *sin* designación de heredero: asimilable al supuesto a') anterior. No parece posible que, en este supuesto, el testador ordene expresamente que los designados no se entiendan herederos, sino legatarios (arg.: arts. 1.005 y 1.084, según VALLET).
- d') Legados de *parte* de herencia o de *parte alicuota* de todos los bienes, *con institución de heredero*: no hay duda de que suponen verdaderos legados «parciarios».
- e') Legados de *parte* de herencia o de *parte alicuota* de todos los bienes que, sumados, *no* cubren todo el caudal relicto, *sin institución* de heredero: no hay duda de que son pro-

(261) *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit., págs. 258 y sigs.

(262) *Derecho de sucesiones*, Parte general. y en sus *Anotaciones al «Derecho de sucesiones»*, de J. BINDER.

pios legados «parciarios» que concurren con un llamamiento *ab-intestato* de uno o varios herederos.

- f') Institución de uno o varios herederos, en cosa cierta, y distribución del resto en uno o varios legados de parte alicuota o del remanente: el heredero en cosa cierta es heredero, y el legatario de cuota sólo es legatario. Hay datos suficientes para suponer que la voluntad del testador no se ajusta al artículo 768 (VALLET). (El planteamiento del supuesto se debe a ROAN.)

Parece, por tanto indudable que solamente en los supuestos encuadrados dentro de los epígrafes d'), e') y f'), cabe hablar de legado de parte alicuota. Pero existe una gran variedad de estos legados, cuya interpretación deberá hacerse en función de la voluntad real del testador. Siguiendo a VALLET y LACRUZ, cabe una última subdivisión:

- 1) Legado de *todo el activo* de la herencia: puede interpretarse, o como un supuesto de distribución de toda la herencia en legados (en un solo legado), que debe reconducirse a los epígrafes a') y c') anteriores; o como un supuesto de legado del derecho al activo, sin obligación de pagar las deudas, encuadrable en el epígrafe b') precedente.
- 2) Legado de *cuota del activo*: plantea el problema de si se refiere al activo bruto o al líquido. Conforme a la doctrina tradicional, debe entenderse referido al activo líquido, salvo la disposición expresa o tácita del testador en contrario. El legatario participa de la comunidad hereditaria.
- 3) Legado de *valor puro* de la herencia o parte de ella: es un legado obligacional: los legatarios son simples acreedores de los herederos. No participan de la comunidad hereditaria. Están «afectados» por las deudas, ya que su derecho versa sobre el remanente. Parece que la valoración habrá de referirse al momento de la división y liquidación del caudal, pues es la presumible voluntad del testador.
- 4) Legado del *remanente*: se presume referido al remanente de la herencia después de pagadas las deudas. No está claro si el legatario adquiere derecho a obtener una *pars hereditatis*

o una *pars bonorum*: Todo depende de la voluntad del causante. LACRUZ cree que este legatario es un comunero más, junto con los herederos, en la comunidad hereditaria. Al estar este legado supeditado a la previa liquidación de la herencia, parece que son preferentes a él los legados remuneratorios y los demás determinados en el artículo 887 del Código civil.

— Resumiendo estas conclusiones finales, tenemos:

- 1.º Que no es exacto configurar al legatario de parte alicuota como un heredero irregular o excepcional.
- 2.º Que es innecesario comparar al legatario de parte alicuota con un heredero a beneficio de inventario.
- 3.º Que la existencia del legado de parte alicuota data desde hace algunos centenares de años.
- 4.º Que, en cualquier caso, habrá que atender a la voluntad del testador para determinar qué es lo que realmente ha querido al disponer un legado de parte alicuota, y qué modalidad del mismo es ordenada, con los efectos consiguientes en cada supuesto de hecho.

(Continuará.)

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario.