

I.-Jurisprudencia monográfica

El legado de parte alícuota

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TEMA PROPUESTO: EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: a) Exposición del problema. b) Concreción del examen.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA MATERIA: DE LA «REVIVISCENCIA» DE LAS SENTENCIAS: 1.ª Sentencia de 14 de junio de 1898. 2.ª Sentencia de 11 de febrero de 1903. 3.ª Sentencia de 18 de octubre de 1917. 4.ª Sentencia de 15 de enero de 1918. 5.ª Sentencia de 2 de enero de 1920. 6.ª Sentencia de 10 de enero de 1920. 7.ª Sentencia de 16 de octubre de 1940. 8.ª Sentencia de 28 de febrero de 1949. 9.ª Sentencia de 11 de enero de 1950. 10. Sentencia de 11 de febrero de 1956. 11. Sentencia de 22 de enero de 1963. 12. Sentencia de 24 de enero de 1963.—IV. NOTAS CRÍTICAS A CADA UNA DE LAS SENTENCIAS.—V. RESUMEN GENERAL SOBRE LA ORIENTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: A) Distinciones previas: a) Sentencias que niegan la existencia del legado. b) Sentencias que presuponen la existencia de este legado: a') Sentencias cuyos «obiter dicta» se refieren al tema. b') Sentencias cuya «ratio decidendi» se centra en el tema. B) Línea general seguida por el Tribunal Supremo.—VI. ANÁLISIS DEL TEMA PROPUESTO: A) Posiciones: a) Jurisprudencia. b) Doctrinales. B) Resumen.—VII. CONCLUSIONES: 1.ª La regla del «precedente». 2.ª Proposición «de lege ferenda». Palabras finales.

I

INTRODUCCION

1. Concretada esta colaboración a un análisis monográfico de jurisprudencia sobre un tema propuesto, parece normal que la misma tarea pueda excusarme de que no llegue a incidir en los aspectos «doctrinales» más debatidos en orden al tema elegido. Pero es que, además, creo honradamente que esta Sección no puede ni

debe abarcar más que aquello que constituye su finalidad—el examen crítico de jurisprudencia—y que son otras Secciones las que recogen las aportaciones llamadas «doctrinales». Incluso parece que, vista desde fuera, esta labor es obvia o poco fructífera, dado que las sentencias están ahí, a nuestra disposición. A pesar de ello, soy de los convencidos de la ineludible tarea que a todos nos incumbe en orden al análisis crítico de jurisprudencia, por temas monográficos.

2. En este quehacer, la magistral dirección de don FEDERICO DE CASTRO ha sido extraordinariamente fecunda, como precursor en esta labor de comentar la jurisprudencia atendiendo a todo el contexto del supuesto de hecho (1). Por otra parte, entiendo es fundamental en la materia la obra de Díez-PICAZO (2); su incitación o ruego final, a todos los juristas y estudiosos del Derecho dirigida, de la necesidad de acometer sin demora el análisis crítico de nuestra jurisprudencia por temas monográficos, me parece insoslayable y merecedora de ser atendida.

Cuando en la citada obra (3) decía su autor que el estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es un tema árido y que requiere un notable espíritu deportivo, uno casi llegó a pensar en que todo vendría a ser una brillante metáfora. Ha sido preciso enfrentarse con un tema cualquiera, trillado, trivía¹, con tan sólo una docena de sentencias por estudiar, para darse uno cuenta de la gran verdad encerrada en aquel símil y de las dificultades que encierra un trabajo tan sencillo en apariencia. Máxime, si el autor se encuentra ubicado en una Notaría rural y alejada de los centros universitarios.

3. No podía faltar, finalmente, en esta breve exposición previa, la *excusatio* o auto-acusación preliminar, porque ya supone por sí una prueba de audacia imperdonable el intento de escribir sobre un tema jurídico devenido «clásico» en esta renombrada REVISTA.

(1) La gran labor desarrollada por don FEDERICO en el *Anuario de Derecho civil*, en sus notables comentarios a sentencias del Tribunal Supremo, ha sido continuada y aumentada progresivamente. Entre los comentaristas deben citarse los nombres de LOSADA, VÁZQUEZ DE HERMÚA, ROCA SASTRE, VALLET DE GOYTISOLO, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, JORDANO BAREA, JERÓNIMO LÓPEZ, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, PUIG BRUTAU, Díez-PICAZO, IRURZUN IPIÉNS, GARCÍA CANTERO, DE LOS MOZOS, entre otros muchos, cuya relación excedería de los límites de esta nota.

(2) Véase *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Tecnos, 1966.

(3) Op. cit., pág. 33.

II

TEMA PROPUESTO: EL LEGADO DE PARTE ALICUOTA

a) *Exposición del problema.*

1. Por razones antes expuestas, y por ser sobradamente conocidos el concepto, características y problemática general acerca del legado de parte alicuota, no entro en el estudio de los mismos.

El tema, por tanto, parece sencillo, ya que se reduce a preguntarnos: ¿existe el legado de parte alicuota, a pesar de no venir regulado en el Código Civil? Si existe, ¿qué características y régimen debiera tener? ¿Cabe inducir una normativa aplicable a dicho legado y a extraer de las decisiones jurisprudenciales atinentes a él? En otras palabras, ¿existe una línea jurisprudencial clara que nos suministre los principios informantes y reguladores del legado de parte alicuota?

Al exponer toda esta problemática, puede claramente observarse que las aportaciones doctrinales tendentes a dar concretas soluciones a las primeras cuestiones enunciadas, han sido tan numerosas como brillantes. Por todo ello, el tema es de gran dificultad; la primera y más obvia razón es esta: ¿decir algo sobre el legado de parte alicuota? Pero, ¿es que queda sobre él algo por decir? Es una de las instituciones jurídicas mejor estudiada. Eruditos españoles y extranjeros se han ocupado ubérrimamente de él. ¿No es un tema ya exhausto, una cantera desventrada de que se han extraído todos los mármoles posibles? Con las palabras anteriores, tomadas—*mutatis mutandis*—de ORTEGA (4), pretendo simplemente dejar constancia expresa de que mi propósito es incidir en la problemática jurisprudencial del tema, que es de lo que se trata en esta Sección, y obviar todos los demás puntos ajenos a lo jurisprudencial.

2. Expuesto el tema concreto relativo al legado de parte alicuota y el aspecto del mismo a estudiar, espero confiadamente que

(4) *Curso de cuatro lecciones*, San Sebastián, 1947, y recogido en la obra Velázquez, pág. 86.

mi aportación sea considerada como un punto de partida y no como una meta alcanzada y rebasada. Si, además, algún paciente lector recoge esta convicción y la transvasa a su ánimo, dispuesto a seguir nuestro común «quehacer» jurídico, me dará por satisfecho y pensaré que la publicación de este estudio ha tenido algún sentido.

b) *Concreción del examen.*

1. Se ha dicho que en toda enunciación, la escritura, por ejemplo, se cumplen dos leyes de apariencia antagónica: la Ley de la deficiencia y la Ley de la exuberancia (5). Parece, en efecto, difícil, cuando no imposible, encontrar el término medio de la plena suficiencia entre lo deficiente y lo exuberante.

Nuestro intento de hallar la suficiencia viene facilitado por el contenido práctico de esta Sección, y por una doble consideración, la una negativa y la otra positiva.

Esta doble consideración, haz y envés, contorno y dintorno, concreta por sí misma el examen al aspecto jurisprudencial del tema enunciado. El aspecto negativo, que delimita el «contorno» del tema, viene determinado por aquello de que no voy a tratar: todos los estudios de la doctrina científica, relativos al legado de parte alicuota, sean monográficos o bien estudiados incidentalmente en tratados u obras generales. Sería, no obstante, una deficiencia el no facilitar la relación de este conjunto de trabajos a los futuros estudiosos del tema. Y creo también es un deber de justicia resaltar la valiosa aportación del Notariado a nuestra doctrina científica en su rama iusprivatista, muy en especial la del ilustre compañero don JUAN VALLET DE GORTISOLO, quien ha tratado, además de otros muchos temas de extraordinario interés, con plena suficiencia nuestro tema del legado de parte alicuota (6). La relación de otros autores que han tratado esta cuestión se haría interminable (7); con posterioridad a la obra citada deben añadirse

(5) ORTEGA, *Principios de una nueva Filología*, en la obra Velázquez, página 59.

(6) Véase *Medios de atribución y concreción de las legítimas y consecuencias de su respectiva atribución*, en ADC, 1951, y posteriormente en separata del mismo Anuario, 1955, bajo el título *Apuntes de Derecho sucesorio*, págs. 228 y 249 y sigs.

(7) Véase VALLET, op. cit., págs. 250 y sigs. Entre los que niegan la existencia del legado de parte alicuota: OSORIO MORALES, *Estudios de Derecho priva-*

los nombres de: OLAVARRÍA (8), PUIG BRUTAU (9), CASTÁN (10), LATOUR (11), COLL Y RODES (12), LACRUZ BERDEJO (13) y el propio VALLET (14). Recientemente alude al tema de manera incidental PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (15).

El aspecto positivo, o «dintorno» del tema, viene reducido, por tanto, al estudio detenido, y posterior análisis crítico del supuesto de hecho, de cada uno de los fallos dictados por nuestra jurisprudencia en relación con nuestro tema. Se entiende que hablamos de jurisprudencia contenciosa: parece, pues, conveniente que debe deslindarse la serie de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues se refieren a cuestiones no litigiosas y que propiamente requieren un estudio especial similar al presente (16). Llegamos así al máximo de concreción en nuestro propósito: estudio de todas y cada una de las sentencias dictadas por nuestra Suprema Corte de Justicia.

2. Concretado nuestro examen de esta manera, creo necesario referirme en este lugar a la extraordinaria importancia de la obra de PUIG BRUTAU (17), con su armónica síntesis de lo teórico y lo práctico, y de su visión moderna y realista de nuestro Derecho y de las instituciones jurídico privadas en general. Parece, por otra

do, pág. 124, y *Manual*, pág. 401; BONET, *Comentario a la sentencia de 16 de octubre de 1940*, en RDP, 1941, pág. 40; etc. Afirman su existencia, entre otros: ALGUER, TRAVIESAS, LA RICA, ORTEGA PARDO, ROYO MARTÍNEZ, y mis ilustres compañeros SANZ, GONZÁLEZ PALOMINO, ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho privado*, II, pág. 180, y notas al Kipp-Wolff, I, pág. 13, y II, pág. 162), ROÁN, NÚÑEZ LAGOS, GINOT y ARMERO DELGADO. Véase la obra citada de VALLET, para mayor detalle.

(8) *Notas sobre el legado de parte alicuota*, en RDP, XXXVII, 1953, página 397.

(9) *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen 1.º, págs. 74 y 82 y sigs.

(10) *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, RGLJ, 1959, pág. 466, y en edición separata.

(11) Véase en «Revista de Derecho español y americano», 1960, pág. 3.

(12) «Revista Jurídica de Cataluña»: *Legado de parte de herencia*, LVIII, páginas 43 y sigs.

(13) *Notas al derecho de sucesiones*, de J. BINDER, 1953, pág. 94, y en *Derecho de sucesiones. Parte general*, págs. 87 y sigs.

(14) *Panorama de Derecho civil*, 1963, págs. 279 y sigs.

(15) *La herencia y las deudas del causante*, 1967, epígrafe 100, nota 4, página 142.

(16) Véase Resoluciones de 4 de noviembre de 1935 (*Jurisprudencia civil*, tomo 139, pág. 12), 30 de junio de 1956 (*Aranzadi*, 2582, y *Anuario Dirección*, página 40) y 8 de marzo de 1963 (*Anuario Dirección*, pág. 20).

(17) Op. cit.: *Fundamentos de Derecho civil*, iniciada en el año 1953 y todavía no ultimada, llevando publicados cinco tomos hasta la fecha.

parte, obvio aludir a la eficaz contribución de dicho autor en orden al procedimiento técnico utilizable en el análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Precisamente en la obra citada de dicho autor cabe encontrar fácilmente (18) el germen preciso para desarrollar cualquier estudio crítico de jurisprudencia monográfica. Por todo lo cual se ha procurado aquí seguir exactamente las directrices marcadas por el citado autor (19).

3. Añadiré que en orden al texto de las sentencias he utilizado, en general, la fuente de la *Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil*, en su edición oficial de la Editorial Reus, que fue interrumpida en los años precedentes a la guerra española. También he usado la misma «colección» en su nueva serie editada por el Ministerio de Justicia, así como los textos del Repertorio Aranzadi.

A mi modesto entender, es lamentable la deficiencia informativa que actualmente padecemos en cuanto a las sentencias comprendidas entre los años 1934 a 1947, año éste en el que por Decreto de 14 de febrero se reanudó la publicación oficial en forma integral de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo. Resulta, además, sorprendente una serie de hechos—como es la no publicación de una sentencia en la «oficial» *Colección Legislativa* y la publicación de esa misma sentencia en la «privada» *Colección de Aranzadi*—, difíciles de explicar, y que otros prestigiosos autores han denunciado antes que yo (20).

Resalta también, por la evidencia del contraste, la gran prolijidad, farragosidad y desmesurada extensión de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo en los últimos veinte años, si se las compara con la esquemática sencillez de otras de gran ancianidad. Parece, pues, conveniente el que se introdujese en la confección y

(18) La relación de temas es muy numerosa a lo largo de toda la obra. Para el desarrollo *in extenso* de un estudio monográfico-crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase *La doctrina de los propios actos*, 1963, de Díez-PICAZO, obra de gran profundidad y que une, a su excelente análisis del tema, la claridad de su síntesis y la novedad de su método.

(19) Véase el artículo *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, de PUIG BRUTAU, en «Revista Jurídica de Cataluña», enero-febrero de 1953.

(20) Véase *El negocio jurídico*, de don FEDERICO DE CASTRO, en su pág. 376.

redacción de las sentencias una especie de «corrector de estilo», como ya ha propugnado Díez-Picazo (21).

4. Expuesto, deslindado y concretado mi análisis del tema, sólo me resta añadir: que acepté con reservas la sugerencia que respecto al mismo se me hizo como posible objeto de estudio; que de dicha posición inicial, por lo trivial y aparentemente manido del tema, he pasado a otra posición distinta como consecuencia del análisis de las sentencias; que el problema del legado de parte alicuota importa a los Notarios fundamentalmente, por la intervención notarial en la conformación adecuada a derecho de la voluntad de los testadores, casi siempre efectuada sobre la marcha y sin demasiado tiempo para el estudio detenido del testamento (22); que la importancia del legado de parte alicuota es incuestionable nos lo demuestra la frecuentísima práctica de los testadores al legar una cuota, bien en propiedad, bien en usufructo; que, en consecuencia, importa mucho tener un especial cuidado al redactar cláusulas de este tipo, al ser el Notario en la mayoría de las ocasiones el que con su jurisprudencia cautelar indica al testador lo que debe o no hacer para plasmar su voluntad en tal sentido, y que sigue siendo extraordinaria la importancia del tema, en este momento actual, en el que asistimos a una fase de reelaboración de viejas doctrinas y reestructuración de los principios informadores de nuestro Derecho de Sucesiones, muy especialmente en cuanto al punto esencial de la responsabilidad por deudas de la herencia (23).

(21) Véase *Estudios sobre jurisprudencia civil*, en la parte final del Prólogo, pág. 37.

(22) Véase *Fundamentos ... cit.*, de PUIG BRUTAU, V, 2.º, págs. 216 y sigs., acerca de la interpretación de la voluntad del testador por la jurisprudencia cautelar del Notario. Como allí se dice: «Si el Notario logra la conversión de la voluntad del testador en una clara y precisa regulación de los efectos jurídicos verdaderamente queridos, disminuirán hasta un límite máximo las probabilidades de que tengan que interpretar la voluntad del testador los Tribunales de Justicia».

(23) Véase PEÑA, *La herencia y las deudas del causante*, cit., cap. VII, páginas 157 y sigs., y pág. 356; ALBALADEJO, *Anuario de Derecho civil*, XX-III, páginas 479 y sigs.: *La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición*.

III

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE
LA MATERIA: DE LA «REVIVISCENCIA» DE LAS SENTENCIAS

1. En otro lugar se ha dicho (24) que «el juzgador es él y su circunstancia» circundante (personal, profesional, familiar, social, etcétera). Es, por otra parte, sabido y ha devenido en tópico que el mecanismo que precede a la elaboración de una sentencia del Tribunal Supremo es muy complejo (25). Pese a ello, hay que enfrentarse con él y proceder a un riguroso análisis de cada una de las sentencias y del supuesto de hecho que en cada caso la motivó y de las circunstancias concomitantes—de ser ello posible—.

Ahora bien, ¿cómo llegar a conseguir tal resultado? Esto que podríamos llamar «reviviscencia» de las sentencias, ¿en qué consiste? *Mutatis mutandis*, y con los propios términos ajenos (26), cabe decir que para analizar perfectamente una sentencia hay que ir viéndola hacerse en un progresivo estarse haciendo, dotarla de reviviscencia, actualizándonos la génesis de la misma y el pensamiento de su autor. Sólo así llegamos a la auténtica realidad subyacente en la sentencia.

Pero todo ello implica el conocimiento completo de todo el supuesto de hecho—en algunos casos difícil y casi imposible (27)—, del *petitum* de la demanda, de los variados lances del juicio contradictorio, de los fallos en su versión íntegra de la primera y segunda instancia y de los motivos del recurso de casación. No siempre es posible tener la suerte de encontrarse uno con tal cantidad de datos, que son indispensables en este tipo de trabajos.

A la vista de todas estas consideraciones previas, hay que partir de la base de la limitación de datos, que nos viene dada por la técnica de nuestro recurso de casación y la redacción de las sen-

(24) Véase Díez-PICAZO, *Estudios...*, págs. 23 y sigs.

(25) Véase Díez-PICAZO, op. cit., págs. 23 y sigs y 32 y sigs.

(26) Véase ORTEGA, *La reviviscencia de los cuadros*, en Revista «Leonardo», 1946, y posteriormente recogido en la obra *Velázquez*, pág. 66.

(27) Véase antes nota 20 y lo que luego se dirá acerca de las sentencias de 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950.

tencias. Y llegamos así a la conclusión evidente: la de que solamente si queda aclarado el «para qué» se dictó una sentencia, es como llegaremos a entender el «por qué» de la misma.

2. Hechas estas precisiones conceptuales, paso a realizar una exposición cronológica—lo más abreviada posible—de cada una de las sentencias que, referentes al legado de parte alicuota, han sido dictadas por el Tribunal Supremo.

1.^a SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1898: RAMÍREZ AGUILAR
CONTRA AGUILAR NAVARRO (28).

A) *Antecedentes* (29):

1. Los *hechos* alegados y probados que constituyeron la base del pleito fueron los siguientes: Los nueve hermanos Aguilar y Alemán, constituyeron comunidad hereditaria al continuar en la posesión *pro-indiviso* de los bienes heredados de sus padres; posteriormente, al casarse dos de los hermanos (J. y L.) se les adjudicaron sendas porciones; a la muerte de otro (B.) continuaron los seis restantes poseyendo en común los bienes que les correspondían; al morir otros dos, sus dos partes se adjudicaron a los hermanos *supérstites*, separando las porciones correspondientes a los dos casados y continuando los otros cuatro (D. P. S. y A.) solteros, en el dominio de dicho bienes, por cuartas partes.

Don D. falleció bajo testamento, en el que dejaba por mitad todos sus bienes a sus hermanas S. y A.

Doña P., monja, falleció intestada, por lo que la herencia correspondía por cuartas partes a sus hermanas vivientes S. y A., por cabezas, y a los representantes de los otros dos hermanos premuertos J. y L., por estirpes.

Don J. había muerto dejando una hija, doña D. Aguilar Navarro (la demandada), la cual tenía tres hijas.

(28) Véase *Jurisprudencia civil*, 1898, tomo, II, pág. 508, sentencia número 110.

(29) Expongo a continuación, en apretada síntesis, la serie de hechos que se sucedieron antes del pleito. El orden en que aparecen es mera apreciación personal, ya que de la lectura de la sentencia se desprende una aparente confusión por la prolijidad de datos y las muertes acaecidas.

Doña L. había muerto, dejando nueve hijos, y entre ellos doña P. y don D. Ramírez Aguilar (el demandante).

Doña A. otorgó testamento y codicilo con fecha 28 de septiembre y 3 de octubre de 1886, en el que—tras una serie de legados— instituyó herederos universales: a su hermana S. como usufructuaria, y como nudo propietarios a los quince sobrinos que especificó, entre los que figuraba el demandante (30).

2. Doña S., última de los hermanos Aguilar Alemán, falleció el 30 de noviembre de 1893, bajo testamento otorgado ante Notario el 5 del mismo mes, en el que, entre otras cláusulas, consignaba las siguientes:

«2.^a Declara ser soltera y que, por haber fallecido sus padres, no tiene herederos forzosos.»

«4.^a Prohíbe toda intervención judicial en su testamentaria y ordena que las diligencias necesarias se practiquen por sus herederos o las personas que éstos designen.»

«5.^a Nombra por sus albaceas, de mancomún e *in solidum*, a su sobrina doña D. Aguilar y al cuñado de ésta don A., con las facultades necesarias.»

«6.^a Destina las rentas y alquileres de sus bienes, vencidos y no cobrados al tiempo de su muerte, y los del año siguiente a su fallecimiento—excluyendo la parte que le corresponda a su sobrina P. Ramírez Aguilar—, para que los cobren sus albaceas y satisfagan con su importe los gastos de última enfermedad, entierro y misas, sin que ninguno de sus herederos pueda pedirles cuenta de su inversión. Lega el sobrante, si lo hubiere, a su misma albacea doña D. Aguilar.»

«7.^a Declara que vive en compañía de la citada albacea doña D., a la que pertenecen todos los muebles, enseres, ropas y demás que haya en dicha casa; queriendo, además, que todo lo que en ella pueda considerarse de la testadora sea para su expresada sobrina, sin excepción alguna...»

«8.^a Lega—después de cumplido lo expresado—el tercio de todos sus bienes, derechos y obligaciones, presentes y futuros, a

(30) No aparece la fecha de su muerte en la sentencia, aunque por lo en ella expuesto parece que fue la antepenúltima de los hermanos AGUILAR Y ALEMÁN, que murió.

doña L., doña S. y doña P. N. A. (éstas eran las tres hijas menores de la demandada) por partes iguales, no comprendiendo en este tercio lo que pueda corresponderle a la antedicha sobrina doña P. Ramírez Aguilar.»

«9.^a Instituye por herederos de todo lo que heredó de su hermano don D. Aguilar Alemán: en una mitad, a los hijos de su otro hermano don J., y en la otra mitad, a los hijos de su otra hermana doña L., para que los hayan y lleven para sí...»

3. Don D. Ramírez Aguilar *demandó* el 28 de febrero de 1895, en juicio declarativo de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia, a doña D. Aguilar Navarro, por sí y como madre de las menores L., S. y P. N. A.

El demandante, además de los hechos antes relacionados (31), expuso: Que los hermanos D., A. y S. Aguilar Alemán vivían reunidos en una misma ciudad, y doña P., monja, en otro lugar distinto, por lo que *los tres primeros* disfrutaron juntos, sin partir, cuantos bienes pertenecían a *los cuatro*, continuando así, hasta la muerte, primero de D., luego de A., y al fin de P.; que, por tanto, doña S. poseyó so'a la totalidad de los bienes de los cuatro hermanos desde 1889; y que, por vivir en su compañía su sobrina doña D. Aguilar Navarro, a la muerte de aquélla se alzó con todos los bienes privativos de los cuatro hermanos Aguilar Alemán, sin consentir en llevar a efecto las particiones de dichos bienes, con sujeción a los preceptos legales y a las disposiciones testamentarias de doña A. y doña S., a pesar de las gestiones del demandante.

El actor suplicaba (32):

- Que se condenase a la demandada a consentir la partición de los bienes quedados al fallecimiento de doña S. y sus hermanas doña P. y doña A., entre sus respectivos herederos legítimos y testamentarios, entre ellos el actor.
- Que se declarase: 1) que en el tercio legado por la testadora a las tres hijas de la demandada, sólo se comprenden los

(31) Véase la exposición que de ellos se hace en el epígrafe 1 anterior y la nota (29).

(32) Es muy importante en el presente pleito examinar con detalle el *petitum* de la demanda, en orden a las incidencias procesales posteriores.

bienes privativos de la testadora y no los que había heredado de su hermano don D.; y 2) que los dos tercios restantes de aquellos bienes corresponden a los sobrinos de la testadora como herencia intestada.

- Que, en consecuencia, se condene a la demandada; a entregar al actor la porción que se le adjudique en las tres testamentarias de sus tías, con sus productos, y al pago de las costas.

4. En su contestación a la demanda, doña D. Aguilar Navarro alegaba: Que doña A. Aguilar Alemán había desheredado a los sobrinos que promovieran contienda judicial o extrajudicial sobre lo establecido en su testamento, cuya parte acrecía a la de los demás; negó que se alzase con todos los bienes; dijo haber procurado y gestionado la partición de los bienes de las herencias respectivas de doña P., doña A. y doña S., sin poderlo obtener por impedírselo el actor y los demás herederos; el actor exige se parta la herencia de don D. Aguilar Alemán, de la que no se habla en la súplica (33) de la demanda; no aparecen nombrados en dicha demanda los herederos *ab intestato* de doña P. y doña S. y todos los herederos testamentarios de doña A.; no han sido demandados los restantes herederos...

La demandada terminaba solicitando:

- Que se la tenga por conforme con la partición de los bienes, derechos y acciones pertenecientes a las sucesiones de doña P., doña A. y doña S. Aguilar Alemán, con arreglo a derecho y entre los que sean sus respectivos herederos legítimos y testamentarios, entre ellos el actor, en cuanto sea heredero testamentario y en lo que se le declare legítimo.
- Que se le absuelva de la demanda, con imposición de costas al demandante.

5. El Juzgado absolvió a la demandada, con imposición de costas al actor.

(33) Por lo dicho en la nota inmediatamente precedente, la demandada hizo una excelente labor de análisis del *petitum* de la demanda.

6. La Audiencia revoca la sentencia del Juez de Primera Instancia, y condena a la demandada a que consienta la partición de los bienes quedados al fallecimiento de sus tías P., A. y S. entre sus respectivos herederos legítimos y testamentarios; y declara:

- 1) Que en el legado del tercio con que doña S. favoreció a las tres hijas de la demandada, sólo se comprenden los bienes privativos que la testadora poseía bajo cualquier título que no fuese el de la herencia de su hermano D. D. (34).
- 2) Que los dos tercios restantes de los bienes privativos de doña S. corresponden como herencia intestada a sus herederos legítimos.
- 3) 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 indicadas, no ha lugar a condenar a la demandada a que entregue a aquél dicha parte de bienes, con sus productos.

Todo ello sin expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias.

7. La demandada recurrió en casación por infracción de ley, al amparo del artículo 1.692, 1.º, L. E. C., y alegaba los motivos siguientes:

- 1.º Infracción del testamento de doña S., ley de su sucesión (arts. 658, 667 y 668 del C. c.), al declararse excluidos del tercio legado a las hijas de la recurrente los bienes heredados por doña S. de su hermano D.; el artículo 675; las sentencias del Tribunal Supremo (35) de 4 de febrero de 1891, 1 de febrero y 5 de mayo de 1867 y 23 de noviembre de 1875; la de 1 de abril de 1884; y el principio *ubi lex non distinguit...*, al hacer la sentencia recurrida distinciones que el testamento, ley de la materia, no hace...

(34) La Audiencia tiene que proceder a la interpretación de la cláusula 8ª del testamento de D. S. Véase lo que antes digo en nota 22

(35) He observado en muchos de los motivos de los recursos de casación la alegación de una serie de sentencias no conocidas o «tópicas», de las que no suelen ocuparse los autores al comentar la jurisprudencia sobre el tema. En el trabajo me limito al estudio de las sentencias clásicas, aunque dejo aquí anotado que quizá convendría rebuscar entre esas otras por si alguna fuere interesante.

- 2.º Infringir la voluntad de la testadora y los artículos del Código civil citados, y la doctrina del Tribunal Supremo (36), en sentencias de 5 de julio de 1871, 25 de mayo de 1895, 5 de julio de 1895 y 31 de enero de 1896, ya que las cláusulas dudosas de un testamento hay que interpretarlas del modo que aparezcan más conformes a la voluntad del testador, concordando las que produzcan la duda con las demás disposiciones del testamento y los antecedentes producidos en el pleito.
- 3.º Infracción de la propia voluntad de la testadora, ya que instituidos los recurrentes en una parte alícuota de la universalidad de la herencia de doña S., para fijar la cuantía del legado deben tenerse en cuenta todos los bienes, derechos y acciones de la testadora no excluidos expresamente del legado; el artículo 675 del Código civil; la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de abril de 1884 (37) y artículo 859 del Código civil.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

El Tribunal Supremo rechaza el recurso y establece en sus Considerandos:

- 1.º Entre las cláusulas 8.ª y 9.ª del testamento de doña S. existe una contradicción irreductible (38), si sólo se atiende al tenor literal de cada una de ellas aisladamente consideradas; en la 8.ª lega la testadora el tercio de todos sus bienes, salvo determinadas deducciones expresamente señaladas por la misma; y en la 9.ª instituye *herederos*, no universales, sino *singulares* (39), respecto de una parte de esa totalidad, o sea, sobre todos los bienes que heredó de su hermano don D., sin exceptuar parte alguna de ellos. Ante tal anta-

(36) Vale lo dicho en la nota precedente

(37) Esta sentencia suele citarse en otros escritos-recursos de casación. Por ser anterior al Código civil, no me ocupo de ella.

(38) El Tribunal Supremo interpreta dichas cláusulas. Véase nota 22.

(39) El hacer resaltar *en cursiva* determinados términos de la sentencia es nuestro.

gonismo, debe atenderse al sentido y correlación de ambas cláusulas para interpretarlas del modo que sea más conforme a la voluntad de la testadora, que debe prevalecer sobre el tenor literal de las mismas, según prescribe el artículo 675 del Código civil.

- 2.º *El legado del tercio*, como toda disposición testamentaria relativa a la universalidad de la herencia, *ha de formarse* después de cumplidas las cargas de la herencia misma, incluso las especialmente establecidas por el testador al disponer de una parte de sus bienes, regla-liquidación que debe suponerse aceptada por el propio testador, salvo disposición en contrario. Y así por ello, como porque al instituir doña S. herederos sobre todos los bienes que heredó de su hermano, don D., no exceptuó parte alguna de ese todo, resulta evidente ser lo más conforme a su voluntad que dichos bienes íntegramente, y sin deducción del tercio, sean para los herederos instituidos.
- 3.º En consecuencia, el fallo recurrido no comete ninguna de las infracciones alegadas en apoyo del recurso.

El Tribunal Supremo no hizo especial imposición de costas, por no haber comparecido ante él la otra parte.

2.ª SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1903: JUZGADO SOLANA
CONTRA PRADO Y BERMÚDEZ (40).

A) *Antecedentes*:

1. Los hechos relevantes y probados eran los siguientes:

— Doña M. Juzgado Solana falleció el 4 de enero de 1900, bajo testamento otorgado ante Notario el 5 de agosto de 1884 (41), en el que, entre otras cláusulas, contenía las siguientes:

«5.ª Lega y manda a su querido esposo, don R. P. O., el tercio de todos sus bienes, acciones y derechos.»

(40) Véase en *Jurisprudencia civil*, 1903, I, tomo XIII, pág. 278, sentencia número 47.

(41) Obsérvese las dos fechas, en relación con la publicación del Código civil.

«6.ª En el remanente de todos sus bienes presentes y futuros, sea cual fuere su naturaleza, instituye y nombra por su único y universal heredero a su señora madre, doña D., y si ésta hubiese fallecido, a su referido esposo, don R., y si ambos la premuriesen, en este caso instituye y nombra por mitad a don A. Prado y Bermúdez y a su esposa, doña T., para que los que lo sean los lleven, gocen y hereden por el orden que queda mencionado, en propiedad y libre dominio, sin condición ni limitación alguna.»

- Doña D. y don R. premurieron a la testadora en 20 de enero de 1894 y en 1897, respectivamente. Doña D. dejaba otra hija, doña I. Juzgado So'ana, la actora en el pleito.

2. Doña I. demanda a don A. Prado Bermúdez, por sí y como representante de su mujer, doña T.

Alegaba como fundamentos legales: la Ley 1.ª, título 19, del Ordenamiento de ALCALÁ, y la Ley 1.ª, título 18, libro 10, de la Novísima Recopilación, según la cual «son válidos los testamentos que no contengan, en todo o en parte, institución de heredero», siendo su consecuencia que cuando parte de los bienes quedan vacantes, en vez de acrecer a los coherederos (Ley de Partida) se abre respecto de ellos la sucesión intestada, quedando subsistente, respecto de los demás, la voluntad del testador; que, por tanto, el tercio de los bienes, derechos y acciones de que dispuso en la cláusula 5.ª doña M. en favor de su marido, sin nombramiento de sustituto para el caso de que no quisiera o no pudiera adquirir la herencia, por haber muerto antes de heredar, quedó vacante, y era preciso acudir a la sucesión legítima y adjudicarlo a los parientes llamados a suceder por la Ley; la sentencia de 13 de marzo—sin decir de qué año—(42) sobre derecho de acrecer; la de 4 de abril de 1871, sobre representación en la sucesión testada; el artículo 1.902 del Código civil.

La actora termina con la súplica de:

- Que se declarase vacante el tercio de todos los bienes, derechos y acciones que a su fallecimiento dejó doña M.

(42) El destacado de la frase es de la propia sentencia.

— Que se ordenase su distribución con arreglo a las disposiciones aplicables a la sucesión legítima; con imposición de costas.

3. Don A. Prado, por sí y como marido de doña T., se opuso a la demanda.

En la contestación a la demanda manifiesta su conformidad con los hechos expuestos en ella, y expone como alegaciones: que fallecida doña M. cuando ya regía el Código civil, a sus disposiciones había que atenerse para todo lo referente a su testamentaria, y a la doctrina consignada en los artículos 658 y 764 del mismo; que don R. no era heredero de doña M. en el tercio de sus bienes, y si sólo *legatario* (43); que, como falleció cuatro años antes que la testadora, el legado quedó sin efecto y todos (los bienes) pasaron a poder de los herederos; que el artículo 789 establece que «cuanto se expresa respecto a los herederos en el capítulo 2.º, libro 3.º, título 3.º, es también aplicable a los legatarios»; que, por haber premuerto don R., su legado, o sea, el tercio de los bienes, no iba a los parientes de la testadora, sino que pertenecía íntegro a los herederos testamentarios, cuestión que resuelve el artículo 766; y que el artículo 888 ordena que «cuando el legatario no quiera o no pueda admitir el legado, o éste por cualquier causa no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia».

Terminaba solicitando se le absolviera de la demanda.

4. En el escrito de *réplica* la demandante reprodujo lo alegado y pedido, y agregó: que en la cláusula 5.ª, al decir la testadora «lega y manda a su querido esposo el tercio de todos sus bienes, acciones y derechos», quiso hacer una institución de herederos, y su voluntad evidente fue que ese tercio, una vez fallecida su madre, doña D., pasase a sus legítimos sucesores; que ello se deduce claramente de la cláusula 6.ª, al enumerar la parte de los bienes relictos que quería fuesen a don A. Prado; que, ante los artículos 768 y 660, *no* puede estimarse como *legado* (44) el tercio de todos los bienes, acciones y derechos que doña M. dejó a su marido; y que ante el artículo 766, que dispone que «el heredero voluntario que muere antes que el testador no transmite ningún derecho a sus

(43) El subrayado es nuestro.

(44) El subrayado es nuestro.

herederos», esos bienes deben pasar a la sucesión legítima, o sea, a los hijos de doña D., madre de la testadora.

5. El Juzgado acogió la demanda.

6. La Audiencia revoca la sentencia del Juez de 1.ª Instancia y absolvió a don A. Prado, sin hacer expresa imposición de costas.

7. La demandante recurre en casación, por infracción de Ley, en base al artículo 1.692-1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando un motivo único, que para una mejor exposición queda desglosado como sigue:

- Infracción del artículo 660 del Código civil: La Sala estima erróneamente que la cláusula 5.ª del testamento de doña M. es un legado, siendo así que contiene una verdadera institución de heredero, por constituir el tercio de sus bienes una *universalidad* (45), desde el momento en que no fijó cantidad ni objetos para la sucesión, y, además, por ser manifiesta la voluntad de que su marido la sucediera no sólo en los bienes, sino también *en acciones y derechos*, o sea en su personalidad (arts. 659 y 661 del C. c.).
- Infracción de los artículos 858 al 891, y en especial el 768, que dan idea de la determinación del legado y de su verdadero carácter, al emplear constantemente las frases «cosa legada», «objeto legado», que excluyen la posibilidad—dentro de la legislación vigente—del legado de parte alicuota; y si éste existiera, no sería bastante a transmitir al nombrado las acciones y derechos del causante.
- Infracción del principio de derecho de que «los actos y contratos se definen, por lo que a su carácter jurídico concierne, no por la denominación que les den las partes contratantes, sino por su esencia, por lo que en realidad son», que ha sido olvidado por la Sala de la Audiencia al calificar de legado la cláusula 5.ª y dar a sus primeras palabras una importancia que no tienen.
- Infracción del artículo 668, en cuanto dicha cláusula 5.ª, si no contiene una institución de heredero, por lo menos origina

(45) El subrayado es nuestro.

la duda derivada de las palabras «lega y manda» con que empieza y de la determinación de que la persona en ella nombrada habría de suceder en los bienes, *derechos y acciones* (46) del causante: duda que debió resolverse en el sentido que la jurisprudencia anterior al Código y el artículo 668 lo hacen.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

El Tribunal Supremo rechaza el recurso y afirma en los considerandos:

1.º Del sentido literal y jurídico de las palabras empleadas en la cláusula 5.ª del testamento de doña M. y de la institución de herederos hecha en la cláusula siguiente, claramente se deduce que fue su voluntad nombrar a su cónyuge don R. legatario del tercio de sus bienes y de las acciones y derechos correspondientes a esta parte alicuota de su caudal. Y por ser parte alicuota del caudal no constituye el título universal, en virtud del cual es llamado a suceder el heredero. El Código civil, ley vigente al fallecimiento de la testadora y reguladora de los derechos hereditarios, no ha prohibido los legados de parte alicuota de la herencia, sin perjuicio de las legítimas, expresamente autorizados por la legislación anterior y comunes en la práctica. De todo ello deduce que al caducar el legado por fallecer el legatario antes que la testadora y al existir heredero instituido, los bienes en que el legado consistía deben pasar a la masa hereditaria, sin que pueda tener lugar la sucesión intestada. No hay, por tanto, infracción del artículo 660 y demás invocados en el Código civil.

2.º No puede existir la menor duda sobre la inteligencia de la cláusula 5.ª del testamento, por no haber contradicción alguna entre las palabras propias del legado con que comienza y la expresión de que el nombrado en ella había de suceder en los derechos y acciones de la testadora, ya que éstos han de referirse lógica y necesariamente al tercio de sus bienes en que consistía el legado. Máxime si se considera que, a continuación de la cláusula 5.ª en que se designa

(46) Estas palabras por mí destacadas vienen en cursiva en la propia sentencia.

al legatario, se hace la institución de herederos. Por tanto, tampoco se infringe el artículo 668 del Código civil.

No se hizo imposición de costas, por haber comparecido sólo la recurrente.

3.^a SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1917: ABAD Y ABAD
SIMÓN CONTRA SIMÓN ABAD (47).

A) *Antecedentes*:

1. Don E. Abad, en 6 de mayo de 1912, otorgó testamento abierto ante cinco testigos, en el que literalmente se dice (48):

«Sepan cuantos la presente cédula o carta de testamento que con verdadera y deliberada voluntad vieren, como yo, E. Abad, natural de esta villa de ..., de setenta y cinco años de edad, de estado soltero, vecino y propietario de la misma..., estando como estoy gravemente enfermo y en inminente peligro de muerte, pero sano en juicio y cabal de razón, creyendo como verdaderamente creo en los misterios de nuestra Santa Madre la Iglesia..., y al amparo del artículo 700 del Código civil, por no existir Notario público en la localidad, otorgo este mi testamento ante cinco testigos idóneos de la localidad...» Entre otras, consignó las siguientes cláusulas:

4.^a «Mando a mi sobrino M. la casa en que habito, con todas sus dependencias accesorias y cuantos bienes muebles, semoviente, granos, créditos a mi favor, papel moneda y dinero en metálico que en la misma exista a la hora de mi fallecimiento, con las siguientes excepciones que en orden a los frutos diré».

5.^a «Mando al expresado sobrino M. la era de trillar..., la bodega, con el vino y tinajas en ella existentes, y un corral en calle...»

6.^a «Mando a mi sobrina M. A. Y. 500 pesetas en metálico».

7.^a «Igualmente mando a mi otro sobrino N. A. Y. otras 500 pesetas en metálico».

(47) Véase en *Jurisprudencia civil*, 1917, III, tomo LIX, pág. 461, sentencia número 107.

(48) La exposición del testamento es prácticamente la misma de la sentencia—salvo algunas frases de detalle innecesarias—, por la importancia que en el pleito tuvieron casi todas las mandas ordenadas.

8.^a «Estas dos últimas mandas se abonarán del metálico o bienes existentes en la casa, de los cuales recibirá en menos mi sobrino M».

9.^a «Todos los bienes inmuebles, o cereales, viñas, olivos y urbano, excepto los mandados o estipulados, así como toda clase de frutos pendientes de recolección. se los mando a mis sobrinos: el antes citado M., don N., doña B., doña C. y doña I. A. Y., los que los distribuirán por iguales partes y sin distinción alguna para sí, sus sucesores y herederos a quienes después puedan corresponder».

10.^a «Los gastos de funerales se deducirán de la hacienda, y el remanente de bienes será lo que se parta con arreglo a lo mandado».

11.^a «Nombro con el carácter de albaceas y testamentarios para que cumplan y hagan cumplir cuanto dejo estipulado, así como con el carácter de contadores y partidores y demás diligencias que correspondan a la testamentaria hasta su terminación, a mis sobrinos M. y N., bien en colectividad o individualmente por fallecimiento de cualquiera de ellos (49), con el encargo de practicar sin intervención judicial el inventario, tasación, liquidación, cuenta y partición de todos mis bienes en la forma encomendada; y si todos no lo pudieran efectuar dentro del primer año de albaceazgo, les amplio su cargo por otro más, pero les encomiendo la práctica de dichas operaciones a la brevedad posible siguiente a mi fallecimiento, encomendándoles así bien la elevación de este testamento a escritura pública dentro del plazo que marca el artículo 703 del Código civil».

12.^a «Por el presente revoco, anulo y doy por no otorgado cualquier otro testamento que con mi nombre y asentimiento existe, salvo éste que quiero sea y se tenga por mi última, expresa y deliberada voluntad».

«Así lo otorgo en un solo acto, a presencia de los testigos, que son los cinco que lo autorizan con sus firmas, todos mayores de edad, casados, vecinos de esta villa..., los que no tienen excepción alguna para serlo, que firman con el testador en ..., a 6 de mayo de 1912».

(49) Obsérvese la peculiaridad de este enunciado.

2. El fallecimiento del testador se produjo el día 13 del mismo mes de mayo (50).

3. El testamento fue presentado ante el Juzgado de Primera Instancia dentro del plazo señalado en el artículo 703 del Código civil, con solicitud de que se elevase a escritura pública conforme al artículo 1943 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Formuló oposición a dicha solicitud don S. Simón Abad, basándose en la falta de idoneidad de uno de los testigos.

El Juzgado acordó sobreseer las actuaciones de jurisdicción voluntaria, conforme al artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando a las partes a salvo el uso de su derecho en la forma correspondiente.

4. Doña I. A. Y., asistida de su marido, renunció en escritura pública de 31 de agosto de 1912 a los bienes que le pudieran corresponder por dicha disposición testamentaria.

5. Don M. (albacea) promovió juicio declarativo de mayor cuantía contra don S. Simón Abad, para que se declarase la validez de dicho testamento y se procediera a su protocolización.

El demandado opuso la excepción dilatoria de falta de personalidad en el actor (51) para deducir la acción ejercitada sin la concurrencia del otro albacea, don N., excepción que fue estimada por el Juzgado y después por la Audiencia.

6. Posteriormente, en 12 de febrero de 1915 ambos albaceas formularon *demanda* contra el mismo don S. Simón Abad, con solicitud de que se declarase (52):

— Que don E. tuvo el propósito deliberado de otorgar su última voluntad, hallándose enfermo y en peligro de muerte, el 6 de mayo de 1912, sin facilidad para que concurriera Notario.

— Que los cinco testigos idóneos oyeron simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última y deliberada voluntad, manifestada de palabra.

(50) Este dato, la fecha de la muerte del testador, es esencial por razones obvias.

(51) Rec. nota 49.

(52) Tiene gran interés el examen de este *petitum*.

- Que los testigos fueron en el número que la Ley señala, no concurriendo en ellos ninguna causa que los incapacitase.
- Que don E. falleció bajo el testamento referido, otorgado de palabra ante testigos, no revocado.
- Que debía ordenarse su protocolización en la Notaria de la cabeza de partido, distribuyendo los bienes entre las personas designadas por el testador, con exclusión de todo derecho hereditario *ab intestato*.
- Que, caso de que la renuncia de doña I. de lo que le legó el testador no pudiera tener eficacia respecto de ella y de doña M. y don N. A. Y., se declare ineficaz el testamento en cuanto a los mismos, y válido y con plena eficacia respecto a todas las demás disposiciones que contiene.
- Que se condene en costas al demandado si se opusiere.

7. El señor Simón Abad contestó a la demanda, pidiendo: que se le absolviera de ella, y se declarase la nulidad total del testamento, y subsidiariamente la de las disposiciones de las cláusulas 4.^a, 5.^a, 9.^a (en relación a don M. y doña B.) y 11.^a (en orden al nombramiento de contadores-partidores).

Entre sus alegaciones, son aquí relevantes: Que don E., aunque enfermo el 6 de mayo de 1912, no se hallaba en peligro inminente de muerte, correspondiendo a los demandantes demostrar la inminencia del peligro, pues la justificación cumplida de tal requisito era condición esencial para la validez del testamento; que el testigo, don M. S., era pariente en segundo grado de afinidad de la heredera doña I. A. Y., hecho reconocido en la demanda que niega a doña I. el carácter de heredera y le atribuye el de legataria; que dicho testigo era pariente en cuarto grado de afinidad del heredero y demandante don M.; que la renuncia de doña I. era un ardid burdo para conseguir el fin pretendido con la demanda, pues su marido intervino en las diligencias de inventario y aseguramiento de los bienes de la herencia.

8. Después de los escritos de réplica y dúplica, y recibido el pleito a prueba, el Juzgado absolvió de la demanda al señor Simón Abad y declara: que el testamento otorgado por don E. es nulo y sin eficacia alguna en todas sus partes, y que el causante ha muerto

ab intestato, de no existir ninguna otra disposición testamentaria, y que queda abierto a la sucesión legítima el disfrute de los bienes relictos.

Apelada la sentencia, la Audiencia confirmó totalmente el fallo del Juzgado.

9. Los demandantes interpusieron recurso de casación por infracción de Ley, en base a los motivos siguientes:

- 1.º Fundado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al partir la sentencia de la base de que doña I. fue instituida heredera y no legataria de su tío, y que en ningún caso el legatario estaría comprendido en la excepción del artículo 682 del Código civil, e incurrir en error de hecho en la apreciación de la prueba, como evidencian los siguientes documentos y actos auténticos:
 - A) El propio testamento, obrante en autos, del que resulta que el testador hizo una serie de mandas (cláusulas 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª y 9.ª): claramente se ve por la redacción del testamento que no instituyó heredera a doña I., sino legataria de una parte de bienes determinados de su herencia, con exclusión de todos los demás, y, por tanto, no obtuvo en este testamento parte alguna de universalidad de bienes como la herencia exige.
 - B) La tasación de bienes (23.000 pesetas), también obrante en autos: de ella y de la participación que en los inmuebles se deja a doña I. se deduce que la parte que ésta debía percibir era de poca importancia en relación con la herencia, conforme al artículo 682-2.º del Código civil.
- 2.º Fundado en el número 1 del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al infringir el citado artículo 682 del Código civil, por indebida aplicación e interpretación errónea: el testigo don M. S. era pariente en segundo grado de afinidad de doña I.; ésta no es heredera, sino legataria del finado y de bienes en cantidad de escasa importancia.

Infracción de los artículos 659, 660 y 668 del Código civil..., pues con arreglo a tales artículos es evidente que doña I. sólo fue legataria de su tío.

Infracción de los artículos 683, 754 y 755, en relación con el artículo 682 del Código civil, también infringido: el testador no podía dejar herederos o legatarios en gran cuantía con relación al caudal (no es éste el caso), siendo testigo don M. S., ligado por afinidad en segundo grado a doña I.; el testigo era idóneo al comenzar a otorgarse el testamento, y sólo cuando el testador llamó al disfrute de parte de algunos bienes a su sobrina doña I. es cuando surgió la incompatibilidad, por lo que es evidente que ésta no puede determinar la nulidad total del testamento, sino la ineficacia parcial en cuanto a doña I., la cual ha renunciado a los beneficios del testamento.

Esta interpretación armónica de todos los artículos citados permite distinguir la falta total de solemnidad de un testamento de la incapacidad o incompatibilidad relativa de un testigo respecto a uno de los llamados en el testamento.

E infracción por indebida aplicación del artículo 678 del Código civil, pues no hay razón para considerar nulo el testamento por las causas que menciona la sentencia, suponiendo erróneamente que no se llenaron las solemnidades legales.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

Rechaza el recurso, basándose en las consideraciones siguientes:

- 1.^a La Sa'a no incurre en el error de hecho que señala el motivo 1.º, pues al declarar nulo el supuesto testamento de don E., ha entendido e interpreta fiel y debidamente la cláusula 9.^a

Dicha cláusula se expresa con palabras muy claras, y no hay duda de que, dados los términos fijados para el reparto de todos los inmuebles..., lo que quiso es transmitir a los cinco sobrinos la totalidad de los bienes integrantes de su patrimonio, y hacer a favor de ellos una verdadera institución de herederos en consonancia perfecta con los artículos 659 y 660 del Código civil.

- 2.^a No pueden tomarse en cuenta las alegaciones del recurrente, en cuanto a que la redacción de dicha cláusula 9.^a implica un legado de una porción de poca importancia.

Por las razones siguientes: 1) porque, según es sabido, el heredero sucede a título universal y el legatario a título particular; 2) porque, si bien el difunto no empleó la frase categórica «nombro e instituyo herederos» y dijo «mando a mis sobrinos», ello no obstante distribuyó todos sus bienes entre ellos, por lo que resulta de exacta aplicación a este caso el artículo 668-2.º del Código civil; 3) porque, conforme a lo expuesto, se transmitía a doña I. una quinta parte alícuota de la universalidad de los bienes del causante, cuya porción vendría a disfrutar por ese título universal y no singular.

- 3.^a No ha cometido la Sala ninguna de las infracciones denunciadas en el segundo motivo del recurso: porque uno de los testigos del testamento, don M. S., es pariente en segundo grado de afinidad de doña I. cuyo parentesco le incapacita para ser testigo conforme al párrafo 1.º del artículo 682 del Código civil.

Nada significa el párrafo 2.º de dicho artículo 682 del Código civil y el pretexto de que doña I. es legataria: demostrado que sería en su caso heredera, y que, caso de haber sido legataria, ese legado *no era* de objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario; y además, la apreciación de esa cuantía, y su mayor o menor importancia respecto al caudal relicto, corresponde exclusivamente hacerla al Tribunal de Instancia, según tiene repetidamente declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- 4.^a La incapacidad del citado testigo existía antes, y en el acto de formalizarse el pretendido testamento, y subsiste al presente. El testamento abierto de que se trata era indispensable se hubiera otorgado ante cinco testigos idóneos, y tan sólo cuatro resultaron serlo.

De la inobservancia de solemnidad tan importante y esencial se deriva necesariamente la nulidad del referido

documento, conforme declara con acierto el fallo recurrido, ateniéndose a los artículos 679, 687 y 700 del Código civil.

4.ª SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1918: CORBACHO GONZÁLEZ
CONTRA' SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ (53).

A) *Antecedentes:*

1. Don M. Corbacho falleció el 14 de octubre de 1911, otorgando testamento *in articulo mortis* de la misma fecha, firmado por seis testigos y no por el otorgante (por encontrarse este *in articulo mortis*), en el que textualmente expresa:

«... Declaro yo... que me encuentro en entero juicio y razón, por lo tanto, digo que todo cuanto poseo y tengo que tomar, lo lego a favor de la criatura que nazca de mi esposa, por tener seguridad que es mi hijo, y si falleciese o naciera muerto, lo lego en propiedad a mi esposa, doña A. Sánchez y Sánchez...»

Presentado dicho documento ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia, éste dictó auto en 12 de enero de 1912, declarando testamento de don M. Corbacho, lo que resultaba del documento citado, en que se contenía la última voluntad de dicho señor. El documento se protocolizó notarialmente en la misma fecha del auto.

El testador falleció de treinta y cuatro años de edad, en estado de casado con doña A. Sánchez, sin dejar hijos, naciendo muerto con posterioridad el de que la viuda quedó encinta.

Sobrevivió a don M. su padre, don J. Corbacho González.

2. Don J. Corbacho González *demand*a a doña A. Sánchez el 28 de noviembre de 1912, en la que expone como hechos los citados; cita como fundamentos legales los artículos 705, 30, 774, 660, 668,

(53) Véase en *Jurisprudencia civil*, 1918, I, tomo IX, pág. 110, sentencia número 18.

768, 807, 814, 911, 935, 936, 834, 836, 433, 1.902, 1.950, 435 y 455 del Código civil, y suplica que se declare:

- Que es nula la institución de herederos hecha por el causante a favor de su esposa, por haber sido ordenada con preterición de su padre, el demandante.
- Que éste es único heredero *ab intestato* de su hijo y causante.
- Que la demandada, en concepto de cónyuge viuda, tiene derecho al usufructo de la tercera parte de aquella herencia.
- Que la demandada es poseedora de mala fe de las dos terceras partes *pro indivisas* de los bienes relictos a partir del 17 de junio de 1912 (fecha en que fue emplazada para contestar a la demanda de pobreza por el actor deducida), y, por tanto, se le ordena que entregue al actor los bienes hereditarios una vez satisfecho el usufructo viudal y restituya las dos terceras partes de los frutos producidos o debidos producir desde dicha fecha...

3. Doña A. Sánchez, en su contestación a la demanda alegaba como hechos: que el testamento de don M. carecía de institución de herederos y se limitaba a determinar un legado; que en cuanto a ella, se refería, por exceder el importe de tal legado de la mitad de los escasos bienes del finado, perjudicando la legítima de los padres, resultaba inoficioso y debía reducirse; que había gestionado con sus padres políticos privadamente el arreglo de la testamentaria, bajo la base de lo estrictamente legal y sin resistirse a entregarles lo que cree pertenecerles; y que ante la negativa del actor a recibir lo que está dispuesta a entregarle, es por lo que obran en su poder todos los bienes.

Invocaba la demandada como fundamentos legales los artículos 675, 678, 858, 809, 807, 403 y 1.902 del Código civil.

Finalmente solicitaba:

- Que se dé a las disposiciones legales y a la cédula testamentaria el sentido e interpretación pertinentes.
- Que se le absuelva de la demanda en los términos que ésta pretende.

- Que se declare inoficioso el legado que el testador ordenaba a favor de su consorte, en cuanto excedía de la mitad de sus bienes, por perjudicar la legítima de los padres del testador.
- Y que se reduzca el legado, dejando para los padres la mitad del capital del finado que por legítima les correspondía conforme al artículo 809 del Código civil, reduciéndose dicho legado a la otra mitad de bienes.

4. El Juez de Primera Instancia absolvió a doña A. Sánchez de la demanda, y declara: 1) que la institución hecha por don M en su testamento lo es por título singular o de legado; 2) que el legado es inoficioso en cuanto perjudica la legítima del actor, y debe ser reducido en la proporción necesaria a dejar a salvo ésta.

En consecuencia, condenó a la demandada: a entregar al actor, en concepto de legítima, como heredero de su hijo, la mitad de los bienes pertenecientes a éste al momento de su fallecimiento. No hizo expresa imposición de costas.

5. La Sala de la Audiencia confirma en todos sus extremos la sentencia pronunciada por el Juez de primera instancia. No hace expresa condena de costas.

6. El demandante recurre en casación por infracción de ley, al amparo de los números 1.º y 3.º del artículo 1.692, L. E. C., y alega los motivos siguientes:

- 1.º Infracción del artículo 660 del Código civil; por cuanto no cabe mayor universalidad en el título por el que una persona sucede a otra que cuando aquél comprende—como en el caso de autos—«todo cuanto poseía y llegaría a poseer el testador».
- 2.º Infracción del artículo 668, 2.º del Código civil, que prevé precisamente el caso de que se trata en el pleito: el testador lo único que no hizo en su testamento fue emplear la palabra «heredero», pero en cambio no puede haber duda de su intención, ya que dispuso en favor de la hoy demandada de «todo cuanto tenía y llegara a tener», en cuya fórmula adverbial se comprende «formaliter» no sólo sus bie-

nes y derechos, sino también sus obligaciones, o lo que es lo mismo, su *herencia*.

- 3.º Infracción del artículo 763, 2.º, en relación con los 806, 807, 2.º y 4.º del Código civil, al considerar la Audiencia válida como legado una institución a título universal con perjuicio de la legítima de un heredero forzoso.
- 4.º Infracción, por no aplicación, del artículo 807, 3.º, del Código civil, que llama heredero forzoso al cónyuge viudo; no obstante lo cual el fallo recurrido lo llama legatario, pese al hecho elocuentísimo de que según el propio testamento nadie podría concurrir con la instituida en la sucesión del causante.
- 5.º Infracción, por no aplicación, del artículo 813, en relación con el 4.º del Código civil...
- 6.º Infracción, por no aplicación a *contrario sensu* del artículo 768 del Código civil, ya que conforme al mismo y a las más elementales reglas de la lógica, el legatario instituido en cosa genérica (alícuota) e indeterminada será considerado como heredero.
- 7.º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 891 del Código civil, por ser evidente la incompatibilidad metafísica de su precepto al caso presente, ya que la acción de distribuir forzosamente exige pluralidad de términos como predicados de tal distribución, y aquí no hay más que uno, la viuda instituida, en la que se refunde por el testamento todo el patrimonio del causante; y *a fortiori*, pese a todas las sutilezas, es heredera, y nada más que heredera, según el testamento.
- 8.º Infracción, por no aplicación, del artículo 814 del Código civil, pues existiendo herederos forzosos, la Audiencia no declara nula de pleno derecho la institución de heredera hecha en el testamento a la viuda del testador: si de nacer vivo el hijo concebido por la demandada hubiera sido heredero y no legatario, heredera también era la madre, instituida en segundo lugar; y, además, el mismo fallo recurrido establece que el hecho de que sea una u otra persona, sien-

do ambos por la ley herederos forzosos, no altera la naturaleza jurídica del acto; y

- 9.º Infracción del artículo 359, L. E. C., por no resolver la Audiencia sobre la pretensión formulada oportunamente por el actor hoy recurrente, sobre devolución de las dos terceras partes de los frutos indebidamente percibidos por la demandada, con lo que no decide todos los puntos litigiosos objeto del debate.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

Rechaza el recurso, y expone en los considerandos:

- 1.º El artículo 89 [sic] (54) del Código civil, declarando implícitamente innecesaria la institución de herederos para la subsistencia del testamento, permite al testador disponer de todos sus bienes en forma de legado, como lo hizo don M. Corbacho en su última disposición, según las palabras claras y terminantes de la cláusula correspondiente, a las que hay que atenerse, como dispone el artículo 761 [sic] (55) del mismo Código. Por tanto, al estimarlo así la Sala sentenciadora, no infringe los artículos 660, 668, 768 y 891 del Código civil, citados como infringidos en los motivos 1.º, 2.º, 6.º y 7.º, que carecen de aplicación al caso: por ser notoria la voluntad del testador de no instituir heredero y disponer de todo su patrimonio en forma de legado.
- 2.º El fallo recurrido declara inoficioso el legado dispuesto por don M. en cuanto perjudica la legítima de su padre recurrente, y condena a la demandada a entregar a éste la mitad de los bienes: por lo cual no infringe el artículo 814 (motivo 8.º), sino que lo aplica debidamente. Además, al respetar las legítimas del padre y de la viuda (a la que se otorga más de lo que por tal concepto le atribuye la ley), tampoco infringe los artículos citados en los motivos 3.º, 4.º y 5.º, que como el 8.º deben desestimarse.

(54) Entiendo que esta errata debe referirse al artículo 891.

(55) Entiendo que debe referirse al artículo 675 (o al 764, en su caso).

- 3.º No hay falta de congruencia en la sentencia recurrida, porque absuelve de todas las pretensiones de las partes que no son objeto de condena, con lo que quedan resueltas todas las cuestiones del pleito: se cumple así el artículo 359, L. E. C., objeto del motivo 9.º, que por ello debe ser igualmente desestimado.

No hace imposición de costas, pero condena al recurrente al pago del depósito previo que debió constituir y no hizo.

5.ª SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1920: BRUSOLA BELTRÁN
CONTRA DÍAZ IGLESIAS (56).

A) *Antecedentes* (57):

1. Había fallecido en el extranjero don M. B., viudo y sin herederos forzosos, primo hermano del actor, bajo testamento olografo, que fue remitido al Ministerio de Estado español por el cónsul de España en el lugar de su fallecimiento. Del testimonio de la protocolización de dicho testamento aparecían, entre otras cláusulas, las siguientes:

«5.ª Declaro que teniendo el firme propósito de prohiar al niño Mario Alberto Manuel, bautizado en ..., hijo de doña P. Díaz, quien fue esposa del señor R. (58), es mi voluntad que el expresado niño Mario Alberto sea mi único y universal heredero, y, en consecuencia, que su madre entre en la inmediata posesión de todos los valores depositados en el banco... De la renta de estos valores deberá disfrutar en usufructo la madre, entregando integro el capital a su hijo Mario Alberto el día que alcance su mayor edad, quedando éste obligado al sostenimiento

(56) Véase en *Jurisprudencia civil*, 1920, I, tomo LXVII, pág. 11, sentencia número 2.

(57) Las distintas actuaciones procesales que se fueron sucediendo hacen difícil una labor de síntesis, que he realizado atendiendo al factor cronológico, fundamentalmente.

(58) Hago notar que este circunloquio con que el testador se expresa fue especialmente atacado por el demandante.

decoroso de su madre. Los fondos que al ocurrir mi fallecimiento existieran en mi poder o en c/c. en cualquier banco y todas las alhajas de mi pertenencia deberán quedar a favor de la persona (59) que viviere en mi compañía.»

«6.^a En el caso de fallecer el niño Mario Alberto antes de haber alcanzado su mayor edad, la renta de mis bienes deberá ser repartida, por mitad, entre su madre, doña P. Díaz, y las dos sobrinas de mi finada esposa, las señoritas M. y A. H., pasando, en definitiva, el capital a la última de las supervivientes, debiendo las expresadas sobrinas heredar las alhajas que aún existieran de mi finada esposa.»

«7.^a Como testimonio de mi cariño, lego a mi primo carnal don G. Brusola... todo el mobiliario de mi casa, cuadros y objetos de arte, así como la sortija de oro... y el alfiler de corbata..., alhajas ambas que heredé de mi padre y que deseo queden siempre en la familia.»

«8.^a Lego a las hijas de mi buen amigo M. el importe del préstamo de 25.000 pesetas nominales del 5 por 100 interior, que le tengo hecho hace años.»

2. El actor solicitaba del Juzgado, en enero de 1918, que se dirigiese suplicatorio al Ministerio de Estado para que el Juzgado se incautase del testamento ológrafo original hallado en la casa mortuoria y se exhibiese al solicitante. El Juzgado acordó reclamar dicho ejemplar testamentario, pero no fue aportado, pues el Ministerio de Gracia y Justicia ofició que lo había enviado al Juzgado de Primera Instancia de Palacio, reclamado por doña P. Díaz Iglesias.

El actor alegaba la existencia de dos testamentos ológrafos contradictorios, y entendía que—como caso no previsto en el Código civil—solamente podría solicitar y obtener la protocolización del procedente en el oportuno juicio declarativo (60).

(59) Queda indeterminada dicha persona para el que quisiere profundizar en el caso.

(60) Esta alegación del actor no pasa de la mera afirmación, ya que posteriormente no vuelve sobre ello.

3. El actor, en abril de 1918, solicitó la prevención del juicio de testamentaria de don M. B., y hacía, entre otras, las siguientes alegaciones: que la protocolización de la disposición testamentaria que se suponía otorgada por el causante había sido hecha a instancia de doña P. Díaz Iglesias; que dicha señora, como madre del menor Alberto R. D., no había acreditado la personalidad de ella ni la del niño, por lo que la citación a juicio de ambos debía hacerse a reserva de que justificasen cumplidamente ser las personas a que se refería la institución de herederos; que la acción del solicitante para promover el juicio derivaba del testamento como legatario que era de parte alicuota del caudal consistente en todo el mobiliario, cuadros y obras de arte de la casa del causante, además de ciertas alhajas específicas... Finalizaba suplicando se tuviera por prevenido el juicio necesario de testamentaria, mandando citar en forma a los herederos y legatarios.

4. El Juzgado, por auto de 3 de abril de 1918, acordó (61) la prevención del juicio necesario de testamentaria de don M. B., en los términos solicitados por el actor; nombró administrador del juicio, bajo fianza, a don J.; ordenó citar para el juicio a los herederos y legatarios (mediante exhortos y edictos, por ser ausentes), al Ministerio Fiscal (en representación de los ausentes y del menor Alberto R. D.), y a doña P. Díaz Iglesias (con entrega de cédula):

— Doña P. Díaz compareció ante el Juzgado por escrito de 8 de abril de 1918, interponiendo recurso de reposición contra dicho auto, fundándolo: en la infracción de los artículos 1.038 y 1.044, L. E. C., el primero de los cuales determina expresamente las personas que podrán ser parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria, entre los cuales se encuentra el legatario de parte alicuota, pero no el de cosa específica y determinada, por lo que el actor don G. Brusola es incuestionable que no podía ser tenido por parte legítima y debía ser rechazada su intervención.

(61) Aparentemente se exponen una sucesión de hechos relacionados con los distintos trámites procesales del juicio de testamentaria. Pero téngase en cuenta que, dada la peculiar naturaleza de esta clase de juicios, el conocimiento de todos estos actos procesales que se fueron produciendo me parece necesario para llegar a una exacta apreciación del fondo del asunto

Terminaba suplicando: se le tuviera por parte legítima en los autos y se dejare sin efecto la resolución recurrida; y caso de no acceder a esta pretensión, que se declarase que don G. Brusola no era, ni podía ser, parte legítima en el juicio, ni debía ser citado para diligencia alguna relacionada con la herencia, dejando sin efecto el proveído.

- Don G. Brusola impugnó dicho recurso, solicitando no se accediese a ninguna de las pretensiones formuladas y que se dejase subsistente el auto. En el mismo escrito, además, formuló reposición contra providencia de 9 de abril (en la que se tuvo por parte a doña P. Díaz), para que se declarase que doña P. Díaz no era parte legítima por no haber aportado los justificantes necesarios al efecto.

5. El Juzgado repuso en todas sus partes el auto de 3 de abril, declarando nulo y sin efecto ni valor lo en él acordado, y sobreseyendo sin ulterior recurso en estas actuaciones: por no ser don G. Brusola parte legítima para promover el juicio de testamentaria.

6. Apelada por don G. dicha sentencia, la Audiencia revocó el auto del Juzgado en un doble sentido, pero distintamente a lo solicitado por el apelante: de un lado, revoca el auto en cuanto repone el de 3 de abril, que declara nula y sin valor la prevención del juicio necesario de testamentaria y sobresee lo actuado; de otro lado, ordena la prosecución del expresado juicio sin la intervención del legatario don G.

7. Don G. Brusola recurre en casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º y 3.º del artículo 1.692, L. E. C., por los motivos siguientes:

- 1.º Infracción, por errónea interpretación, del artículo 1.038, L. E. C.: la Sala circunscribe el concepto de las palabras «legatario de parte alicuota» a su sentido aritmético, que no es aplicable al derecho, cuyas reglas son flexibles o adaptables a cada caso concreto, para dejar siempre a salvo el principio de justicia de la regla jurídica que se trata de aplicar. Cita la opinión de MANRESA comentando dicho artículo (que cualquiera de los legatarios de parte alicuota tiene el mismo interés que los herederos en que no haya

ccultaciones ni fraudes, pues será mayor o menor su legado, según se disminuya o aumente el caudal), y cree de justicia que en este caso él—como legatario de un Museo (sic)—deba intervenir en el inventario, pues sin éste nunca le serán reconocidos los objetos legados y jamás podrá reclamarlos...

- 2.º Infracción del artículo 1.095, L. E. C., e infracción de doctrina legal por aplicación indebida del artículo 1.038 citado: hasta que no se han practicado las diligencias necesarias a que se refiere el artículo 1.042—pues están sin practicar—, no son aplicables al juicio necesario de testamentaria las disposiciones del juicio voluntario...
- 3.º Infracción, por inaplicación, de los artículos 1.014, 1.017 y 1.020 del Código civil: porque no cabe pretender que la pretendida [sic] (62) madre del heredero haya aceptado pura y simplemente, pues los actos de aquélla carecen de eficacia, por no constar acreditado que el niño Alberto R. sea el heredero; y porque de tales artículos se deduce la obligación de citar a todos los legatarios—es al mismo tiempo «facultad» en éstos de exigirlo—para la formación de inventario. E infracción de la doctrina jurídica *ubi lex non distinguit...*, pues los artículos 1.025, 1.026 y 1.027 del Código civil no distinguen entre legatarios de parte alicuota y legatarios de parte no alicuota.
- 4.º Infracción de artículos 359 y 361, L. E. C., por no hacer el auto recurrido declaración sobre una de las pretensiones deducidas, relativas a la identidad del niño heredero y de su madre... (63). E infracción del testamento y de los artículos 504 y 1.038, L. E. C., al admitir en la testamentaria la intervención de una persona que no justifica el derecho que alega según el testamento...

(62) Véase la nota siguiente.

(63) El recurrente expone en este lugar alegaciones durísimas combatiendo la identidad de dichas dos personas, en términos fuera de lugar (creo que la cuestión excede de un juicio civil, aunque éste sea universal, y compete más bien a un proceso penal). que creo innecesarios a los fines de este trabajo

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

Rechaza el recurso. y expone en sus considerandos:

- 1.º La Sala interpreta rectamente el artículo 1.038, L. E. C., que se cita, como infringido y que es base de los tres primeros motivos del recurso: basta leer la cláusula 7.ª del testamento de don M.B. para convencerse de que dicho legado es de carácter específico y determinado, comprendido en las disposiciones del artículo 882 del Código civil, y no de parte alicuota, cualquiera que sea la significación y alcance que quiera darse a este concepto, y que no puede ser otro que el de indeterminado y proporcional y aun aritmético. Al no tener el legatario de cosa específica y determinada derecho para promover el juicio de testamentaria, claro es que no puede intervenir en su ejecución, pues sus derechos como tal legatario quedaron definidos y amparados en el artículo 882 del Código civil, sin que sean aplicables las disposiciones del artículo 1.014, que se refieren al caso en que el heredero haya hecho uso del beneficio de inventario, y no al caso actual.
- 2.º No siendo el recurrente parte alicuota para promover el juicio de testamentaria, carece de personalidad para hacer reclamaciones relacionadas con la identidad de los herederos. No cabe, pues, estimar el 4.º y último motivo de casación.

Y se hizo condena al pago de las costas.

6.ª SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1920: BERENGUER ENRÍQUEZ
(HERMANOS) CONTRA GARCÉS BLASCO (64).

A) *Antecedentes* (65):

1. Don Pedro E. falleció en 1892, bajo testamento otorgado ante Notario en 1890, en el que, entre otras cosas, dispuso:

(64) Véase en *Jurisprudencia civil*, 1920-1, tomo LXVII, pág. 75, sentencia número 11.

(65) También aquí es densa la exposición de los hechos a causa de las dos herencias testadas producidas.

«... Instituyo herederos universales a mis hijos Pedro E. H. y Antonio E. H.»

«19.º Quiero que del tercio de mis bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, de que puedo disponer para aplicarlos como mejora a mis hijos descendientes, conforme al artículo 808 del Código civil, se deduzca el valor de la casa que dejo legada por vía de mejora a mi nieta doña Luisa E. P. y a sus hijos en la cláusula 11.ª, y del remanente del mismo se hagan dos partes iguales, heredando cada una de ellas cada uno de mis hijos, Pedro y Antonio, o sea, una mitad del tercio para cada uno; pero en esta forma: Antonio la heredará en propiedad y de libre disposición, y Pedro en usufructo para durante los días de su vida, y a su fallecimiento, la parte de mis bienes que a él le hubiere correspondido por dicha mejora se dividirá en dos mitades iguales: una, para los hijos de su hija y mi nieta Luisa E. P., que sobrevivan a su abuelo Pedro, con derecho de acrecer entre los mismos si alguno falleciera sin edad para testar o *ab intestato* y sin descendientes legítimos, y la otra mitad pasará a mi hijo Antonio de libre disposición.»

2. Protocolizada notarialmente la partición de la herencia del referido causante, se observan los siguientes particulares:

Supuesto 30. *Pago de las hijuelas:* ... Se procura pagar en fincas la mejora del tercio que beneficia a don Pedro E. H., porque éste la tiene en usufructo, y la nuda propiedad corresponde en una mitad a su hermano Antonio y la otra mitad a sus nietos, hijos de doña Luisa E. P. Como ello no ha sido posible hacerlo en absoluto, con objeto de asegurar completamente la nuda propiedad a los interesados en ella, la cantidad que para completar su haber ha sido necesario adjudicar en metálico a don Pedro E. H., éste la garantizará en una hipoteca especial...»

«Advertencia 5.ª De la hijuela de don Pedro E. H. resulta que se le ha hecho pago del haber que le corresponde por la mejora en usufructo del resto del tercio en fincas, cuya nuda propiedad corresponde a su hermano Antonio y a sus nietos,

hijos de doña Luisa E. P. Como los nudo propietarios han de recibir en su día en metálico 17.222,96 pesetas (don Antonio) y 26.454,95 pesetas (nietos), recibirá (66) en metálico don Pedro E. H., y éste, para garantizar a los otros interesados la devolución del metálico, deja especialmente hipotecadas, a favor de don Antonio, la finca rústica..., y a favor de los hijos de Luisa la casa...»

3. El usufructuario don Pedro E. H. falleció en 1906, bajo testamento ante Notario otorgado en 1899, en el que se leen estas cláusulas:

- «4.ª Lega libremente a su referida cónyuge, doña D. Garcés Blasco, el tercio de toda su hacienda.»
- «5.ª Mejora, de libre disposición también, en el otro tercio de su herencia, y cuyo vitalicio usufructo es la cuota viudal o legitimaria de su mentada consorte, a los nietos que le sobrevivan, hijos de su hija Luisa E. P.»
- «6.ª Instituye y nombra del remanente de todos sus bienes herederos, en la proporción y alcance del Código civil, a su citada hija Luisa y a su esposa doña D. Garcés Blasco.»

4. Los hermanos Berenguer Enríquez presentaron en 1913 demanda contra doña D. Garcés Blasco, y, entre otras alegaciones, dijeron que eran los hijos de doña Luisa E. P., a quienes su bisabuelo, don Pedro E., legó la nuda propiedad de la mitad del resto del tercio de libre disposición, que legó a su vez en usufructo a su hijo, abuelo de los exponentes, Pedro E. H.; que al fallecer éste habían adquirido la plena propiedad de los bienes legados, y entre ellos la de las 26.454,96 pesetas que en metálico se adjudicaron a dicho señor E. H., y para cuya seguridad estaba hipotecada la casa (67)...; que gestionaron el cobro de dicha suma cerca de la viuda, doña D. Garcés, administradora de la herencia indivisa de aquél, la cual les autorizó a percibir determinados alquileres de la casa hipotecada en compensación de parte de los intereses; que posteriormente la viuda se resistió pasivamente al cumplimiento de la obligación, posesionándose del inmueble y disfrutándolo sin

(66) Se sobreentiende «estas pesetas».

(67) Omite la descripción de la finca y detalles de la hipoteca

pagar merced; que la demandada ostenta el triple carácter de administradora de la herencia indivisa de su esposo, Pedro E. H., heredera legítima por su cuota viudal y poseedora real de la finca hipotecada (un mes antes doña D. Garcés había demandado el importe de los alquileres a una inquilina de la finca, en su condición de propietaria de la casa); que los intereses de la suma adeudada por la herencia de Pedro E. H., desde la fecha del fallecimiento de éste, al 5 por 100 anual, ascendían a 9.074,40 pesetas, de cuya cantidad había que deducir 2.280 pesetas, importe de los alquileres percibidos por los demandantes de una habitación de la finca hipotecada durante dos años, por lo que les restaba cobrar 6.794,40 pesetas.

Terminaban con la súplica (68) de: que se condenase a doña D. Garcés, con el carácter de heredera de Pedro E. H., administradora de la herencia y poseedora real de la finca hipotecada, a pagar dentro del quinto día a los demandantes la cantidad de 26.454,95 pesetas capital de la hipoteca constituida sobre la casa..., más 6.794,40 pesetas por intereses vencidos, y los que vengzan en lo sucesivo, al 5 por 100 anual de la suma adeudada, y en las costas.

5. La demandada compareció en autos, pero no formuló escrito de contestación. Recibido el juicio a prueba, sólo se practicó a instancia de los demandantes, quienes la ofrecieron de confesión judicial y documental:

— Absolviendo posiciones la demandada, reconoció: que los actores habían cobrado alquileres de una habitación de la finca en cuestión, pero no por convenio alguno, sino por ser el inquilino sobrino de uno de los demandantes y pagarle directamente a éste y no al administrador de la finca; que habita dicha casa sin pagar merced, pues en ella tiene consignada su dote, importante 20.000 pesetas (69); que cobra los alquileres de la misma, y que los reclamantes no le habían hecho reclamación alguna.

— Los demandantes formularon escrito de conclusión, pero no la demandada.

6. El Juez de 1.ª Instancia dictó sentencia condenando a la demandada a que, con el carácter de heredera de Pedro E. H., abone

(68) Es interesante el enfoque de la demanda.

(69) Nótese que la demandada no contestó a la demanda, ni formuló reconvencción.

dentro del quinto día a los demandantes las 26.454,95 pesetas, importe del capital reclamado, más 3.794,40 pesetas por intereses debidos, al 5 por 100 anual, y los que vengzan en lo sucesivo desde la interposición de la demanda, y al pago de todas las costas.

7. La Audiencia confirmó totalmente la sentencia del Juez de 1.^a Instancia, y le impone el pago de las costas de la apelación.

8. La demandada, doña D. Garcés, interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia anterior, fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los motivos siguientes:

- 1.º Infracción, por errónea aplicación, del artículo 661 del Código civil, al estimar la Sala a la recurrente como heredera de su esposo, Pedro E. H., y como tal la obliga al pago de la cantidad reclamada, cuando según el testamento sólo es legataria del tercio de libre disposición de la herencia y heredera solamente en cuanto a la cuota viudal usufructuaria, conforme al artículo 834 del Código civil, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo—consignada en sentencias de 4 de julio de 1896, 24 de octubre de 1904 y 25 de enero de 1911—que interpreta dicho artículo en el sentido de que «la viuda que sólo recibe los gananciales, su cuota viudal y el legado, no puede ostentar el carácter de heredera para el efecto de poder ser demandada por razón de deudas existentes en la herencia».
- 2.º Infracción del artículo 834, en relación con el 838-1.º del Código civil indebidamente aplicados: ambos evidencian que el viudo, en cuanto a la percepción de la cuota viudal, es un heredero singular, a quien no alcanzan, por tanto, las obligaciones hereditarias, gravando dicha cuota a la herencia.
- 3.º Infracción de los artículos 600 (*sic*) (70) y 859 del Código civil, por indebida aplicación: definen el legatario como el que sucede a título singular, y al legado como un gravamen de la herencia a cargo de los herederos universales.

(70) Esta errata debe referirse al artículo 660.

4.º Infracción de los artículos 902, 1.026 y 1.725 del Código civil, el 2.º de ellos por aplicación indebida y los otros dos por no haber sido aplicados: porque la Sala, además de atribuir a la recurrente la obligación de pagar la cantidad reclamada en concepto de heredera, sostiene también que está obligada por ser administradora de la herencia.

— La Sala funda la cualidad de administradora de la recurrente en unos hechos que por sí solos (71) no pueden reputarse como actos de administración (cobro de rentas y reclamar pago de alquileres): por lo que dispone el artículo 838, 2.º, del Código civil... y porque la administración supone un nombramiento en forma, según el artículo 1.026 del Código civil, lo cual no se da en el caso de autos.

— Aunque existiese tal administración, resulta absurdo que por efecto de ella se condene personalmente a la recurrente, porque se trata de una obligación hereditaria cuyo cumplimiento corresponde a los herederos universales; con lo que se infringe el artículo 1.725, al prescindir de su inevitable aplicación: el administrador es un mandatario y—como éste—no responde personalmente, pues obra por cuenta y responsabilidad ajenas, o sea por cuenta de los herederos universales.

— Tampoco puede fundarse la condena de la recurrente en su cualidad de albacea: ello infringe el artículo 902, pues no contiene su nombramiento facultades especiales, y éstas no pueden alegarse cuando especialmente no han sido conferidas.

5.º Infracción, por su no aplicación, de los artículos 432, 444, 462 y 463 del Código civil, y 24 y 41 de la Ley Hipotecaria (72): por deducir la Sala la obligación de pagar la

(71) La tesis del recurso se basa, en este punto, en la necesidad de la pluralidad de actos y manifestaciones para que exista «administración».

(72) La Ley Hipotecaria aquí aludida es la de 1909. No queda claro en la sentencia si en la fecha del recurso estaba o no vigente el Reglamento Hipotecario de 1915, de aplicación ineludible a los casos de posesión. Para un mejor estudio de las cuestiones implicadas en dicho precepto, véase el detallado estudio de ROCA SASTRE, en su *Derecho Hipotecario*, 1954, tomo I, cap. XIV.

deuda hereditaria, del hecho que supone estar la recurrente en posesión de la finca hipotecada. De la prueba practicada se infiere solamente que la recurrente, acreedora hipotecaria sobre la casa por su dote y heredera por su cuota vidual, ocupa uno de los cuartos sin pagar merced, circunstancia que de ninguna manera puede implicar posesión jurídica: porque disponen los artículos citados (73)... y porque la finca está inscrita en el registro a nombre de Pedro E. H., con lo que a su muerte corresponde la posesión a sus herederos, y también a ellos la obligación hipotecaria del pago del legado que reclaman los demandantes.

- 6.º Infracción, por aplicación indebida y errónea, del artículo 1.100, en relación con los 1.101 y 1.108 del Código civil: la Sala condena a la recurrente por morosidad al pago de intereses desde la fecha de la defunción de Pedro E. H. En todo caso, sólo serían debidos desde la fecha del acto de conciliación, pues el artículo 1.100 exige reclamación judicial o extrajudicial para que exista morosidad; y ni siquiera hay intento de prueba de haberse hecho reclamación alguna antes del acto de conciliación; la Sala deduce la existencia de reclamación en el hecho de habitar la recurrente la casa y de cobrar alquileres, hecho de todo punto incongruente con la consecuencia que de él se deduce.
- 7.º Error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documentos y actos auténticos que demuestran la evidente equivocación del juzgador: a) reputando a la recurrente heredera universal de Pedro E. H., cuando de su testamento resulta que sólo es legataria del tercio y heredera singular (74) de la cuota vidual; b) estimando la morosidad desde la fecha del fallecimiento de aquél, cuando la única prueba presentada es la certificación del acto conciliatorio; y c) reputando a la recurrente poseedora del inmueble, cuando de la certificación registral resulta estar inscrito a nombre de Pedro E. H.

(73) En orden al problema de la conexión entre posesión y Registro, véase Roca, op. cit., *ibid.*

(74) Parecen términos antagónicos.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

El Tribunal Supremo declara no ha lugar al recurso, y se basa en las consideraciones siguientes:

1.^a El artículo 668 del Código civil—y en general cuantos en él se refieren a la sucesión testada—no denota otra cosa sino que, lejos de supeditarse al ritualismo de nuestro antiguo Derecho y al que informaban las instituciones romanas, el testador puede hoy disponer de sus bienes, en todo o en parte, lo mismo a título de herencia que a título de legado. Por tanto, la situación de quienes adquieren como sucesores universales o singulares depende no de distinciones doctrinarias, a veces de puro nombre, sino de lo que de acuerdo con la realidad y la justicia se acomode a la verdad y a las leyes; con tal que se vea clara y expresa, o por lógica interpretación se deduzca, la voluntad de transferir a una persona determinada los bienes de que se dispone, con las inherentes responsabilidades o limitaciones establecidas por el testador, la ley o los derechos preexistentes a favor de otras personalidades (75).

2.^a Los tres primeros motivos del recurso pretenden que la sentencia impugnada había infringido los artículos 600, 601 [sic] (76), 834, 838, 1.^o, y 859 del Código civil, al considerar a la recurrente como heredera de su esposo: ello no es exacto, porque del contexto literal de la cláusula 6.^a del testamento aparecen doña D. Garcés y doña Luisa E. P. (hija del primer matrimonio) «instituidas herederas en el remanente de los bienes y en la proporción y alcance del Código civil», lo que manifiesta claramente la voluntad de que ambas sean herederas. Y supuesto que las palabras, «en la proporción y alcance del Código civil», fijan como límite de la institución las respectivas cuotas legitimarias, y que fuere cierta la regla general alegada (que la viuda que recibe su cuota viudal y el legado no es «heredera» para poder ser demandada por deudas de la herencia), es evidente que la recurrente no puede basarse en dicha doctrina (77), por ser hecho probado que se encargó de la admi-

(75) Terminología de la misma sentencia.

(76) Ambas erratas se refieren, claro es, a los artículos 660 y 661.

(77) La doctrina de las sentencias citadas en el motivo 1.^o del recurso habría de ser compulsada de modo conveniente, a los efectos de comprobar si eran meras afirmaciones generales o bien la *ratio decidendi* de cada litis. Véase PUG BRUTAU, op. cit., en nota 19.

nistración de los bienes de la herencia todavía no liquidada: y aunque tal gestión sea oficiosa, le confiere la representación del caudal para responder de las cargas de la herencia, según los artículos 1.026 y 1.027 del Código civil, y viene obligada a satisfacerlas para que, sin perjuicio de cumplirse la voluntad del testador, queden a salvo los derechos de acreedores legítimos.

3.ª La única persona a quien los demandantes pueden reclamar su crédito es a la viuda, porque el testador dispone de la totalidad de su caudal, dividiéndolo en tres tercios: uno, que lega como mejora a los nietos... y que constituye la cuota usufructuaria de la viuda; otro, que completa la legítima diminuta de la hija; por último, la porción restante de libre disposición, que forma el tercio legado a la viuda. Con todo ello se evidencia la imposibilidad de que los hijos de la hija del testador demanden a su madre, que sólo hereda la legítima estricta, que la ley no autoriza que se merme y grave en forma alguna, y que si han podido reclamarla a la sucesora en la parte de libre disposición, única que puede ser gravada. Máxime siendo una sucesora que posee y administra la casa afecta a la hipoteca constituida en garantía del crédito reclamado, a lo cual no se opone la inscripción registral a favor del causante, porque la herencia permanece legalmente indivisa. No es posible estimar, por tanto, el motivo quinto.

4.ª Los demandados [sic] (78) para el cobro de la cantidad de 26.454,95 pesetas... son acreedores por su legado, cuya obligación de entregarse nació al tiempo del fallecimiento del ascendiente usufructuario (79), por ser el acontecimiento que puso término al usufructo constituido por el primer testador: y desde tal fecha la demandada incurrió en mora, al lucrarse con los productos de la finca constituida en garantía de la obligación, por lo que es indudable que procede aplicar el párrafo 2.º del número 1.º del artículo 1.100 del Código civil—y no de lo que, como regla general, dispone el párrafo 1.º de dicho art.—. No se admite, pues, el motivo 6.º

5.ª No se estiman los motivos 4.º y 7.º: en ellos se combate la estimación que hizo la Sala de los documentos citados, apreciados

(78) Debe leerse «los demandantes».

(79) Es el segundo causante fallecido testado. Véase el epígrafe 3 de los antecedentes de esta sentencia.

sin desconocer su valor probatorio e interpretados con criterio distinto de la recurrente. Pero es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que «la apreciación del tribunal sentenciador debe prevalecer cuando no se demuestra la existencia de otra más acertada», y aquí no se patentiza la evidente equivocación del juzgador requerida por el número 7.º del artículo 1.692, L. E. C. Se hizo condena al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad constituida como depósito.

7.ª SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1940 (80) y (81).

A) *Antecedentes* (82):

1. Don A., súbdito ruso residente en España, nombró en su testamento albacea y tutor de sus dos hijos, instituidos herederos por partes iguales, a don B., que había sido mandatario suyo en los últimos años de su vida.

2. Fallecido don A., don B. realizó en España, durante el desempeño de sus cargos, múltiples actos de gestión y disposición, no rindiendo cuentas tutelares a la hija de don A. cuando ésta llegó a la mayoría de edad.

3. Sobrevino el fallecimiento de don B. meses más tarde, bajo testamento, en el que había instituido heredera a su hija natural, y legado el tercio en usufructo a un extraño y en nuda propiedad a los hijos de don A.; en la última cláusula testamentaria hacía la expresa declaración de apartar del disfrute de sus bienes a todo el que promoviere intervención judicial por cualquier motivo,

(80) Esta famosa sentencia, por la doctrina que sienta, creo que lo es mucho más por su aire fantasmal: todo el mundo habla de ella, pero casi nadie la ha visto. Pertenecía al grupo de sentencias que «oficialmente» no ha sido publicado. Pero tampoco aparece en el repertorio *Aranzadi*, ni en 1940 ni en 1941.

(81) Pese a lo antes dicho en nota precedente, la cita de ella es común —más bien «tópica»— en todos los autores y obligada en sentencias posteriores.

(82) Ante las dificultades para obtener esta sentencia en su parte de hechos, de todo punto imprescindible para un trabajo como éste, he acudido a la apretada síntesis que hace de ella PUIG BRUTAU, op. cit., V, 1.º, pág. 90. y en RDP, 1941, pág. 37.

pues por el solo hecho de acudir a los Tribunales quedaría privado de lo que le dejaba.

4. La hija de don A. entabló *demanda*, por la que se solicita que:

- Se condene a la hija de don B., como sucesora en las obligaciones de su padre: 1) a rendirle cuentas de las gestiones administrativas, tutelar y testamentaria realizadas por dicho señor; 2) a abonarle la mitad de los saldos que resulten a favor de los herederos de don A.; 3) a entregarle los documentos propiedad de don A., que retiene indebidamente, así como cuantos bienes fueren indebidamente incluidos en la partición de los relictos por óbito de don B., propiedad de don A.; y 4) a indemnizarle de los perjuicios sufridos.

5. La parte contraria formuló reconvencción:

- Invocaba el Derecho ruso, sin probarlo.
- Se fundaba en que siendo la demandante una de las personas favorecidas en el Testamento de don B., caía de lleno, por esta intervención judicial, en la penalidad de perder toda participación en el caudal hereditario de don B.

6. El Juzgado, cuya sentencia confirmó en parte la Audiencia, condenó a la demandada: a la rendición de cuentas, al abono de la mitad de su saldo y a la entrega de los documentos indebidamente retenidos; y absolvió a la demandante de la reconvencción.

7. La demandada interpuso recurso de casación, y entre sus motivos alegaba:

- Que existiendo legatarios de parte alicuota, no se le podía exigir el cumplimiento íntegro de las obligaciones de don B.
- Que siendo la demandante una de las personas favorecidas en el testamento de don B, le afectaba de lleno la penalidad de perder la participación dispuesta a su favor.

E) *Sentencia del Tribunal Supremo* (83):

Acoge el recurso por el último extremo, reseñado, que ya se pidió por vía de reconvención, y establece las siguientes afirmaciones:

a) La obligación de rendir cuentas nace, jurídicamente, de la existencia del mandato y de la actuación del mandatario en concepto de tal, aunque falte la determinación precisa y concreta de gestiones por la Sala; sin perjuicio, en este caso, de que se concreten en ejecución de sentencia los actos de gestión que haya de comprender la rendición de cuentas.

b) La Sala de instancias entiende que a la rendición de cuentas de los cargos de tutor y albacea, y entrega de la mitad del saldo resultante, debiera aplicarse la Ley nacional del testador, por lo que es una argumentación equivocada la de que, por no demostrarse en autos la reglamentación jurídica rusa de la tutela y albaceazgo, procedía aplicar por analogía la legislación española referente a la gestión de negocios ajenos: no sólo porque si, en definitiva, ha de aplicarse la legislación española, lo procedente sería remitirse a las disposiciones del Código civil, que regulan específicamente las cuentas de la tutela y del albaceazgo, sino también porque no hay posibilidad de establecer relación de analogía entre dos términos—la tutela y la ejecución testamentaria en la legislación rusa y la *gestio negotiorum* en la española—cuando uno de los términos de la comparación es desconocido.

c) El tema básico sobre cuál sea la norma aplicable al caso en que la ley rusa—ley nacional del causante de la sucesión y de los pupilos sujetos a tutela—no haya tenido comprobación en el pleito, admite como soluciones posibles: la desestimación de las pretensiones del litigante, que invocó a su favor la legislación rusa y no la acreditó en autos, la aplicación de aquel Derecho que más se acerque al Derecho ruso, o la aplicación de la *lex fori*.

Y si bien la primera de estas soluciones cuenta en su apoyo con la antigua y arraigada teoría, llamada «del mero hecho», según la

(83) Gracias a mi compañero don ANTONIO IPIÑES, puedo exponer la serie de Considerandos de esta sentencia: tomados también de la RDP, 1941, pág. 38, y con idéntica expresión alfabética.

cual incumbe a las partes la invocación y demostración del Derecho extranjero, la mayoría de los tratadistas ven en ella cierto aspecto de negación de justicia, más acusado aún en la tendencia actual de la ciencia jurídica que, en vez de mantener la pasividad del Juez en la comprobación de la norma extranjera aplicable, quiere que la indague o coopere a la indagación de oficio (*iura novit curia*), sin que, por tanto, recaiga toda la responsabilidad de la carga probatoria sobre el litigante.

Por lo cual la doctrina científica más justificada se pronuncia, en estos casos, por la aplicación de la *lex fori*, solución que esta Sala acepta, máxime en el caso de autos, en que casi todos los elementos de las relaciones jurídicas de que se trata tienen su asiento en nuestro país, ya que en España se realizaron—siquiera irregularmente o de hecho—las gestiones de tutela y albaceazgo, y en España tuvieron su residencia habitual los pupilos, hijos de A., lo que lleva también a la aplicación de la ley española, conforme al espíritu que informa el artículo 3.º del Convenio de 12 de junio de 1902, ratificado el 30 de junio de 1904; y ya en este plano, no es dudosa la obligación de rendir cuentas de la tutela y albaceazgo, por aplicación de los artículos 281 y 907 del Código civil, por lo que procede mantener el fallo condenatorio.

d) La nota distintiva de los conceptos de heredero y legatario (84), examinada a la luz de la más nutrida doctrina científica, inspirada en el criterio objetivo de la herencia, no la da, como era norma en el Derecho romano, la voluntad del testador, manifestada en las palabras con que hace el llamamiento a su herencia, sino que surge del propio contenido de la disposición testamentaria, según atribuye a los sucesores el patrimonio en su totalidad o parte proporcional (herencia), o en alguno de sus elementos individualizados o grupo de ellos concretamente determinado (legado); y así el legatario de parte alicuota tendrá la obligación de heredero, porque sucede en bienes indeterminados, esto es, en una parte abstracta del *universum ius*.

(84) Aunque el exacto conocimiento de los términos del testamento hubiera sido lo ideal, parece que con la simple exposición que hace PUIG BRUTAU podemos hacernos cargo de la antitética posición de demandante y demandada: legataria aquélla y heredera ésta

e) Examinando, sin embargo, el tema en nuestra legislación y en la doctrina jurisprudencial, ya no se podrá afirmar que impere netamente el criterio objetivo, pues si bien es verdad que la norma básica de distinción la da el artículo 660, corroborado por el 768, del Código civil, de marcado sentido objetivista, no se puede prescindir de la tendencia espiritualista o de acatamiento de la voluntad del testador, que fluye no sólo del arraigo que en nuestro país tiene el legado de parte alicuota como institución distinta de la de heredero, y del entronque subjetivista del vigente Derecho español con el Derecho romano, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, sino también, y principalmente, de los artículos 675 y 668 del Código civil, que imprimen a la intención del causante el rango de ley de la sucesión: máxime en aquellos casos en que, por existir disposiciones testamentarias de tipo ético-afectivo o jurídico-familiar, resulte más acusada la distinción, o en aquellos otros en que no aparezca diáfana la voluntad del testador, en el sentido de que uno de los instituidos sea el continuador de su personalidad y otro sea el legatario de parte alicuota, incluso con exención de cargas.

Por lo que procede concluir que, en el estado actual de nuestro Derecho positivo, no existe identificación absoluta de los conceptos de heredero y legatario de cuota, siquiera el trato jurídico de ambos ofrezca múltiples aspectos de coincidencia por la nota común que los preside, como sucesores a título de atribución de bienes indeterminadamente.

f). Entre estos aspectos de coincidencia cabe señalar el de responsabilidad por deudas hereditarias, tratándose de legatario de parte alicuota en pleno dominio o en nuda propiedad que no haya sido excluido de ellas por el testador, ya que el legatario así instituido adquiere, por la propia naturaleza de la institución, una condición asimilable a la de heredero a beneficio de inventario: porque si con relación a los sucesores está constituida la herencia por el haber líquido que resulta después de deducir las cargas, necesariamente el legatario de parte alicuota, supeditado, como el heredero, a la liquidación del caudal hereditario, habrá de participar en ellas proporcionalmente a su cuota hasta el límite de su haber líquido, y no más.

g) Aplicada la doctrina expuesta al caso del pleito (85), se llega a la conclusión de que la obligación de rendir cuentas es imputable a la heredera demandada, que es la que tiene en su poder los antecedentes precisos para cumplirla; y que la obligación complementaria de entregar la mitad del saldo que resulte de las cuentas supone reclamación de deuda hereditaria, por lo que, en aplicación de los artículos 1.084 y 1.085 del Código civil, el titular del derecho puede ejercitarlo íntegramente contra cualquiera de los herederos—según el artículo 510 del Código civil, no cabe exigir esta responsabilidad del legatario en usufructo de parte alicuota—, sin perjuicio del derecho que asiste al demandado de llamar a juicio a los coherederos y repetir contra ellos, para que la obligación, en definitiva, resulte dividida entre todos proporcionalmente a sus cuotas.

h) Los términos en que está concebida la última cláusula del testamento de B. (86) revelan claramente la intención del testador, y son de tal amplitud que en ellos está sin duda comprendido el caso de autos, en que una de las legatarias promueve cuestión judicial contra la heredera pidiéndole rendición de cuentas por actos de gestión, que atribuye al causante, y reclamando, en concepto de privativos de la actora y de su hermano, bienes que obran en la testamentaria de B.: contrariando así la voluntad del causante e incurriendo en la sanción impuesta por éste—pérdida de los legados en que ha sido instituida—, y al no entenderlo así la Sala, ha infringido los artículos 790, 791 y 1.114 del Código civil.

8.ª SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1949: TORRELLAS
CONTRA HEREDEROS DE J. PENAS Y GARCÍA R. (87).

A) *Antecedentes* (88):

1. Don J. Penas falleció bajo testamento ante Notario, otorgado el 9 de diciembre de 1932, del que interesan las cláusulas siguientes:

(85) Véase lo dicho en nota anterior precedente.

(86) Vale asimismo lo dicho en notas precedentes.

(87) Véase en *Jurisprudencia civil*, segunda serie, tomo VIII, pág. 671, sentencia núm. 51.

(88) Son expuestos aquí por riguroso orden cronológico, de entre los hechos alegados y probados. Los que dieron lugar a los puntos debatidos figuran después en el epígrafe 7 de estos antecedentes.

«3.^a Dispone de la tercera parte destinada a mejora de descendientes en la siguiente forma: el 20 por 100 de este tercio será para su nieta doña A. P. A. Otro 20 por 100 será para su otro nieto don J. P. A. Como ambos, en la actualidad, son menores de edad, este legado les será entregado a la mayoría de edad o al tomar estado, y en el interin, o sea mientras sus dos nombrados nietos sean menores de edad o solteros, tendrá el usufructo de los bienes legados su padre, hijo del testador, don José P. H. El 15 por 100 de este mismo tercio será para su hija doña F. P. H., de libre disposición. El 25 por 100 del tercio de que se trata será para su nieto don J. M. P. Y el restante 20 por 100 de este tercio de mejora será para su nieta doña P. M. P. Teniendo en cuenta que estos dos últimos nietos son menores de edad, esta mejora no les será entregada hasta que lleguen a la mayoría de edad o tomen estado, y en el interin, esto es, mientras sean menores de edad o solteros, será usufructuaria de los bienes en que consista la mejora su madre, hija del testador, doña F. P. H.

Para fijar la cuantía del tercio destinado a mejora de descendientes, o sea del tercio del que en esta cláusula se dispone, se exceptuarán las joyas y el ajuar doméstico.»

«4.^a La tercera parte de la herencia del testador de libre disposición la atribuye en la siguiente forma: el 15 por 100 de este tercio será para su nieta doña A. P. A. Otro 15 por 100 de este mismo tercio será para su nieto don J. P. A. El 20 por 100 de este mismo tercio será para su nieto don J. M. P. El 15 por 100 de este tercio libre será para su igualmente nieta doña P. M. P. Siendo estos cuatro legatarios menores de edad, no entrarán en posesión de los bienes legados hasta llegar a la mayoría de edad o tomar estado, y mientras tanto serán usufructuarios de los bienes de que se trata las mismas personas designadas en la cláusula anterior al distribuir el tercio de mejora. Y el 35 por 100 restante será para su hijo don Julio P. H., en pleno dominio.»

«7.ª Instituye y nombra por únicos y universales herederos a sus hijos doña F., don José y don Julio P. H.»

2. Cuando la herencia del referido causante se hallaba en estado de indivisión, con fecha 1 de junio de 1935, se firmó un contrato de arrendamiento de las naves de la casa... de la que eran propietarios los herederos de don J. Penas; firmaron el contrato, de una parte, como herederos de dicho causante (89), los señores doña F., don José y don Julio P. H. y don E. C., como contador-partidor de dicha herencia; y de otro lado, como arrendatario, don R. Torrellas.

Se consignaron en dicho contrato, entre otras estipulaciones, las dos siguientes:

«10. Los propietarios del inmueble, caso de querer vender la finca en que están enclavados los locales arrendados al señor Torrellas, y llegado el momento de tener ofertas en firme, lo avisarán a dicho señor por medio de carta, por si éste, por el mismo precio ofrecido, quisiera ser comprador. En tal supuesto, dentro del plazo de quince días, siguientes al aviso, el señor Torrellas manifestará si se constituye comprador, formalizando en este caso el correspondiente compromiso de compraventa, y si nada manifestare el inquilino dentro del plazo señalado de quince días, se entenderá que renuncia al derecho de opción de compraventa del inmueble.»

«11. En el caso de que se efectúe a tercera persona la venta del local objeto de este contrato, el arrendador se obliga a dar al arrendatario el plazo mínimo de seis meses para desalojar el local, en el caso de que el arrendatario no llegara a otro acuerdo con el nuevo propietario.»

3. La finca en que se hallaba el local arrendado fue adjudicada en escritura particional, ante Notario, el 13 de noviembre de 1935, escritura firmada por el contador-partidor don E. C. y los herederos doña F., don José y don Julio P. H. (90). La adjudicación

(89) Obsérvese lo relativo a la firma: véase luego.

(90) Nótese quiénes firman la escritura particional. Compárese con lo advertido en nota 89.

fue en *pro indiviso* a los herederos en las proporciones que siguen: «A don José P. H., una participación intelectual y *pro indivisa* de 6.400 pesetas en su total valor de 140.000 pesetas; a doña F. P. H., 9.300 pesetas de participación intelectual *pro indivisa* en igual valor de la casa; a don Julio P. H., 8.500 pesetas de participación también intelectual; a doña A. P. A., nieta del testador, otra participación de 4.700 pesetas; a don J. P. A., igual participación de 4.700 pesetas; a don J. M. P., 4.600 pesetas en el valor del inmueble. Y a doña F., don José y don Julio P. H., en hijuela especial para pago de deudas, la participación de 95.700 pesetas en el indicado valor de la finca.»

4. La finca en cuestión fue vendida en documento privado de 14 de febrero de 1940, otorgado por todos los herederos adjudicatarios a favor del señor García R.

- Posteriormente, en 7 de marzo de 1940, a requerimiento de don José P. H., por sí y como mandatario verbal de los restantes propietarios, se levantó acta notarial al señor Torrellas para que «dándose por enterado de la venta efectuada al señor García R. de la finca en que están enclavados los locales arrendados, se entienda en lo sucesivo con dicho señor como adquirente del inmueble, debiendo satisfacer al mismo el importe de los alquileres».
- En otra acta de la misma fecha, siendo requirente el señor García R., se requiere al señor Torrellas para que «desalojase el local en el plazo de seis meses, a partir de la fecha del requerimiento, por necesitar el local arrendado el nuevo dueño, notificándole al mismo tiempo el propósito del requirente de indemnizarle con arreglo a derecho».
- Meses más tarde, con fecha 21 de febrero de 1941, se otorgó escritura pública de venta de la finca de autos a favor del señor García R., que fue firmada por todos los herederos de don J. Penas como propietarios de la misma.

5. Don R. Torrellas intentó, con fecha 9 de abril de 1940 (91), celebrar acto de conciliación con vendedores y comprador para que le comunicasen las condiciones de la venta, al efecto de ejercitar

(91) Obsérvese la fecha del acto conciliatorio.

o no el derecho de opción derivado del contrato de arrendamiento; dicho acto se dio por intentado sin efecto.

- Posteriormente, con fecha 30 de junio de 1941 (92), el señor Torrellas demanda en juicio declarativo de mayor cuantía a los herederos de don J. Penas y al señor García R. Terminaba su escrito con la súplica de:
- Que se dicte sentencia declarando que el actor tiene derecho de opción para adquirir la casa..., según lo convenido en la cláusula 10.^a del contrato de 1 de junio de 1935.
- Que se condene a los demandados a que pongan de manifiesto al actor los documentos y pactos de enajenación del inmueble, para poder ejercitar su derecho de opción y manifestar en el plazo de los quince días siguientes si se constituye o no en comprador, y caso afirmativo, formalizar la compraventa.
- Que se condene a los demandados al pago de las costas y a la indemnización de los daños y perjuicios causados al actor por el incumplimiento del contrato referido.

6. Contestaron a la demanda los señores García R., José P. H. y J. M. P. (este último con reconvencción, en la que pedía la nulidad de todas las cláusulas del contrato de 1 de junio de 1935, por estar ausente en él y ser entonces menor de edad).

Al escrito de réplica del actor siguió el trámite de dúplica de los demandados comparecientes.

Recibido el pleito a prueba, se practicaron las de: confesión en juicio, testigos (el contador-partidor), documentos públicos, libros de comerciantes y correspondencia.

7. Los puntos más debatidos en el pleito fueron los siguientes:

a) *Firmantes del contrato de arrendamiento de 1935:*

- Actor: sostenía que los herederos firmantes lo hicieron, además de por sí, como representantes legales de los hijos menores de edad.

(92) Comparar esta fecha con la expuesta en párrafo precedente: Nota 91.

— Demandados: alegaban que los otorgantes de dicho contrato no eran *todos* los herederos del señor Penas; que los menores de edad no pudieron ser representados por los firmantes, dadas las circunstancias de edad, de intereses opuestos y de no constar en modo alguno la pretendida representación; que estando la herencia indivisa los firmantes no tenían la plena representación de dicha herencia; que los menores no prestaron su asentimiento a dicho contrato ni entonces ni posteriormente; que debieron ser asistidos judicialmente conforme al artículo 164 del Código civil, y que tales menores fueron «terceros», por no haber sido partes contratantes.

b) *Cláusula 10.ª de dicho contrato:*

— Actor: es un pacto lícito y obligatorio, que ha sido incumplido; dicho pacto no restringe las facultades dispositivas sobre el inmueble; sólo se obligan los contratantes a comunicar al arrendatario las ofertas de compra de la casa, por si éste, por el mismo precio, quisiera ser comprador, o sea, sólo se le concedía el *deecho* de preferencia sobre tercera persona que quisiera comprar el inmueble.

— Demandados: es una cláusula nula e ineficaz, por los siguientes argumentos: estar el contrato suscrito por parte de los herederos y no por todos; hallarse la herencia indivisa, sin saberse quiénes serían los propietarios del inmueble; por la inexistencia de plazo; por la ambigüedad del texto, pues no expresa en qué términos, condiciones ni plazo se suscribiría el compromiso; a lo sumo es una obligación puramente personal convenida en documento privado, que no puede perjudicar a terceros (el señor García, adquirente por escritura pública).

c) *Aviso previo a la venta:*

— Actor: no se le ha dado tal aviso previo: la primera noticia del incumplimiento de lo pactado por parte de los propietarios fueron los dos requerimientos notariales; las condiciones de la venta entre los señores Penas y García las ignora, pues no se le ha dado cuenta de las ofertas en firme del com-

prador, ni la cantidad pagada como precio; hay connivencia de los demandados en burlar los derechos del actor derivados del contrato.

- Demandados: se efectuó tal aviso: el ofrecimiento de la finca en venta se hizo por Corredores de fincas, primeramente, a los señores Torrellas y García, pero ambos se negaron a comprar; posteriormente, hizo el ofrecimiento el contador-partidor al cuñado y apoderado del demandante, quien dijo no interesaba la finca por ser muy cara (constaba en copia de una carta dirigida al actor en 1 de agosto de 1939); después se le propuso al actor que comprase sólo los locales por él ocupados y el resto de la finca se ofrecería al otro inquilino (señor García), pero también desestimó la propuesta; el actor conocía la venta hecha en documento privado en 14 de febrero de 1940 y sus condiciones; abonaba el alquiler por trimestres anticipados, y precisamente al conocer la venta pagó sólo la mensualidad de enero de 1940 a los señores Penas, y retuvo el importe de los otros dos meses para satisfacerlos al nuevo propietario, señor García.

d) *Ineficacia del contrato:*

- Actor: el contrato de 1935 es válido y obligatorio, y fue cumplido por ambas partes hasta la fecha del primer requerimiento notarial.
- Demandados: tal contrato fue solamente provisional, para asegurar al inquilino que la finca no sería vendida por necesidades de la futura partición de bienes; el contrato debía ratificarse posteriormente, pero el arrendatario no pidió nunca la ratificación del contrato; el contador-partidor no podía contraer, ni contraer, obligación alguna por tiempo superior al de la *pro indivisión*.

e) *Prescripción de la acción (93):*

- Actor: entiende que su derecho de opción derivado del contrato puede ejercitarlo a partir de los quince días siguientes a que se le comuniquen las condiciones del contrato.

(93) Los términos especialmente destacados lo han sido por mí.

- Demandados: identifican derecho y acción; el derecho del actor había decaído al entablar el acto de conciliación *un mes* después del requerimiento notarial; el acto conciliatorio no interrumpe la prescripción si no se promueve demanda en los dos meses siguientes, y la fecha de la demanda es posterior *en un año* al acto conciliatorio.

8. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia (94), por la que:

- Condena a los demandados José, Julio y F. P. H. a que notifiquen al actor el pacto de enajenación de bienes de las naves de la casa... concertado con el señor García.
- Absuelve a *los restantes* demandados.
- No acoge la reconvención de don J. P. M.
- No hace expresa imposición de costas.

9. Apelada dicha sentencia por el actor, y adherido a la apelación el demandado don J. P. M. en cuanto al extremo de las costas, la Audiencia dicta sentencia, por la que revoca la apelada en lo que difiriera y la confirma en lo que coincidiera; absuelve a *todos* los demandados, y no declara sobre las costas en ninguna de las dos instancias. Son de notar las particularidades siguientes, de entre sus considerandos (95):

- «1.º Dada la indivisibilidad de la obligación concertada en la cláusula 10 del contrato de 1935, no pudieron válidamente contraerla sólo algunos de los propietarios sin la intervención ni representación de los demás. Los cuatro nietos menores de edad son legatarios de parte alicuota, y al ser condueños debieron intervenir en tal pacto» (96).
- «2.º No cabe estimar que los nietos menores de edad estaban representados por sus respectivos padres, cuando éstos no consignaron en el contrato que actuasen, además de en

(94) Vale lo dicho en nota precedente.

(95) Han sido entresacados de los resultados de la sentencia del Tribunal Supremo, y en particular del escrito de recurso de casación.

(96) Esta afirmación de la Sala es la que origina el motivo 5.º del recurso. Hasta entonces puede comprobarse cómo el pleito discurría por los cauces del Derecho de obligaciones.

su propio nombre, en alguna otra representación. No se contó con la autorización judicial, ni se acudió al nombramiento de defensor, siendo asunto en el que podían los menores tener interés opuesto al de sus padres.»

- «3.º De una estipulación nula en su fondo, y en la que es de imposible cumplimiento la finalidad para la que se concertó, no cabe derivar una condena a los demandados: ni siquiera en cuanto a un extremo accesorio y preliminar, carente, por tanto, de objeto.»

10. El demandante interpuso recurso de casación por infracción de la ley, fundado en los números 1.º, 2.º y 7.º del artículo 1.692, L. E. C., por los siguientes motivos:

- 1.º Fundado en el número 2.º del artículo 1.692, L. E. C., por incurrir el fallo recurrido en incongruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, infringiendo así el artículo 359, L. E. C.: porque la Sala no decide sobre la reconvención formulada por don J. M. P., con lo que ha quedado sin decidir uno de los puntos litigiosos.
- 2.º Fundado en el número 2.º del artículo 1.692, L. E. C., por infracción, por no aplicación, de los artículos 1.091, 1.254 y 1.278 del Código civil:

— El pacto contractual consignado en la cláusula 10 es lícito y obligatorio; contiene dos estipulaciones a favor del arrendatario perfectamente distintas y diferenciadas por su contenido y efectos: la primera consiste en la obligación que contraen los arrendadores de avisar al arrendatario, caso de vender la finca y tener ofertas en firme, para que por el mismo precio pueda ser comprador (o sea, consiste en dar un aviso); la segunda establece la obligación de formalizar un compromiso de compraventa si el señor Torrellas se constituye comprador dentro de los quince días siguientes al aviso (o sea consiste en formalizar una convención o «compromiso» de compraventa). Son, pues, obligaciones distintas en su contenido, sucesivas en el tiempo y distintas en sus efectos (la primera es puramente personal y puede

no tener consecuencias, mientras que la segunda, aunque también personal, puede motivar una transmisión de propiedad). El fallo de la Sala se ocupa solamente de la promesa u opción de compraventa, y omite la obligación de dar aviso.

- El fallo de la Sala habla de «indivisibilidad» de la obligación concertada. Con ello confunde completamente la indivisibilidad de las obligaciones con la conjunción de voluntades de los dueños de una cosa objeto de la obligación: la indivisibilidad o divisibilidad se refiere a la prestación y a su susceptibilidad de realizarse por partes (arts. 1.149, 1.150 y 1.151 del C. c.), y no tiene nada que ver con la unidad o pluralidad de sujetos obligados, ni tampoco con los casos en que, por ser varios los titulares de disposición de alguna cosa, hayan de prestar éstos unánimemente su consentimiento; además, el juego de la divisibilidad o indivisibilidad sólo opera en orden al cumplimiento y no respecto a si las obligaciones son válidas en el momento de contraerse.

3.º Fundado en el número 1.º del artículo 1.692, L. E. C., por infracción, por no aplicación de los artículos 1.091, 1.254 y 1.278 del Código civil, en relación con los artículos 155, 1.º, 164 y 165 del Código civil; el 1.º, por no aplicación, y los otros dos, por aplicación indebida:

- Respecto a la indivisibilidad: aparte de lo ya expuesto, aunque la obligación fuere indivisible, y aunque fuere preciso el consentimiento de todos los propietarios, y aunque los cuatro menores lo fueran, todo ello debe ceder ante el hecho probado de que los «propietarios», o mejor, los que tenían intereses en la herencia, fueron los otorgantes del contrato, unos por sí (los tres hijos mayores) y otros (los cuatro nietos menores) representados por sus padres.
- Respecto de la representación y su consignación: la representación por los padres es un hecho notorio, y no es preciso consignarla por escrito, exigencia no orde-

nada por el Código civil, ni fácilmente realizable dentro de los límites de un impreso para contratos de arrendamiento. Además, la fórmula empleada en el contrato fue «herederos de J. Penas y como dueños», suficientemente expresiva de que los obligados eran todos, padres e hijos, sin exclusión de nadie.

- Respecto a la autorización judicial: no era necesario, pues la concesión de un derecho de tanteo o de una opción de compra, en la que no se consignaba precio, no es ni enajenación ni gravamen. Tampoco había por qué nombrar un defensor judicial, pues los padres y los hijos en lugar de tener intereses contrapuestos los tenían perfectamente conjugados (beneficios futuros en orden al precio, elección de comprador, etc.).
- Respecto a la finalidad del contrato: éste es de posible cumplimiento; y el extremo calificado de «accesorio y preliminar» (el aviso previo al señor Torrellas) no carece de objeto, pues es el que pone en marcha todo el mecanismo de la convención.

4.º Fundado en el número 7 del artículo 1.692, L. E. C., por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador: el testamento de don J. Penas, el contrato de arrendamiento y la partición de la herencia del señor Penas (en la que los nietos menores de edad están representados por sus padres).

5.º Fundado en el número 1.º del artículo 1.692, L. E. C., por infracción, por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 660, 661, 861 (97) y 885 del Código civil, que fijan los conceptos de heredero y legatario:

- El fallo recurrido estima en su primer considerando que los nietos tienen el carácter de legatarios de parte alícuota y no de herederos de su difunto abuelo. Si esto es así y no aparecen nombrados albaceas, la represen-

(97) Debe referirse al artículo 881.

tación de la herencia indivisa y la realización de actos y contratos relativos a ella corresponden exclusivamente a los tres herederos, que no tienen obligación de contar con el asentimiento expreso de los legatarios. El derecho de los legatarios deriva desde la muerte del testador, pero no entran en la posesión efectiva de su legado hasta su entrega por los herederos: por lo que ningún derecho tienen a intervenir en la herencia más que en las decisiones perjudiciales (no en las innocuas). Los legatarios parciarios sólo tienen derecho a una *pars valoris bonorum* (no a una *pars bonorum*); por tanto, no son condóminos, ni tienen que intervenir en ningún acto relativo a cosas comprendidas en la herencia.

- El pacto contenido en la cláusula 10 no perjudica a los legatarios de parte alicuota: sólo se pactó un derecho de preferencia para comprar al tanto, derecho de preferencia que ni les afectaba, ni exigía para su constitución la concurrencia de ellos, ni podía ser obstaculizado en virtud del principio de derecho de que «el demandado debe ser reputado actor en cuanto a las excepciones».
- En consecuencia, el carácter de legatarios de parte alicuota que la sentencia recurrida atribuye a los nietos del señor Penas, menores de edad, debe dar lugar a que se estime que no era necesaria su aquiescencia o la de sus representantes legales para la validez de las obligaciones pactadas y para su plena eficacia.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

Rechaza el recurso y establece las siguientes consideraciones:

1.ª El primero de los motivos no es viable, al afirmar que la reconvencción fue mantenida en segunda instancia por el demandado, cuando lo cierto es que apeló sólo en lo relativo a las costas: debe entenderse que, aunque de manera expresa nada dijera la Sala respecto a la reconvencción, al ser ésta desestimada por el Juez y consentida por los reconvinientes, quedó de la misma absuelto el actor; además, la infracción legal alegada en el recurso

debe demostrar que un punto litigioso quedó resuelto en perjuicio del propio recurrente, y ello no acontece cuando la reconvención formulada contra él no es estimada.

2.^a ... (98).

3.^a ... (99).

4.^a Es desestimable el segundo motivo: la Sala no ha infringido los artículos citados por el recurrente, sino que a ellos se ajustó al resolver que el contrato adolece de invalidez e ineficacia, no teniendo fuerza obligatoria para quienes—siendo condueños—no fueron parte en él. Nada significan ni el grado de acierto o inexactitud en los términos de las apreciaciones de la Sala (el recurso no se da contra los Considerandos), ni que el recurrente reduzca la impugnación al solo extremo de que no se hace pronunciamiento respecto a la obligación personal de darle el aviso de las ofertas de compra (esta petición va tan unida con la del derecho de opción de compra, que la inexistencia de éste hace innecesario el aviso).

5.^a Rechazable también el motivo 3.º: la Sala no infringe los artículos en él citados, pues aprecia que en el contrato de arrendamiento sus otorgantes actuaron en nombre propio, y no en representación de los menores después demandados.

6.^a Tampoco es atendible el motivo 4.º: los condueños del inmueble, menores de edad, no estuvieron representados por sus padres en el referido contrato, sino que éstos lo suscribieron en su exclusivo nombre.

7.^a No es posible admitir el motivo 5.º: el problema en él planteado por el recurrente no fue propuesto en los escritos fundamentales del juicio y es cuestión nueva que carece de acceso a la casación (100). Ello hace improcedente el motivo y obliga a prescindir de cuanto pudiera razonarse en orden a la semejanza que jurídica-

(98) El Tribunal Supremo hace una exposición cronológica de los hechos producidos desde el 1 de junio de 1935 al 21 de febrero de 1941, tal como quedaron reseñados anteriormente en los epígrafes 2, 3 y 4 de los antecedentes.

(99) Resume aquí el Tribunal Supremo los hechos del epígrafe 5, expuesto, y la desestimación por la Audiencia de las peticiones del actor al basarse en la invalidez e ineficacia de la cláusula contractual discutida.

(100) Ello obedece a la peculiar naturaleza de nuestro recurso de casación. Véase Díez-Picazo, *Estudios*, cit., prólogo, pág. 34.

mente cabría señalar en no pocos aspectos entre los derechos de los instituidos herederos y los legatarios de parte alicuota de los bienes del causante, sin determinar en cuáles de éstos.

9.^a SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1950 (101) (102).

A) *Antecedentes* (103):

1. Don Servando V. falleció bajo testamento, en el que estableció, entre otras disposiciones:

- «4.^a Lega a su esposa, en plena y absoluta propiedad, la participación que al testador corresponde por gananciales de su matrimonio en las dos fincas que, constante éste, adquirió.»
- «5.^a El usufructo del remanente de todo su caudal lo lega a su esposa por los días de su vida, relevándola de la obligación de formar inventario y prestar fianza.»
- «6.^o Sin perjuicio del legado de usufructo que deja constituido en el capítulo que antecede, instituye por herederos en el propio remanente a sus hermanos y a los hijos de su hermana, fallecida, a éstos por representación de aquélla; y les impone a dichos herederos, y en defecto de ellos a los hijos que sus hermanos, respectivamente, dejaran, para cuyo caso instituye a éstos por representación de sus padres fallecidos, la obligación de respetar en absoluto el usufructo que deja legado a su esposa por los días de su vida, sin que nada le pidan por ningún concepto que con la herencia se relacione, ni la molesten con ninguna pretensión judicial ni de ningún otro orden.»

(101) Esta es otra de las sentencias que no aparecen publicadas en la Colección «Oficial» de jurisprudencia civil: ni en el mes de enero, ni en febrero ni en marzo. Sí aparece publicada en la Colección «Aranzadi», en la pág. 21, con el núm. 21.

(102) La anomalía expuesta—junto con la relativa a la sentencia de 1940—hace que la finalidad esencial de nuestro trabajo sea de muy problemático alcance, al no poder contar con los datos de hecho necesarios. Se ha procurado subsanar esta deficiencia con otras fuentes.

(103) Obtenidos, en una parte, de la obra de PUIG BRUTAU—cit. V, 1.^o, página 95—, y en otra, de la exposición que hace la RDP (abril 1950, pág. 353) y de los mismos Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo.

2. Iniciado juicio de testamentaria por los herederos en nuda propiedad, la viuda interpuso recurso de nulidad de actuaciones, que fue desestimado.

3. Practicadas las operaciones particionales por el contador dirimente en el juicio universal de testamentaria, éste adjudicó a la viuda una hijuela de 12.000 pesetas, con obligación de satisfacer los gastos y costas de la testamentaria.

4. La viuda promovió incidente de oposición a dichas operaciones, sosteniendo que, como legataria del usufructo de la totalidad de los bienes de la herencia, debía recibirlos sin merma ni detracción alguna, conforme a la cláusula 6.ª del testamento del causante, y que es ajena, por tanto, a los gastos producidos en las operaciones particionales.

Los nudos propietarios demandados alegaron que la actora debe pagar los mencionados gastos, porque también tiene el carácter de heredera y obtiene beneficios concretos y precisos en la liquidación de la sociedad conyugal y la determinación consiguiente de los bienes que por este concepto le pertenecen.

El juicio de testamentaria siguió por sus restantes trámites.

5. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que: desestima en su integridad la demanda y absuelve de ella a los demandados; y declara que procede, en su consecuencia, aprobar las operaciones particionales practicadas por el Contador dirimente en el juicio de testamentaria, así como su protocolización.

6. La Audiencia, revocando en parte la sentencia apelada, declaró: que de las operaciones divisorias contenidas en el cuaderno particional referido, procede suprimir la hijuela especial que por valor de 12.000 pesetas aparece adjudicada a la demandante, para pago de gastos comunes de la testamentaria, cuyos gastos habrán de satisfacerse por la viuda del causante y los demás herederos de éste instituidos en nuda propiedad, como *baja* de la herencia, en proporción a sus adjudicaciones en los bienes constitutivos de la misma; haciéndose en la operación del contador las rectificaciones necesarias para que los bienes comprendidos en la expresada hijuela resulten adjudicados en usufructo a la actora, y en nuda propiedad a los herederos instituidos con tal carácter.

7. La viuda interpuso recurso de casación por infracción de Ley, fundada en los motivos siguientes:

- 1.º y 2.º Por infracción de los artículos 675, 882, 883 y 1.064 del Código civil, y de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo: parte de la base de que la viuda recurrente es legataria de la totalidad del remanente de los bienes relictos.
 - La cláusula 5.ª es un legado que cubre con exceso la cuota legitimaria de la viuda, por lo que tal atribución patrimonial no perjudica la legítima de la viuda.
 - La cláusula 6.ª significa que los herederos voluntarios, al promover el juicio de testamentaria, correrán con los gastos que en el mismo se originen, para que por este concepto no resulte mermado el usufructo concedido a la viuda.
- 3.º Por la infracción de los artículos 837, 882, 883 y 1.064 del Código civil: se parte de la base de que la sentencia de la Sala dice que la viuda tiene el carácter de legataria solamente en cuanto el total remanente de bienes exceda de su mitad legitimaria.

Este motivo es alegado en forma subsidiaria, para el caso de que no prosperen los dos primeros motivos, y en él se mantiene la tesis de que en esta parte en que la institución reviste caracteres de legado, no le es imputable a la viuda participación alguna en los gastos comunes de la partición.

- 4.º Fundado en el número 7 del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos auténticos: el testamento del causante, que la Sala desconoce por ignorar los términos en que fue expresada la voluntad del causante.

B) Sentencia del Tribunal Supremo:

Rechaza el recurso en base a los siguientes Considerandos:

- 1.º El testamento, como norma fundamentalmente rectora de la sucesión, ha de guardar acatamiento a las formalidades intrínsecas y extrínsecas impuestas por la Ley; y si éstas restringen la libertad de disposición mandando que se respeten los derechos re-

servados a los herederos forzosos, la recta y lógica interpretación del testamento exige que se conjugue y armonice la voluntad declarada por el causante con las reglas de derecho necesario establecidas por el legislador.

La cláusula 5.^a del testamento debe entenderse—como hizo la Sala—como que el testador quiso acomodarse a la Ley al llamar a su mujer al disfrute del remanente de la herencia; y al ser el cónyuge viudo legitimario en la cuota que le señala el artículo 837 del Código civil (104) en concurrencia con hermanos, es evidente que el causante no pudo enfrentarse válidamente con la Ley asignando a todo el remanente el concepto de legado, que sólo puede ser eficaz si recae sobre la parte de la herencia de libre disposición. La tesis de la recurrente no puede acogerse, pues no es indiferente que la atribución patrimonial se efectúe en concepto de herencia o en el de legado, porque ni el derecho positivo lo consiente, ni en términos generales—a salvo lo que luego se dirá sobre el legado parciario—tiene iguales efectos jurídicos la asignación en una u otra forma, en particular, por lo que se refiere a deudas y gastos de la herencia.

2.º Tampoco la cláusula testamentaria 6.^a tiene la significación que la recurrente le atribuye. Porque ni el testador prohibió la intervención judicial en los términos previstos en el artículo 1.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni los efectos del juicio de testamentaria—en cuanto tienden a fijar, mediante la correspondiente partición, los bienes que han de ser disfrutados por la viuda—implican falta de respeto o acatamiento al derecho de usufructo que le corresponde, no ya en todo el activo de la herencia, sino en la parte líquida del remanente de bienes, una vez deducido el pasivo que sea procedente. Otra interpretación significaría que el testador quiso gravar a los nudo propietarios imponiéndoles el pago de todos los gastos que ocasionase la liquidación de la herencia, y ni literal ni lógicamente debe entenderse que las palabras con que el testador exteriorizó su voluntad tengan el alcance de cláusula modal, que pudo usar y no usó.

3.º Por lo expuesto, la viuda es heredera forzosa en el usufructo de la mitad del remanente de bienes que en forma de le-

(104) Se entiende referido al entonces vigente, según redacción de 1889.

gado le otorgó su marido, aunque por su carácter de usufructuaria, por la temporalidad de su derecho y por la modalidad especial que para la efectividad de su legítima establece el artículo 838 del Código civil, su posición jurídica no sea absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal—particularmente en el aspecto de responsabilidad por deudas hereditarias—.

Pero es indudable que tal identidad existe en punto a responsabilidad por razón de gastos comunes de la partición: porque el artículo 1.074 (*sic*) (105) del Código civil no establece distinción a este respecto, en el cual están situados en el mismo plano el usufructuario y los nudo propietarios, por el interés común que les liga en la liquidación de la herencia, como partícipes de un derecho abstracto en el *universum ius defuncti* o en una cuarta (*sic*) (106) parte del mismo.

Por tanto, procede desestimar los dos primeros motivos del recurso.

4.º La tesis sentada por la recurrente en el motivo 3.º sería exacta en materia de legado propiamente dicho o que recae sobre cosa determinada, respecto del cual el legatario adquiere la propiedad de la cosa desde la muerte del testador y puede pedir a los herederos que se la entreguen una vez formado el inventario y transcurrido el término para deliberar, sin deducción alguna, incluso por gastos de entrega, que serán a cargo de la herencia, según prescriben los artículos 882, 883, 886 y 1.025 del Código civil.

Sin embargo, es preciso no perder de vista que en el caso controvertido se trata de un legado de parte alicuota, que ofrece como contenido la mitad del repetido remanente de bienes, y que no se gobierna exactamente por las normas del legado de cosa específica; porque, como dijo la sentencia de 16 de octubre de 1940, «aunque nuestro Derecho positivo—artículos 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 42-7.ª de la Ley Hipotecaria—, en desacuerdo con una corriente doctrinal muy nutrida e inspirada en el criterio objetivista de la herencia, admite la calificación de legado dada por el testador a la institución en una cuota parte del as hereditario en su porción libre, esta modalidad irregular de la institución cons-

(105) Debe referirse al artículo 1.064.

(106) Debe referirse a una «cuota» parte.

tituye una figura intermedia o *sui generis* entre el legado y la herencia propiamente dichos, con múltiples aspectos de coincidencia entre uno y otra por la *nota común* (107) que los preside de atribución de bienes indeterminadamente.

Dicha nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante tanto el legatario como el heredero adquieren un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando así equiparados en este aspecto por tener idéntico interés el heredero y el legatario de parte alicuota, a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición: bien mediante la fórmula admitida de hijuela especial detraída de la herencia, si es aceptada por todos los interesados, bien por imputación a los mismos proporcionalmente al haber líquido que se les adjudique.

Por esta razón no se acoge el motivo 3.º

5.º A la misma conclusión anterior se llega si se tiene en cuenta que se trata de imputación de gastos ocasionados en juicio de testamentaria, que deben correr a cargo de los litigantes en los términos que prescribe el artículo 1.074 (*sic*) (108), debidamente aplicado por la Sala: porque el cónyuge viudo ha sido en él parte litigante, como interesado en la determinación o concreción de su haber líquido en la herencia.

6.º Rechazable también el cuarto motivo del recurso, que reproduce por vía del número 7.º, 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el tema de interpretación del testamento, ya planteado por el cauce del número 1.º del 1.692 en el motivo primero.

El cauce procedente para casos como el discutido es el del número 1.º, ya que la Sala no desconoce los términos del testamento, sino que partiendo de esos términos fija su sentido jurídico, lo que supone a efectos de casación error de interpretación y no error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, según reiterada y reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala.

(107) El subrayado es nuestro.

(108) Debe referirse al artículo 1.064.

10.^a SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1956: HERNÁNDEZ
CONTRA HEREDEROS DE E. GONZÁLEZ (109).

A) *Antecedentes* (110):

1. Don E. González falleció bajo testamento otorgado ante Notario en 1911, en el que, entre otras, aparece la cláusula siguiente:

«4.^a Lega a su madre, doña A., y al fallecimiento de ésta, a su hermana doña D., el usufructo vitalicio del tercio de la herencia, de libre disposición. En cuanto al resto de todos sus bienes, derechos y acciones, comprendida la nuda propiedad de dicho tercio (111), instituye por únicos y universales herederos a sus dos hijos, E. y B., y a los demás legítimos que llegara a tener.»

2. Entre otros hechos relevantes aparecían los siguientes documentos dejados por el causante:

1) «Por el presente documento hago constar haber recibido en su día de mis hermanos D., L. y F. González, el importe necesario para la adquisición de 100.000 pesetas de la Deuda del Estado Español, gestión que se llevó a cabo con póliza de compra a mi nombre, títulos que obran en mi poder en calidad de depósito y que serán entregados a mis referidos hermanos. Se completarán con cédulas hipotecarias. Madrid, 5 de febrero de 1936. E. González, Rubricado.»

2) «Adeudo a doña E. Hernández Z. la suma de 25.000 pesetas, que en varias veces me tiene entregadas, juntamente con su pensión de hace unos quince años para su custodia y guarda. Todo ello puede ser extraído de mi cuenta corriente abierta en el Banco Central de esta capital, la Caja número 995 de su exclusiva propiedad. Madrid, 16 de noviembre de 1936. E. González, rubricado.»

(109) Véase en *Jurisprudencia civil*, segunda serie, tomo XLVI, 1956, febrero, pág. 357, sentencia núm. 89.

(110) La relación de hechos fue en este caso especialmente densa, compleja y prolija. Para un mayor abigarramiento de datos, se hace en él historia de otro pleito entre las mismas partes interesadas, fallado anteriormente por el Tribunal Supremo.

(111) En la sentencia figura «tercero», quizá por errata.

- 3) «No se culpe a nadie de mi muerte, pues ha sido llevada a cabo por las circunstancias actuales y familiares. Juzgo se dé cumplimiento a los encargos de doña E. Hernández Z. y de mis hermanos D., L. y F. González. Madrid, 16 de enero de 1937. E. González, rubricado.»

— El causante falleció en esta última fecha, al privarse voluntariamente de su vida.

3. Con posterioridad a 1939, doña E. Hernández acudió al Comité de Cajas Expoliadas, pidiendo la entrega de los valores existentes en la Caja número 995: a dicha pretensión se opuso doña A. F., viuda del causante, por lo que dicho Comité se inhibió del asunto, por ser de competencia de la jurisdicción ordinaria.

— Doña E. Hernández acudió, pues, con la misma pretensión al Juzgado número 10 de Madrid, el cual dictó sentencia declarando que tales valores debían entregarse a los herederos de don E. González.

Apelada dicha sentencia, e interpuesto recurso de casación contra el fallo de la Audiencia por la demandante doña E. Hernández, el Tribunal Supremo dictó sentencia similar a la del Juez de 1.ª Instancia, declarando que la propiedad de los valores depositados en tal Caja corresponde a la herencia de don E. González, en la cual es interesada doña A. F. D. por sus derechos legitimarios y por su haber de gananciales.

4. En orden a los posibles interesados en la herencia del causante, se dieron los particulares siguientes:

- Habían premuerto al causante su madre, doña A., y sus hijos E. y B.
- Dejaba otro hijo, F.
- La hermana y legataria, doña D. González, promovió el juicio voluntario de testamentaria de don E. González, ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia: doña E. Hernández solicitó ser tenida por parte en dicho juicio como acreedora legítima de la herencia, petición que fue desesti-

mada por no mediar las circunstancias exigidas en el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Resultaron ser interesados en la herencia: el hijo, don F. González F., como heredero; la hermana, doña D. González, como legataria del usufructo vitalicio del tercio libre, y además, doña A. F. D., viuda, separada judicialmente, con sus derechos a la mitad de gananciales y a la cuota viudal usufructuaria.

5. Doña E. Hernández Z., litigando bajo beneficio de pobreza, demanda en 1944 a doña A. F., don F. González y doña D. González, como herederos todos ellos de don E. González. Aparte de las alegaciones y fundamentos jurídicos, terminaba con la súplica de que se dictara sentencia:

- Ordenando la protocolización como testamento ológrafo del documento de 16 de noviembre de 1936 (112).
- Condenando a los demandados a que solidariamente abonasen a la actora la cantidad de 24.000 pesetas, importe del principal del préstamo, 9.999,25 pesetas, importe de las pensiones que quedaron en poder de don E. González, y los intereses legales desde la fecha de la demanda a la del pago.
- Condenando a los demandados a reconocer que los valores existentes en la Caja número 995 del Banco Central son propiedad de doña E. Hernández (la actora), y a devolver aquellos a los que les hayan sustituido, con los intereses de esos valores percibidos desde la defunción de don E. González.
- Si ello no procediera, que se declare que don E. González legó o donó a la actora los bienes relacionados, que son de su propiedad.
- Con la imposición de las costas del procedimiento.

6. Contestaron a la demanda los tres demandados.

Al escrito de réplica de la demandante siguieron los de dúplica de los demandados.

(112) Figura reseñado en el epígrafe 2 con el núm. 2.

Recibido el pleito a prueba, se practicaron las de: confesión judicial (de los demandados), documental y testifical.

7. Los puntos más debatidos en el pleito fueron los siguientes:

a) *Si el documento de 16 de noviembre de 1936 es o no testamento ológrafo:*

— Demandados: lo niegan, por faltarle la protocolización judicial.

b) *El reconocimiento (en tal documento) de la propiedad de la actora sobre la caja número 995 y su contenido:*

— Actora: el reconocimiento por don E. González en tal documento desvirtúa dos escritos anteriores de la actora de 1931 y 1932 al Director General de la Deuda y Clases Pasivas.

— Demandados: tal pretensión es ya cosa juzgada, por haber declarado el Tribunal Supremo en 1942 que tales bienes correspondían a la herencia de don E. González: aportaron, además, dos cartas de la actora de 1931 y 1932 al Director General de la Deuda y Clases Pasivas, en las que se reconoce que tales títulos son de la exclusiva propiedad de don E. González, y hacían una exposición detallada y prolija de los antecedentes del pleito sobre tal cuestión fallado por el Tribunal Supremo en 1942.

c) *Si dicho documento contiene o no un reconocimiento de deuda:*

— Actora: presentaba dos recibos de 1932, en los que consta el pago por don E. González de los servicios prestados por la actora a su huésped (causante) como patrona; alegó que habían convivido muchos años juntos, pero en el domicilio de la actora, a cuyo cargo corrían todos los gastos de la casa, y de ahí el origen de la deuda.

— Demandados: negaban la existencia de tal deuda, en base a los siguientes argumentos: mediar entre actora y causante ilícitas relaciones (113), disimuladas bajo pretexto de una

(113) Quedan resumidas en este lugar todas las alegaciones de la parte demandada y referentes al posible nexo ilícito: no parece adecuado, por la materia de este trabajo, insistir sobre ello.

protección solicitada por la actora; que la actora en ninguna ocasión había dispuesto de una cantidad tal que permitiera semejantes entregas o anticipos; otras dos circunstancias igualmente expresivas eran: una, la confesión de insolvencia de la actora, en carta dirigida al dueño de la finca en 1931, en la que afirma «que el piso y todo lo que en él existe es de propiedad del señor González, quien ha tenido la atención y confianza de poner el piso a mi nombre por causas de orden particular», y otra, el texto de las dos demandas de pobreza formuladas en su día por la actora; finalmente, el documento de 5 de febrero de 1936, ya relacionado (114).

8. El Juez de 1.^a Instancia dictó sentencia, por la que: absuelve a la demandada doña D. González, y condena a los otros dos demandados, doña A. F. y don F. González, a que pagasen a la actora la cantidad de 25.000 pesetas y lo que en período de ejecución de sentencia se fijase, con arreglo a las bases siguientes: 1) pensión que disfruta doña E. Hernández; 2) tiempo que, aproximadamente quince años, se acredite que la percibió de don E. González, sin que en ningún caso pueda exceder, por este concepto, de 9.999,25 pesetas, absuelve a los demandados de las restantes peticiones formuladas, y no hace condena de costas.

9. Apelada dicha sentencia por la actora y por los demandados doña A. F. y don F. González, la Audiencia dicta sentencia por la que, revocando en parte la apelada:

- Condena a doña A. F. y don F. González a devolver a doña E. Hernández (actora) el importe del líquido que esta señora hubiera percibido por concepto de orfandad durante el período de quince años anteriores al 16 de noviembre de 1936, hasta el límite de 9.999 pesetas, según se acredite en ejecución de sentencia, más intereses legales de la cantidad resultante desde la fecha de la demanda.
- Absuelve a dichos dos demandados del pago de las 25.000 pesetas y de la entrega de los valores depositados en la Caja número 995 del Banco Centra¹.

(114) Reseñado bajo el núm. 1 en epígrafe 2 anterior.

- Absuelve a doña D. González de todos los pedimentos de la demanda.
- No hizo expresa imposición de costas en ninguna instancia.

10. La demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estos motivos:

- 1.º Fundado en el número 1.º del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del testamento de don E. González, y por no aplicación de los artículos 675, 360 (*sic*) (115) del Código civil, 42-7.º de la Ley Hipotecaria y 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de doctrina sentada en sentencias de 14 de junio de 1896 (*sic*) (116), 9 de junio de 1933 (117) y Resolución de 4 de noviembre de 1935: porque, según el testamento, doña D. González hereda el usufructo vitalicio del tercio libre de la herencia; aunque la llame «legado», tal disposición en usufructo del tercio de la herencia implica una institución de heredero, pues los testamentos hay que interpretarlos según su contenido y no según el nombre que se dé a los beneficiarios.
- 2.º Fundado en el número 1.º del 1.692, por infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.252 del Código civil, al desestimar la demanda en lo relativo a la reivindicación de los valores existentes en la Caja número 995 y estimar la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada. Para darse tal excepción se requeriría la más perfecta identidad entre las cosas y las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. Y en el presente caso resultó que: 1) no hubo un previo proceso en juicio declarativo, sino en uno especial, sumario, seguido según las normas del Decreto de 7 de agosto de 1939; 2) allí se liti-

(115) Debe referirse al artículo 660

(116) Debe referirse a 1898: Véase sentencia 1.ª del apartado III de este trabajo.

(117) Aunque no aparece citada por los autores, ni por la misma jurisprudencia, he intentado comprobar la exactitud de la misma y su posible conexión con este estudio: no figura recogida en el repertorio «Aranzadi» de los años 1933-1934.

gaba sobre el contenido de la Caja, y aquí sobre la reivindicación de los valores; 3) la causa era allí sobre el contrato de caja y sus efectos (sobre la acción de entregar), y aquí la causa era sobre la propiedad de las cosas que la caja contenía (sobre la reivindicación); 4) las personas de los litigantes son distintas: allí no litigó ningún heredero de don E. González, pues la viuda lo hizo sólo por sus derechos legitimarios y no es ni puede ser heredera, y aquí se demanda al heredero testamentario de don E. y al legatario de parte alicuota, que, a juicio de la recurrente, también tiene el carácter de heredero.

- 3.º Fundado en el número 1.º del 1.692, por infracción, por interpretación errónea, del artículo 348 del Código civil, al negar la condición de propietaria a doña E. Hernández por el hecho de haber ésta dirigido dos cartas en 1931 al Director General de la Deuda, cartas que no llegaron a su destino, sino que estaban depositadas en una Caja a nombre de don E. González. Sin embargo, posteriormente, en 1936 (118), don E. González reconoció que estos valores pertenecían a doña E. Hernández, lo cual anulaba el reconocimiento realizado por doña E., y tal documento de 1936 era título suficiente para reivindicarlos.

Dicho reconocimiento no pueden impugnarlo los herederos sin ir contra los actos de su causante, lo que es ilícito en Derecho, según reiterada jurisprudencia.

- 4.º Fundado en el número 7.º del 1.692, por infracción, por interpretación errónea y falta de aplicación, del artículo 1.277 del Código civil, y por aplicación indebida de los artículos 1.249 y 1.251 del Código civil: la Sala supone simulado por falta de causa el reconocimiento de deuda hecho por don E. González, y se funda para ello en la prueba de presunciones. Sin embargo, conforme el artículo 1.277, el deudor—o sea, los herederos del deudor—son quienes debían haber probado la inexistencia de la causa, y una carta de la actora de 1931 no puede ser el fundamento de una pre-

(118) Véase el documento 2 del epígrafe 2.

sunción, pues en este caso sólo cabe la prueba directa, no la de presunciones.

- 5.º Fundado en el número 1.º del 1.692, por infracción, por interpretación errónea y falta de aplicación, de los artículos 688, 689 y 690 del Código civil, al no declarar la Sala testamento ológrafo el documento suscrito por el finado en 16 de noviembre de 1936 (119). Dicho documento reúne todos los requisitos del artículo 688; también se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 690, al ser presentado ante el Juzgado de Instrucción, que es a su vez de Primera Instancia, el cual debió incoar el procedimiento para su protocolización; además, al decir el finado en el documento de 16 de enero de 1937 (120) que «encarga que se cumplan los encargos» contenidos en aquel otro documento, es evidente que su legitimidad está acreditada, y que ambos documentos deben considerarse como testamento ológrafo.
- 6.º Fundado en el número 1.º del 1.692, por infracción, por interpretación errónea, de los artículos 618, 623, 629 y 632 del Código civil; por estimar la Sala improcedente que contenía donaciones el documento citado de 16 de noviembre de 1936 (121). Porque es evidente que hay una liberalidad a favor de doña E. Hernández, quien la ha aceptado, desde el momento en que reclama su cumplimiento; además, la convivencia tras largos años con el causante hacía implícita la prestación de servicios, que, si no exigibles jurídicamente, si eran remuneratorios; y la aceptación está implícita en la reclamación efectuada en la demanda.
- 7.º Fundado en el número 7.º del artículo 1.692, por error de hecho en la apreciación de la prueba que deriva de documentos auténticos, conforme a los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil; pues la Sala estima que la demandada doña D. González no tiene la condición de «heredera». Sin embargo, de los autos resulta que promovió el juicio universal de testamentaria, lo que no cabe que se promueva más que por los

(119) Es el mismo de la nota precedente

(120) Es el documento 3 del epígrafe 2.

(121) Es el mismo de las notas 118 y 119.

herederos o legatarios de parte alicuota. Y, no obstante ello, entiende la Sala que no tiene interés en este pleito, que afecta a los bienes hereditarios.

- 8.º Fundado en el número 7.º del artículo 1.692, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al declarar la Sala simulado el préstamo de 25.000 pesetas confesado por don E. González en el documento base de la demanda: y, sin embargo, de los documentos presentados a prueba en el juicio (recibos pagados como huésped y documento de 1936 (122), en que reconoce haber recibido 100.000 pesetas de sus hermanos), se desprende que las cartas de la actora de 1931 quedaron sin efecto por acto voluntario de don E., y que dicho señor no necesitaba de préstamos para su negocio.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

Rechaza el recurso, y establece las consideraciones siguientes:

- 1.ª ... (123).
- 2.ª El problema planteado en el primer motivo del recurso se resuelve si se tiene en cuenta que en este caso, más que de un legado parciario propiamente dicho, se trata del establecimiento de un legado de usufructo, limitado en su extensión y duración; por ello precisamente no puede atribuir al beneficiario del mismo la plenitud de derechos que le confiere la condición de heredero y que permite ejercitar válidamente contra él las acciones para las cuales está legitimado pasivamente el heredero.

Dejando aparte las discusiones doctrinales en torno a la investigación del sistema de nuestro Código civil (se contraponen el de la *successio* y el de la *adquisitio per universitatem*), y las relativas a la posibilidad de construir en nuestro Derecho la figura del legado de parte alicuota, no

(122) Es el reseñado bajo el núm. 1 en epígrafe 2.

(123) En este primer Considerando el Tribunal Supremo realiza, un breve resumen de lo expuesto por la recurrente en el primer motivo del recurso. No volvemos sobre ello, que queda expuesto en la parte de hechos o antecedentes de esta sentencia, bajo el epígrafe 10.

puede perderse de vista lo que establece el artículo 668 del Código civil, claramente interpretado por la sentencia de 16 de noviembre de 1940: porque la exigencia de un elemento intencional para inferir la voluntad del de *cuius*, confiere al intérprete determinadas facultades de calificación—explicables en todo caso, y mucho más cuando la atribución de la cualidad de heredero lleva consigo una responsabilidad *ultra vires* (124)—y obliga a proceder con cautela en la resolución de los casos concretos. De todo ello se infiere que, al calificar la Sala a doña D. González de legataria, no sólo por denominársele así en el testamento, sino porque el legado hecho sólo contempla el usufructo de una parte del patrimonio, no ha infringido los preceptos citados, ni contrariado la doctrina jurisprudencial que se cita.

Todo lo cual impone la desestimación del primer motivo del recurso.

- 3.^a Es rechazable el segundo motivo, porque frente a él se alza el hecho inconcuso de una sentencia de este Tribunal, en la que se declaró que los valores de la Caja número 995 pertenecían a la herencia de don E. González, de la que era interesada doña A. F. Si se admitiese la demanda, se violaría dicho artículo 1.252 del Código civil: porque fue una misma la causa de pedir, uno solo el objeto de los pleitos, y unas mismas las personas (si se consideran los vínculos de solidaridad que ligaban a los herederos, en cuyo nombre y provecho actuó doña A. F. en el pleito primero). Tampoco cabe sostener que el proceso del pleito primero era especialísimo: la singularidad de sus trámites en nada afecta a la producción de la cosa juzgada, establecida por una sentencia recaída en el proceso especial, tramitado y resuelto con todas las garantías.
- 4.^a Admitida la excepción de cosa juzgada por obra de lo resuelto en su día por este Tribunal, y declarado en dicha sentencia que los valores en juego eran propiedad de la herencia, no existe la menor posibilidad de declarar que algunos fuesen propiedad de la recurrente, que no tiene ti-

(124) Véase lo dicho en la nota 23.

tulo alguno que le permita invocar el artículo 348 del Código civil. La conclusión es que también el motivo tercero debe rechazarse.

- 5.^a Igualmente debe rechazarse el cuarto motivo: de un lado, no se concibe cómo puede denunciarse en casación, simultáneamente, la infracción de un artículo y su falta de aplicación, porque son conceptos que claramente se excluyen. Por otra parte, la Sala ha concretado los hechos que la indujeron a tener por simulado el negocio de préstamo, y ha expresado por lógicas presunciones las convincentes razones determinantes de esa calificación.
- 6.^a También rechaza el motivo quinto: establecido en los artículos 688 y 689 los requisitos inexcusables para que exista testamento ológrafo y para su adveración, y el modo, tiempo y forma de hacer esta adveración, no es posible tener como última voluntad del finado lo que expresan tales documentos sin que se cumplan dichos inexcusables requisitos; ni tampoco cabe pretender que se obtengan tardíamente declaraciones que inicialmente tienen su cauce adecuado, aunque últimamente pueden ser combatidas en un ulterior proceso declarativo.
- 7.^a También es rechazado el motivo sexto: la Ley exige la aceptación de los donatarios para que la donación tenga eficacia; y si los bienes no son inmuebles, exige una aceptación tal que (sea verbal o escrita) ni permite la tácita ni equivale a la reclamación en juicio de la cosa donada.
- 8.^a El motivo séptimo quedó implícitamente rechazado en el Considerando 2.º, al estimar correcta la interpretación dada por la Sala a la cláusula testamentaria en que se instituyó el legado: la Audiencia no pudo infringir los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, porque no los utilizó para formular su juicio, y porque su error no puede jamás versar sobre valoración de la prueba ni sobre un hecho no negado (el testamento), sino sobre la interpretación de la voluntad testamentaria, y por el cauce del número 1.º del artículo 1.692.
- 9.^a El octavo motivo es inoperante: por la razón elemental de que tales documentos no son auténticos a efectos de casa-

ción, y porque el juzgador si los tuvo en cuenta como elementos de juicio, y, como lo hizo correctamente, nada patentiza la evidente equivocación del juzgador. La equivocación debe ponerse al descubierto por los documentos por sí mismos, de modo que se evidencie, sin duda alguna, el error de hecho en que incide el sentenciador: cosa muy distinta al frustrado intento de oponer a la tesis del que sentencia la tesis del recurrente.

11.ª SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1963 (125): HERMANOS
ZABALZA MORAL CONTRA HERMANOS ZABALZA MORAL.

A) *Antecedentes*:

1. Los cónyuges navarros (padres de los litigantes), don V. Zabálza y doña V. Moral, otorgaron capitulaciones matrimoniales el 13 de septiembre de 1911, estipulándose entre los nuevos consortes y sus padres donantes, entre otras cláusulas, las siguientes:

«4.ª Que uno de los hijos del matrimonio ha de suceder en los bienes donados a los esposos; pero con facultad que tendrán los mismos, y, por falta de uno, el sobreviviente, de nombrar sucesor al hijo o hija que mejor les parezca y de señalar dotaciones y legítimas a los demás, con igualdad o desigualdad, según su voluntad, sin que se entienda que este llamamiento envuelve prohibición de enajenar...»

«6.ª Las mejoras, conquistas o gananciales que resulten durante el matrimonio, se distribuirán entre ambos por mitades iguales partes, teniendo el usufructo don F. y doña L. (126) en igual forma que en los bienes donados por ellos a su hijo don V. Los contrayentes podrán disponer libremente de su respectiva parte de gananciales; y en caso de que no dispusieran, estará sujeta la parte del que no disponga a lo establecido en la condición cuarta de la donación, en cuya condición se hace llamamiento a los

(125) Véase en *Jurisprudencia civil*, 1963, enero, tomo 115, sentencia número 44, pág. 327

(126) Eran los padres del esposo.

hijos de los desposados, pero si no hubiera hijos, la parte del predifunto, si no dispone, será para el sobreviviente.»

2. Los esposos citados, don V. y doña V., otorgaron testamento de hermandad acostumbrado en Navarra, ante Notario, en el que se instituyeron mutuamente únicos y universales herederos.

3. Por muerte de don F. Zabalza (abuelo donante en capitulaciones) se otorgó cuaderno particional el 12 de junio de 1944 en el que se reseñaban las fincas sujetas a usufructo a favor de doña L. (abuela paterna de los litigantes).

4. Don V. recibió 55.000 pesetas de su madre, doña V. Moral, en documento privado de 27 de agosto de 1947 (127).

5. En escritura de 8 de noviembre de 1954 ambos padres capitulantes hicieron donación al hijo mayor, don S., de un piso y cuatro fincas rústicas «en concepto de legitima y a cuenta de lo que en su día pueda corresponder al donatario en la herencia de sus padres».

En dicha escritura pública se ordenaba la colación de los bienes donados en la herencia del último de sus padres, «con arreglo al valor que los bienes tengan en el momento del fallecimiento del último de los donantes, pero refiriéndolo al estado actual y destino de dichos bienes».

6. Doña V. Moral, por escritura de 24 de noviembre de 1955, otorgó a favor de su hijo F. (uno de los demandantes) un poder con amplísimas facultades de administración.

7. En 15 de diciembre de 1955 doña V. Moral otorgó testamento abierto ante Notario en el que, entre otras, se contienen las cláusulas siguientes:

«Antecedente 5.º: Que ha decidido otorgar testamento por sí y en nombre de su difunto esposo, don V. Zabalza, cuyo testamento me dicta verbalmente, y yo el Notario redacto...»

«5.ª La testadora, por sí y en nombre de su esposo, don V. Zabalza, haciendo uso de las facultades que le asisten en virtud de lo pactado en la escritura de capitulaciones

(127) No constan más datos respecto a tal documento.

matrimoniales, instituye único y universal heredero de ambos a su hijo don F.»

«6.^a Lego a mi hijo V. el piso sito en...»

«8.^a A mi hijo S. ya le fueron entregados determinados bienes en concepto de donación y a cuenta de sus derechos en la herencia, como así consta en escritura de 8 de noviembre de 1954» (128).

«10. Respecto a las fincas rústicas pertenecientes a la testadora y a su difunto esposo, y que existan al fallecimiento de ella, así como respecto a todo el metálico que aparezca a su muerte, así en el domicilio como en libretas, cuentas corrientes, imposiciones, etc., la compareciente dispone lo que sigue (129):

- a) Con el metálico existente en la herencia se pagarán, si las hubiere, deudas con Bancos o particulares, ya en forma de hipoteca, póliza de crédito, cuentas corrientes, giros de letras o cualquier otro. Dichas deudas deberán satisfacerse, aun en el caso que lo fueren, por razón del negocio «La Exclusiva». Si el metálico existente no bastara para saldar todas las deudas, deberán enajenarse fincas rústicas en la medida que fuere preciso para saldar los créditos.
- b) Una vez satisfechos todos los débitos, las fincas rústicas, así como el metálico en su caso existente, se adjudicarán por sextas e iguales partes entre sus seis hijos...
- c) Este legado de metálico e inmuebles se entiende con llamamiento de sustitución en favor de los respectivos descendientes de los legatarios en caso de que alguno de éstos hubiere premuerto a la testadora.
- d) En cuanto a los bienes que por este concepto pudieran corresponder a su hijo don S., estarán sujetos a todas

(128) Esta cláusula aparece así numerada a lo largo de la sentencia, aunque lo lógico es que venga colocada antes, entre las declaraciones de la testadora. Su inserción en este lugar es, pues, forzada, por la poca claridad en la exposición de los antecedentes del caso.

(129) Esta cláusula es la fundamental en el litigio y se inserta textualmente.

las condiciones que, para el caso de fallecer sin sucesión, se le impusieron en la escritura de donación otorgada el 8 de noviembre de 1954.»

- «11. La testadora impone a su hijo y heredero don F. la obligación de tener en su casa y compañía a su madre política, doña L., atendiéndola y cuidándola en todas sus necesidades, así como en salud y enfermedad, según corresponda a personas de su clase y condición social y económica, y le encomienda que extreme con ella los cuidados y atenciones en razón a la avanzada edad de dicha señora.»

8. Doña V. Moral falleció el 28 de septiembre de 1956, bajo el testamento reseñado, y a su fallecimiento, la situación del patrimonio era:

- a) *Activo*: 1) Metálico por valor de 88.629,45 pesetas. 2) Fincas rústicas, entre las cuales había algunas sujetas a un derecho de usufructo a favor de la abuela de todos, doña L. 3) Incrementos por razón de colaciones.
- b) *Pasivo*: 1) Deudas por valor de 149.633,36 pesetas. 2) Recibos de contribución de utilidades del año 1956 hasta el día del fallecimiento.

9. Don V. (demandado) ocupaba un piso propiedad del heredero designado en el testamento, por cuya ocupación satisfacía 500 pesetas mensuales, y desde la muerte de la causante había dejado de satisfacer dicha suma.

10. Promovido acto conciliatorio sin avenencia, los cuatro hermanos Zabalba *demandan* a sus dos hermanos don S. y don V., y suplican que se dicte sentencia, por la que se:

- 1.º Declare la obligación de colacionar que tienen los demandados respecto a los bienes señalados y se fije concretamente las cantidades a colacionar a cada uno de ellos.
- 2.º Determine el metálico existente por todos conceptos en la herencia, y deudas que con cargo a él hubieran de ser satisfechas.

- 3.º Declare haber lugar a la división de las fincas rústicas y, en su caso, metálico que restara después de pagadas las deudas, entre demandantes y demandados.
 - 4.º Fije los lotes que a cada uno de ellos corresponda en dichas fincas y metálico.
 - 5.º Condene a don V. a satisfacer a don F, o a quien correspondiese de los demandantes, las rentas adeudadas por el piso en que habita desde la fecha del fallecimiento de la causante, y se precise cuál fuese esa renta.
 - 6.º Condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y precise la obligación de satisfacer, o mejor el derecho a percibir, por quien las hubiese satisfecho, el importe de las deudas que lo hubieren sido, y se atribuya a uno cualquiera la titularidad de la hijuela que se forme para pago de deudas no satisfechas, con obligación de hacerlo. Y que se impongan las costas a los demandados.
11. En su *contestación* a la demanda, los demandados terminan suplicando que se dicte sentencia, por la que se declare:
- 1.º Que don F., como heredero de doña V. Moral, tenía obligación de entregar a don V. (demandado), en concepto de legatario, el piso sito en ..., otorgando la correspondiente escritura.
 - 2.º Que don F. viene obligado a rendir cuentas a los demandados de las cantidades que obraban en su poder y de las que se hizo cargo como apoderado de su madre.
 - 3.º Que don F. debía mostrar el importe total de los precios obtenidos por la venta de las fincas de sus padres, por haberse hecho él cargo de las cantidades obtenidas en las enajenaciones y porque las mismas se hallaban en su poder.
 - 4.º Que debía manifestar don F. todas las cantidades integradas en el legado de metálico dispuesto por la causante en la cláusula 6.ª de su testamento, y cuyo total no se determinaría en la sentencia, sino en la ejecución de la misma.

5.º Que el dinero a que se referían los pedimentos anteriores y todas las fincas existentes, como de don V. y doña V., se adjudicaran por sextas e iguales partes entre los hermanos, debiendo otorgarse por don F. la escritura de entrega correspondiente; y se absolviese a los demandados de las pretensiones de la demanda en cuanto se separaran de las que se formulaban. Y que se impongan a los actores las costas.

12. Entre los puntos debatidos más interesantes del pleito (130) cabe señalar:

a) Fincas adquiridas por el padre de los litigantes:

— *Actores*: Deben agregarse al activo hereditario.

— *Demandados*: Deben dividirse entre todos los hijos por no ser bienes de vinculación, en atención a la cláusula 6.ª de la escritura de capitulaciones.

b) Obligación de colacionar los demandados:

— *Actores*: Deben colacionar, conforme a lo ordenado en la cláusula 6.ª del testamento. Por ello, las mejoras en los pisos donados deben estimarse conforme se ordenaba en la escritura de donación. Lo mismo, en cuanto a la cantidad de 55.000 pesetas que don V. recibió en documento privado.

— *Demandados*: Los demandados sólo son legatarios y no deben colacionar.

c) Venta de fincas antes de morir la causante:

— *Demandados*: El heredero debe aportar copias de la enajenación, comunicar si la transmisión se hizo entre el momento de otorgamiento del testamento y el de la defunción de la testadora; y los precios obtenidos deben incluirse en el metálico.

d). Si el testamento de doña V. era o no ineficaz:

— *Demandados*: La testadora, decaída en sus facultades mentales, no se hallaba en situación de consentir; el testamento no refleja toda su voluntad, al hacer una serie de desigualdades entre sus hijos, extrañas a sus verdaderos deseos.

e) Cláusula 10 del testamento:

— *Demandados*: El legado de «metálico e inmuebles» venía gravado con una detracción previa, consistente en pagar todas las deudas existentes con bancos o particulares, y tales deudas habían de satisfacer previamente.

f). Rendición de cuentas por el administrador don F.:

— *Demandados*: No fueron presentadas en ningún momento.

g) Determinación del metálico y de las deudas del causante.

13. El Juzgado de Primera Instancia, en 1957, dictó sentencia, por la que:

— Estima las pretensiones de la demanda.

— Declara:

- 1.º Que los demandados tienen obligación de colacionar en la partición de los bienes señalados por el importe de 242.500 pesetas al demandado don S., y de 55.000 pesetas al demandado don V.
- 2.º Que el metálico o dinero partible entre los seis partícipes asciende a 88.629,45 pesetas, con cargo al cual pasan las deudas de la herencia o de la causante, satisfechas por el heredero de su peculio particular, por importe de 149.633,36 pesetas.
- 3.º Ha lugar a la división de las fincas rústicas entre los seis partícipes (excluidas las donadas a don S.), cuya división se practicaría en ejecución de sentencia sobre

la base del valor fijado a cada una en dicho informe, adjudicando a cada partícipe una sexta parte de fincas sujetas a usufructo y otra sexta parte de las de pleno dominio o libres, teniendo en cuenta en el cómputo la colación antes mencionada y detrayendo previamente un lote de fincas para pagar al heredero don F. el crédito antes citado de 149.633,36 pesetas, o bien 61.003,55 pesetas si los partícipes estuvieran de acuerdo en adjudicar al heredero don F. el haber metálico total de 88.619,45 pesetas.

- Condena a los demandados a cumplir las prestaciones o actos correspondientes a las precedentes declaraciones, así como al demandado don V. a pagar a don F. las rentas adeudadas, a razón de 500 pesetas mensuales, a partir del 23 de septiembre de 1956, correspondiente al alquiler de la casa que habita.
- Estima parcialmente la pretensión primera de la reconvencción, y declara: que el heredero y demandante don F. tiene obligación de entregar al demandado don V., en concepto de legado, dispuesto por la causante, la nuda propiedad del piso sito ..., y le condena a otorgar la correspondiente escritura (131).
- Absuelve al demandante don F. del resto de las pretensiones de la reconvencción. Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

14. La Audiencia resuelve la apelación de la parte demandada y dicta sentencia confirmando, en parte, y en parte revocando, la dictada por el Juzgado, en términos sustanciales idénticos a los expuestos (132).

15. Los demandados interpusieron recurso de casación por infracción de ley, en base a los motivos siguientes:

- 1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, L. E. C., por infracción, por violación e interpretación errónea de los artículos 1.035,

(131) Nótese cómo esta pretensión de la reconvencción es acogida por el Juzgado y luego por el Tribunal Supremo.

(132) En los términos reseñados en el epígrafe 13 anterior.

1.036 y 1.046 del Código civil, y de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1901, 20 de junio de 1928 y 1 de diciembre de 1898; al entender la sentencia recurrida que los legatarios—hoy recurrentes—deben colacionar con su hermano—heredero—las donaciones que aquéllos recibieron de sus padres al contraer matrimonio.

Las leyes de Navarra no tratan de la colación de bienes (133); pero esta ausencia de normas se suple siempre por los artículos correspondientes del Código civil, vigentes en aquella región, donde se practicó la colación exactamente lo mismo que en el resto del territorio nacional.

- 2.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, L. E. C.: infracción de los artículos 1.281, 659, 660, 1.114 y 675 y de la doctrina legal contenida en las sentencias de 2 de marzo de 1897, 24 de noviembre de 1911 y 12 de diciembre de 1929, 27 de septiembre y 18 de noviembre de 1936 y 6 de marzo de 1944: al imponer la Sala la colación a personas no llamadas a la herencia:

- El artículo 1.281 del Código civil, en la interpretación de los contratos, ordena estar al sentido literal de las cláusulas cuando éstas son claras. Por tanto, para colacionar hacía falta ser llamado a la herencia, concepto técnico éste que no se puede confundir con el de legado, y que se precisa en los artículos 659 y 660. No se ha cumplido la condición de ser llamado a la herencia, de que dependía la obligación de colacionar: el pacto fue colacionar si el donatario era llamado a la herencia de sus padres, y no en otra hipótesis diferente.
- En el testamento doña V. insertó una cláusula 8.ª como antecedente, sin duda (134), para justificarse de la no institución a favor de su hijo mayor don S., y dice que ya se le había hecho donación; pero de ningún modo se le obliga a colacionar, sino todo lo contrario. Ello

(133) El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra, de 1959, trata de la colación en las Leyes 296 a 300, y la refiere a la sucesión intestada (Ley 296).

(134) Véase nota 128 anterior.

no obstante, la sentencia recurrida dice que en la cláusula 10, en el ámbito de ese legado, es donde ha de operar la colación. Esto es erróneo, porque la colación se realiza en la partición de la herencia, y la herencia la constituye el remanente después de pagar los legados. O sea es al revés como funciona la colación: excluyendo los legados y actuando sobre el resto del caudal, y aquí lo que se hace es situar la colación dentro de un legado excluyendo los bienes del heredero (135).

Finalmente, si en el reparto ordenado por la testadora (fincas rústicas y metálico) se trae a colación lo donado a don S. (finca rústica y un piso), en realidad entraría un piso en el cálculo, o sea se partiría en función de su valor, cuando lo ordenado es que se partan «las fincas rústicas y todo el metálico», con lo que la sentencia recurrida vulnera la voluntad real de la testadora.

- 3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, L. E. C., al infringir, por violación, los artículos 1.192, 1.194 y 1.620 del Código civil, y de la doctrina legal de las sentencias de 26 de junio de 1891, 31 de mayo de 1897 y 22 de enero de 1957: la sentencia recurrida incurre en contradicción al afirmar a la vez que el heredero-legatario (administrador don F.) no tiene obligación de rendir cuentas a los demás legatarios, y, sin embargo, las presenta haciendo una «indicación» de metálico:

— Es evidente que don F. era apoderado de su madre y que luego fue instituido heredero. Por lo mismo, el administrador debe rendir cuentas de su gestión y mostrar el metálico recaudado. Y la sentencia le absuelve de tal obligación, por dos razones: primera, por haberse producido confusión de derechos, ya que el apoderado resultó ser el único heredero de la poderdante; y segunda, porque el heredero las rinde con su indicación de metálico.

(135) Para el tema de la colación, véase VALLET, *Apuntes de Derecho sucesorio*, pág. 555; LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, pág. 572, y DE LOS MOZOS, *La colación*, 1965.

Se infringe, pues, el artículo 1.192 del Código civil, ya que aquí, como todo el metálico, incluso el que provenga de la administración, ha de repartirse entre los seis legatarios, la confusión de derechos es sólo parcial, en una sexta parte, en cuanto uno de los porcionistas es el administrador.

Pero no hay confusión respecto de los otros cinco, conforme a lo prevenido en el artículo 1.194 del Código civil. Es indudable que los demás legatarios tienen perfecto derecho a saber qué metálico había en la administración, y les asiste una acción de rendición de cuentas: no una «nueva rendición de cuentas», como dice la sentencia recurrida, porque el administrador no las ha presentado en ningún momento, y porque venir a un pleito a «indicar» el metálico no es rendir cuentas.

Rendir cuentas no es indicar una cantidad redonda, sino presentar las relaciones de cobros con sus comprobantes; es decir, justificar las partidas para demostrar cómo se ha llegado al resultado que se exhibe: y el administrador, por el contrario, se ha abstenido de expresar el detalle de las cantidades percibidas durante su gestión (136).

- 4.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, L. E. C., al infringir, por violación, el artículo 675 del Código civil, en relación con las Leyes 29 y 30, libro 1.º, título 3.º del Digesto: la interpretación de la Sala defrauda la ley del testamento, al tomar la materialidad de las palabras eludiendo su verdadero sentido, en orden a la computación de las deudas del negocio de «La Exclusiva», igual que las demás deudas, con cargo al legado conjunto a los seis hijos.

La situación de deuda de un negocio cualquiera no se refleja por el importe de las compras: en primer lugar, porque tales adquisiciones tienen su contrapartida en el mayor almacenaje de artículos, y, además, porque la deuda de una empresa no se determina por la simple suma de las facturas de compra pendientes de pago, sino por ese

(136) Este motivo es básico, como luego se verá.

resultado, menos los créditos que el negocio tenga cobraderos de los clientes en la misma fecha, y todos éstos no han sido tenidos en cuenta en absoluto.

- 5.º Basado en el artículo 1.692, 3.º, L. E. C., al infringir, por violación, el artículo 359, L. E. C., y doctrina legal de las sentencias de 24 de diciembre de 1928 y 10 de julio de 1929: la sentencia recurrida incide en incongruencias, ya que en el suplico de la demanda no se llegó a formular un pedimento claro y concreto al solicitarse en el pedimento 6.º... (137):

— La expresión de este pedimento 6.º es vaga y oscura: por una parte, no se señala quién ha de resultar la persona favorecida con la declaración del fallo, ni tampoco se indica qué cantidad o cantidades constituyen esas deudas, con olvido de la puntualización que exige el artículo 524 de la L. E. C.

Ello no obstante, la sentencia, supliendo en realidad la actividad procesal del hoy recurrido, dice que el heredero satisfizo de su peculio particular 149.633,36 pesetas, de las que debe ser reintegrado; y como tal pronunciamiento ha sido sometido a jurisdicción, se otorga lo que no se ha pedido.

- 6.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, L. E. C., por infracción del artículo 861 del Código civil, y de doctrina legal de las sentencias de 2 de marzo de 1935 y 15 de diciembre de 1917: al admitir la sentencia recurrida sólo en parte la reconvencción pedida por el recurrente de que el heredero le hiciera entrega del legado del piso a que la cláusula 6.ª del testamento se refiere.

Es erróneo calificar el legado de nuda propiedad, sino que se legó el piso en pleno dominio y libre disposición. Además, el artículo 861 del Código civil admite la validez del legado de cosa ajena si el testador sabía que lo era, como sucede en este caso, puesto que la causante estipuló tal usufructo en favor de su actual titular por escritura de

(137) Véase antes epígrafe 10.

capitulaciones de 1911. Todo ello no impide ejercitar al legatario otra acción, bien para completar la entrega total, liberando el heredero el usufructo o indemnizándole de su valor: y ello queda impedido por el pronunciamiento de la sentencia recurrida, que infringe la doctrina de que la voluntad del testador debe ser observada.

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

Acoge parcialmente el recurso por su motivo 3.º, y establece:

— Primera sentencia:

- 1.º Es trascendente, a los efectos de este recurso, la calificación jurídica que merecía la cláusula 10 del testamento otorgado por doña V. Moral... (138).
- 2.º La sucesión, por razón de sus efectos, puede ser a título universal o particular, según que el patrimonio del *de cuius* pase como un todo a los herederos, constituyendo una adquisición colectiva, simultánea, unitaria, *per universitatem*, o sea, separados de esta masa bienes singulares y atribuidos individualmente a ciertas personas.
- 3.º La sucesión a título *universal* equivale a herencia en sentido subjetivo, *quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*, ocupando el heredero en la sucesión universal la misma posición jurídica que tendría el causante con respecto a las relaciones todas, que no son inherentes a la personalidad de éste y que no son atribuidas como bienes independientes, aislados, a un determinado sujeto.

En la sucesión a título *particular* la transmisión se opera para uno o más derechos singulares del causante, o para todos sus actuales derechos *uti singuli*, el uno distinto e independiente del otro.

Por lo cual, *heredero* es aquel sucesor a quien es atribuida la totalidad de las relaciones patrimoniales del difunto, o una parte alicuota de aquéllas, independiente-

(138) En este Considerando el Tribunal Supremo se limita a exponer, literalmente, el contenido de dicha cláusula. Véase epígrafe 7 anterior.

mente del nombre con que sea designado; y *legatario* es el sucesor en bienes o derechos determinados. Concepto confirmado por el artículo 768 del Código civil, pues si el heredero instituido en una cosa cierta y determinada ha de ser considerado como legatario, recíprocamente el legatario de parte alicuota habrá de ser calificado como heredero (139).

- 4.º Pese a ello, esta Sala viene manteniendo con reiteración —sentencias de 16 de octubre de 1940, 11 de enero de 1950 y 30 de junio de 1956 (*sic*) (140)—el carácter espiritua-
lista de la sucesión en nuestro sistema civil tradicional y actual, en el cual la voluntad del causante tiene rango de Ley: y a ella y a la intención evidente del testador ha de supeditarse para definir la naturaleza del derecho de los llamados a la herencia, sin dejar de valorar el criterio objetivo latente en el Derecho comparado.

Dentro de la dogmática (141) de nuestro Código civil, afirma esta Sala que para que pueda ser calificado de heredero el llamado a una sucesión, ha de reunir un doble requisito:

- a) Carácter universal del llamamiento; b) que tenga lugar el mismo a título de herencia y no de legado, es decir, voluntad evidente de asignar al sucesor nombre y carácter de heredero (art. 668) (142).

De tal forma que: si el primer requisito no mediase, y en lugar de atribución universal, el llamamiento se limita a circunscribirse a cosa cierta y determinada, no habría heredero, sino legatario (art. 768); y si falta el *nomen heredis*, es decir, la expresión formal en el testamento de asignar este carácter de universalidad al sucesor, se estará en presencia de un legado, que si estri-

(139) Hago notar que el ponente fue el señor BONET RAMÓN.

(140) Parece extraña esta cita de una sentencia inexistente; más bien debe referirse el Tribunal Supremo a la Resolución de la misma fecha de la Dirección General de los Registros y Notariado, que en su esencia viene aquí recogida a continuación.

(141) Nótese esta precisión en orden a la «dogmática» del Código civil.

(142) Se recoge aquí la doctrina de la Resolución de 30 de junio de 1956, y la tesis llamada «acumulativa» de ROCA SASTRE.

ba en una cuota, será el legado de parte alicuota, de tradición en nuestro Derecho (143).

- 5.º Consecuentemente con esta doctrina, fundada en el sistema romano de la sucesión *mortis causa*, inspirador de nuestra legislación, si acudimos al *nomen iuris* para conocer la naturaleza del llamamiento de la cláusula 10.ª del testamento, hay que concluir se trata de un legado, si bien por su contenido reviste un carácter universal, que obliga a calificarle «de parte alicuota».

Dada la naturaleza, alcance y efectos de esta especie de legado, y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código civil, a tal legado deben serle aplicables (144) determinados preceptos legados relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento, por el sucesor, del patrimonio en que haya de participar su cuantía y composición: punto éste en que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alicuota aparece más destacada (145).

- 6.º Todo ello hace estimable el motivo 3.º del recurso por violación del artículo 1.192 del Código civil: porque la confusión de derechos sólo ha podido operarse en la sexta parte, correspondiente al heredero administrador, y a los otros cinco colegatarios de parte alicuota corresponde la acción para exigirle la rendición de cuentas prescrita en el artículo 1.620 del Código civil.

Del ejercicio de dicha acción depende el conocimiento de la cuantía y composición del legado, denominado por la testadora «de metálico e inmuebles».

- 7.º Son rechazables los dos primeros motivos del recurso, por inexcusable aplicación del artículo 675-1.º del Código civil y constante jurisprudencia que lo interpreta, y según resulta del propio testamento (cláusulas 8.ª y 9.ª), en concordancia con la escritura de donación de 8 de no-

(143) Parece, pues, que la cuestión queda zanjada con tales afirmaciones.

(144) Precisamente es la normativa del legado de parte alicuota lo cuestionable y no su existencia.

(145) Se recogen aquí consideraciones sentadas por la Resolución de 4 de noviembre de 1935.

viembre de 1954 y del recibo de 27 de agosto de 1947, firmado por doña V.

Fue evidente la intención de la testadora de que se colacionaran las donaciones cuyo importe se solicita, a cuenta de lo que pudiera corresponder en el patrimonio paterno a los hoy recurrentes: por presumirse como una simple anticipación a cuenta de su futura cuota hereditaria, que no pugna con el carácter de colegatarios de parte alicuota de los recurridos.

Objetivamente han de considerarse todos como verdaderos forzosos (146), al no haber sido apartados con la legítima foral navarra de cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunales, sino instituidos: el llamado heredero don V., en la cláusula 5.ª del testamento a guisa de mejorado, y los restantes litigantes, en una importante parte alicuota de la herencia.

- 8.º Las propias normas hermenéuticas hacen perecer el cuarto motivo del recurso: si se atiende a la voluntad de la causante, claramente expresada en la cláusula 10 respecto a las deudas, se han de satisfacer las de cualquier clase, aun en el caso de que lo fueran por razón del negocio «La Exclusiva», con cargo al metálico existente en la herencia, o con el producto de la enajenación de fincas rústicas.
- 9.º Tampoco el motivo 6.º puede prosperar: la estimación parcial de la primera de las pretensiones reconvencionales hecha por la sentencia de primera instancia debe estimarse consentida por la parte actora, pues ni recurrió de la misma ni se adhirió al recurso de apelación de la contraria, y no cabe modificarla en este momento procesal, sin que se haya utilizado el cauce procedente.
10. También es desestimable el motivo 5.º, fundado en incongruencias del fallo; éste se limita a precisar uno de los pedimentos de la demanda y no otorga más de lo pedido.

No se hizo condena en costas.

(146) Esto es obvio, pues todos son hijos de la testadora. Pero no hay identidad entre los términos «heredero forzoso» y «heredero».

— Segunda sentencia (Considerandos):

- 1.º Declarada solamente la casación parcial, debe limitarse esta sentencia a los extremos respecto de los cuales haya recaído, conforme al artículo 1.745-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 2.º Reconocida la legitimación activa de los demandados reconconvencionales para exigir a don F. Zabalza Moral la rendición de cuentas como apoderado de su madre, éste viene obligado a rendirlas en los términos establecidos en el segundo pedimento reconconvencional.
- 3.º No es de apreciar temeridad a efectos de expresa imposición de costas.

Fallamos: Que con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juez de 1.ª Instancia, y estimando también parcialmente los pedimentos de la demanda y de la reconvencción, debemos declarar y declaramos:

- 1.º ... (147).
- 2.º ... (148).
- 3.º ... (149).
- 4.º ... (150).
- 5.º Que don F. Zabalza Moral viene obligado a *rendir cuentas* a los demandados don S. y don V. de las cantidades que obran en su poder y de las que se hizo cargo como apoderado de su madre según escritura de 24 de noviembre de 1955.

Sin expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

(147) Véase epígrafe 13: Declaración 1.ª: en idénticos términos aquí.

(148) Véase epígrafe 13: Declaración 2.ª: en idénticos términos aquí.

(149) Véase epígrafe 13: Declaración 3.ª: en idénticos términos aquí.

(150) Véase epígrafe 13 y nota 131 anterior, respecto a la reconvencción: en idénticos términos aquí.

12.^a SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1963: HERMANOS SÁNCHEZ ALVAREZ CONTRA BECERRA GÓMEZ, HERMANOS DEL RÍO SÁNCHEZ, MINISTERIO FISCAL Y A. SÁNCHEZ-SOMOZA PATIÑO (151).

A) *Antecedentes:*

1. En 30 de septiembre de 1884 se otorgó ante Notario escritura de compraventa con pacto de retro por la que don Emilio Sánchez-Somoza Rey vendía 83 fincas a don E. Neveyra. Posteriormente, fallecido comprador y vendedor, surgieron divergencias entre los herederos de ambos. Tales divergencias fueron decididas definitivamente mediante otorgamiento de escritura ante Notario en 1931.

2. En esta escritura de 28 de abril de 1931 los herederos del comprador vendieron a don José Sánchez-Somoza Patiño las 83 fincas, quien las compró para la herencia en común y *pro indiviso* de su finado padre, don Emilio.

En la cláusula 2.^a del otorgamiento se disponía:

«Quedará en suspenso la adquisición del derecho de propiedad, por parte de los herederos de don Emilio, del hecho de la aceptación por parte de doña Bernardina C., viuda de V. Neveyra, de esos mismos supuestos y allanamientos igual de las pretensiones que el señor Sánchez-Somoza formula; para lo cual requerirá previamente a dicha señora, otorgando para ello el correspondiente documento notarial de ratificación de este contrato, dentro del plazo de cuatro meses a contar de hoy. Faltando esta ratificación quedará sin valor este contrato.»

No aparece claro en la exposición de los hechos el momento en que se prestó dicha ratificación.

— A continuación de dicha cláusula se consignaba esta otra:

«Toda adquisición de derechos por los coherederos de don José y otros interesados en la sucesión de su padre que-

(151) Véase en *Jurisprudencia civil*, 1963, enero, tomo 115, sentencia número 58, pág. 414.

dará supeditada al previo pago de la correspondiente parte de precio, exigiéndose por ende nuevo contrato.»

3. Don Emilio Sánchez-Somoza Rey, vendedor a retro en 1884, había fallecido en 1887, bajo testamento ante Notario de 29 de diciembre de 1876 (152): en él declaraba hallarse casado y tener entonces tres hijos del matrimonio—Emilia, José y Emilio-Ramón—, a los que instituyó sus únicos y universales herederos. Posteriormente lo fueron también los nacidos después del otorgamiento: Carlos y Amadeo.

La partición de bienes relictos por don Emilio se formalizó en el año 1902 (153).

4. Las vicisitudes que se sucedieron en relación con los hijos del citado don Emilio fueron como siguen (154):

- Amadeo cedió sus derechos hereditarios a la esposa de su hermano José por escritura de 1905. Luego de tal fecha se ausentó del país ignorándose su paradero, así como si vive o ha fallecido. En el año 1938 se otorgó cuaderno particional de la herencia del referido interesado ausente (155).
- Emilio-Ramón murió bajo testamento ante Notario otorgado en 1922, en el que instituye herederos a sus hijos Emilio y Milagros Sánchez Alvarez (los demandantes) (156).
- Carlos falleció en 1931, soltero, sin ascendientes ni descendientes, siendo declarado únicos y universales herederos por auto del correspondiente Juzgado de Primera Instancia de 1955: sus hermanos Amadeo y José, y sus sobrinos, hijos de Emilia y de Emilio-Ramón.
- Emilia falleció en 1927, sucediéndola sus cinco hijos. Estos, por escritura de 19 de abril de 1941, vendieron a su tío José 37 partidas de bienes y las porciones (157) indivisas en las 83

(152) No tenemos más detalles de este testamento. Se observa que la sucesión se regía por la Ley anterior al Código civil.

(153) Tampoco tenemos detalles de esta partición.

(154) Se agrupan en este epígrafe una serie de hechos desperdigados a lo largo de los antecedentes, que entiendo es básico situar en este lugar.

(155) Dicho cuaderno particional no fue aportado al pleito, y no conocemos otros datos.

(156) No se precisa en qué año, pero parece que antes de 1931.

(157) Así en la sentencia: no aparecen más datos.

fincas, adquiridas dichas porciones por herencia de su finada madre y de su tío Carlos.

- José falleció en 1943 bajo testamento ante Notario otorgado el 13 de agosto de 1942, en el que, entre otras cosas, dispone lo siguiente:

«4.^a Instituye única y universal heredera en usufructo vitalicio de todos sus bienes a su esposa doña Clotilde, salvo en cuanto a los muebles, que se los deja en pleno dominio.

Instituye herederos nudo propietarios del remanente de sus bienes, derechos y acciones a los hermanos Del Río Sánchez.

Instituye por sus únicos, legítimos y universales herederos en usufructo vitalicio y por iguales partes a sus sobrinos Emilio y Milagros Sánchez Alvarez. En caso de muerte de uno de ellos, igual que para los otros legados y herederos en nuda propiedad, se sucederán recíprocamente (158).

En caso que sobreviva la esposa del testador, doña Clotilde, a la muerte de la misma tendrá efectos de interpretación de la voluntad del testador que los legados que además se hacen en este testamento son todos en beneficio de doña Milagros Sánchez Alvarez y de sus hijos, los que son además herederos en nuda propiedad» (159).

«14. La adquisición incorporada a la escritura de 28 de abril de 1931 la verificó el testador personalmente y obtenido el dominio de los bienes objeto de ella, como gananciales del matrimonio que le une con doña Clotilde. La mitad que no es de mi esposa deberá repartirse en la forma que dispone la referida escritura.»

- La viuda de José, doña Clotilde, falleció en 1948, bajo testamento de la misma fecha que el del marido, en el que ordena varias mandas y designa herederos a los referidos hermanos Del Río Sánchez.

(158) Esta cláusula es básica, pero su redacción no aparece con la claridad necesaria en la exposición de los antecedentes: creemos que ésta es su redacción.

(159) Este apartado o cláusula no viene numerado. ni sabemos su ubicación en el contexto del testamento

5. En virtud de toda esta serie de fallecimientos y transmisiones relacionadas, el dominio de las 83 fincas correspondía (160):

— A los demandantes Emilio y Milagros Sánchez Álvarez (hijos de Emilio): $1/5$ y $1/20$ ($1/4$ de $1/5$) en común y en *pro indiviso*.

— Al demandado Amadeo (ausente): idénticas porciones.

— A los demandados hermanos del Río Sánchez: el resto.

6. Don José había vendido en escritura de 28 de abril de 1941 las 83 fincas adquiridas por la escritura de 1931 a don M. Becerra Gómez en precio de 45.000 pesetas, sin reserva ni limitación alguna, como si fuera único y exclusivo propietario.

Previamente, por documento privado de 6 de abril de 1941, el vendedor hizo constar que era dueño en pleno dominio y propiedad del lugar acasurado llamado ... (se componía de varias fincas de las adquiridas en 1931).

Posteriormente, por documento privado de 8 de junio de 1941 (161), se hacía constar: «Que por el otorgamiento de la escritura de venta quedó sin valor ni efecto legal alguno, como consumado. el compromiso concertado en documento privado de 6 de abril; el comprador reconoce de modo expreso que nada le queda adeudando al vendedor por ningún concepto, siquiera si estaba sujeto a la evicción y saneamiento con arreglo al derecho por la cantidad de 40.000 pesetas, precio real que mediara en la venta, y no la de 45.000 pesetas, que se consignara en la escritura; que se otorgaba el documento privado al fin de hacer constar la cantidad que como precio real medio en la venta, por si aquel derecho, en verdad perteneciente al transmitente, no estuviera de acuerdo con el contenido de la escritura, y a consecuencia de ello resultaran nulos ambos citados contratos de compraventa y previo compromiso».

7. Al parecer (162) el vendedor don José pretendió reiteradamente del comprador la devolución de las 83 fincas, sin éxito. El

(160) Aunque de la redacción de la sentencia puede entenderse que la titularidad es referida, bien al momento de la muerte de don José y doña Clotilde, bien al momento de iniciarse el pleito, lo correcto es entender esto segundo.

(161) Hago notar que dicho documento privado fue redactado por dos personas letradas en Derecho.

(162) Este punto no está claro en la sentencia; quizá fuera una alegación, no probada, de los demandantes.

comprador señor Becerra, a partir del momento de su adquisición en escritura, se había comportado como dueño de las fincas (cobrando rentas, talando árboles, etc.) y se negó a reconocer el dominio que sobre dichos bienes pudieran tener los herederos de José y Clotilde.

8. A la muerte de José y Clotilde los instituidos herederos en nuda propiedad y en usufructo habían procedido conjuntamente a la enajenación de 35 fincas de las comprendidas en la escritura de 1931.

9. Los herederos en usufructo vitalicio, E. y M. Sánchez Alvarez, en 1956, demandan al señor Becerra y a los hermanos del Río Sánchez, Ministerio Fiscal y ausente Amadeo, con súplica de que se dicte sentencia por la que:

— Se estime la demanda en todas sus partes.

— Se declare: 1) inexistentes o nulos, y sin ningún valor ni efecto, los contratos de compromiso de venta y de compra-venta otorgados por don José y el señor Becerra;

2) que los bienes (83 fincas) eran de la única y exclusiva propiedad actualmente de la comunidad hereditaria expresada (163).

— Se condene: 1) a los demandados, a estar y pasar por los pronunciamientos declarativos anteriores, acatándolos;

2) a don M. Becerra, a abstenerse en absoluto en lo sucesivo de realizar acto alguno que pueda entorpecer o menoscabar el dominio sobre los mencionados bienes de dicha comunidad, y a indemnizar a ésta con los frutos producidos o debidos producir por tales bienes a partir del 28 de abril de 1941, representados por el importe de las rentas que percibió de tales fincas desde la fecha referida; así como a todos los daños y perjuicios causados a la repetida comunidad, por talas y arbolado y otros conceptos regulados pecunialmente en ejecución del fallo.

3) a todos los demandados, al pago de las costas.

(163) Es la indicada en el epígrafe 5 anterior: véase nota 160.

10. Emplazados los demandados, solamente comparecieron en autos el señor Becerra y el Ministerio Fiscal: No lo hicieron los hermanos del Río Sánchez, ni el ausente Amadeo (ni representante suyo alguno): Se dio por contestada respecto a éstos la demanda, declarándolos en rebeldía y mandando seguir en cuanto a ellos los autos en los estrados del Juzgado.

Contestó a la demanda el señor Becerra, el cual—tras las alegaciones pertinentes—terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se:

- declare no haber lugar a la demanda;
- se desestime íntegramente;
- se absuelva de ella al demandado;
- con imposición de costas a los actores.

11. Los puntos litigiosos más interesantes eran, entre otros, los siguientes (164):

a) *Contrato de 1931:*

a') *Adquisición:*

- Actores: Don José había adquirido las 83 fincas para la herencia de su padre y, por consiguiente, para todos los sucesores del mismo, para distribuirlos entre ellos según el derecho de cada uno.
- Demandado: Don José adquirió personalmente y en su exclusivo patrimonio tales inmuebles, cualesquiera que fuere su ulterior propósito de transmitirlos a su vez en las correspondientes participaciones a quienes en definitiva recayeren los derechos del finado don Emilio. Entre otras alegaciones, decía: que en tal escritura se nota la ausencia de toda concreta determinación de quiénes fueran las personas para las que se adquirió el dominio, determinación inexcusable para que tal otorgamiento produjere una adquisición automática a su favor; que al otorgarse la escritura varios herederos de Emilio habían fallecido (Emilia y Emilio-Ramón) y otro se hallaba ausente (Amadeo desde 1905);

(164) Ordenados y seleccionados con mi criterio personal.

que faltaba el requisito esencial de la representación para que la adquisición pudiera consumarse en patrimonio distinto del compareciente en el contrato; que en tal contrato el comprador aceptó unilateralmente la transacción propuesta por una de las partes vendedoras, lo cual no puede obligar ni producir efectos respecto a quienes ni eran parte en el contrato ni le habían apoderado; que resultaba, de los términos del contrato, un claro condicionamiento de las posibles transferencias ulteriores a los herederos de don Emilio Sánchez-Somoza Rey, a la posterior aprobación de éstos y al abono de la parte correspondiente del precio de venta; que toda transmisión del dominio a los causahabientes del primitivo vendedor hubiera exigido una ulterior transferencia a su favor—que no tuvo lugar—y el abono por ellos de la correspondiente parte del precio.

b') *Ratificación de doña Bernardina:*

— Demandado: No se acredita documentalmente que hubiera tenido lugar, lo que hacía nula la compraventa.

c') *Fincas objeto de la venta:*

— Actores: Eran las 83 descritas en el hecho primero de la demanda.

— Demandado: Eran 118 fincas que formaban cinco lugares acasarados distintos, formando cada uno un todo unitario, e inscritos todos en el Registro de la Propiedad. El quinto lugar acasarado comprendía las 83 fincas descritas por los actores: Pero no comprendía todo, sino *parte* solamente de los bienes vendidos a don José (no a la herencia en común y *pro indiviso* de su padre); subsistiendo las 35 partidas de bienes en el patrimonio de la sociedad de gananciales de don José y de doña Clotilde, a estos bienes había de referirse la cláusula 14 del testamento.

b) *Carácter de la adquisición de bienes por don José en 1931.*

— Actores: No podía desconocer que los bienes pertenecían en común y *pro indiviso* con sus hermanos y sobrinos.

— Demandado: Tales inmuebles objeto de compraventa pertenecían a la sociedad legal de gananciales con su esposa Clotilde. Alegaba: que así constaba en la cláusula 14 del testamento de don José; semejante cláusula no significa que se inviste del dominio de una mitad a los herederos de Emilio, incompatible con la afirmación de que sólo la mitad corresponde a la herencia y la otra mitad de su esposa por ser bien ganancial; tal cláusula testamentaria no es contradictoria con el otorgamiento posterior a favor del señor Becerra (demandado).

c) *Escritura de 19 de abril de 1941:*

— Actores: Los hijos de doña Emilia vendieron a don José una participación indivisa en los bienes comprados en 1931.

— Demandado: Era simple renuncia de un derecho, no de dominio, sino simple facultad de solicitar de don José la transmisión de una cuota indivisa en tales bienes. Alegaba: que desde 1931 a 1941 don José se comportó como verdadero dueño, con posesión pública, pacífica e ininterrumpida, sin que ninguno de los causahabientes de don Emilio discutiera o se opusiera a la legitimidad de tal situación; que doña Emilia falleció en 1927, por lo que ningún derecho pudo adquirir (ni de dominio ni de ningún otro tipo) por un contrato que se otorgó cuatro años más tarde.

d) *Cláusula 14 del testamento de don José:*

— Actores: Simple reconocimiento de la adquisición de 1931 en pro de la comunidad hereditaria por muerte de don Emilio.

— Demandado: Reconocimiento de una adquisición ganancial: Declaración de propiedad.

e) *Ventas efectuadas por los herederos de José y Clotilde:*

— Actores: No hablan de ellas.

— Demandado: Actos realizados por sucesores voluntarios (no forzosos) que les impide desconocer los actos realizados por

el causante y oponerse a la declaración de propiedad de la cláusula 14: ello comporta su falta de acción para promover el procedimiento.

f) *Buena fe del comprador señor Becerra* (contrato de 28 de abril de 1941):

- Actores: La venta fue de mala fe, como se demuestra con el posterior (165) documento privado, y la expresión «por si fueran nulos los documentos aquí referidos» de tal documento.
- Demandado: Ignora—dice—la mala fe del vendedor (si después de 1931 no llegó a transmitir los inmuebles adquiridos a sus familiares, desconoce las razones de ello). Que el comprador no actuó de mala fe, pues consistiendo ésta «en el conocimiento de que la persona de quien se adquiere la cosa ni era dueño de ella ni podía transmitir su dominio», no se puede decir que tenga mala fe el comprar por el documento privado de 8 de abril de 1941, que él no redactó. En él se hacía constar *ad cautelam* (166), por los términos ambiguos del contrato de 1931, la referencia al precio real de la venta. Todo ello conduce a excluir la mala fe del comprador, pues precisamente demuestra su creencia de que el transmitente era dueño de los bienes y podía transferir su derecho de propiedad sobre ellos.

g) *Falta de acción del actor don E.*:

- Demandado: Afirma que el actor litiga con beneficio de pobreza por sus derechos propios, y debiera actuar en nombre de la comunidad de causahabientes próximos y remotos de don Emilio Sánchez-Somoza Rey.

12. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados. Sin hacer declaración en cuanto a las costas.

(165) Nótese lo dicho en la nota 161 precedente.

(166) Véase nota 165 anterior: ¿Por qué tantas cautelas?

La Audiencia dictó sentencia, revocando la apelada y estimando en parte y en parte desestimando la demanda inicial, por la que:

— Declara: 1) Inexistentes, sin ningún valor ni efecto, los contratos de compromiso de venta y de compraventa otorgados en 6 y 28 de abril de 1941, consignados en documento privado y en escritura.

2) Que los bienes reseñados en el hecho primero de la demanda (83 fincas) eran de la única y exclusiva propiedad de la comunidad de herederos de Emilio Sánchez-Somoza Rey.

— Condena: 1) A los demandados, a estar y pasar por los pronunciamientos anteriores.

2) Al señor Becerra, a abstenerse en lo sucesivo de realizar acto alguno que pudiera entorpecer o menoscabar el dominio entre los mencionados bienes de la comunidad accionante referidos, y a indemnizar a ésta con los frutos *producidos* en dichos bienes a *partir* del emplazamiento de este juicio.

13. El demandado interpuso recurso de casación basado en los motivos siguientes:

1.º Basado en el artículo 1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, por inaplicación, de los artículos 1.114 y 1.117, 506 (167), 1.259 y 1.261 del Código civil, y de la doctrina legal contenida en las sentencias de 11 de julio de 1927, 4 de abril de 1942, 21 de julio de 1943, 14 de diciembre de 1940 y 7 de julio de 1944: al entender la sentencia recurrida que por el contrato de 1931 (168) los enajenantes vendieron con plena eficacia jurídica a los herederos del antiguo vendedor *a retro* las fincas objeto del contrato, estando representada la comunidad hereditaria en el acto del otorgamiento por el coheredero don José Sánchez-Somoza Patiño.

— Olvida la sentencia la cláusula 2.ª del otorgamiento (169): es patente que todos los efectos propios de la compraventa otorgada

(167) Nótese esta referencia al 506 del Código civil.

(168) Véase el epígrafe 2 anterior.

(169) Véase epígrafe 2.

quedaron subordinados a la condición suspensiva de que doña Bernardina suscribiere el documento notarial de ratificación del contrato dentro del plazo señalado.

Los demandantes (hoy recurridos) debían haber justificado el cumplimiento de la condición suspensiva, ya que era condición *sine qua non* para la adquisición de derechos a su favor, pero ni lo han probado ni propuesto siquiera.

Independientemente de ello, era siempre necesario que doña Bernardina concurriese al otorgamiento del contrato, como heredera de su marido, ya que se trataba de un acto de enajenación del dominio y en el que es necesario la concurrencia de todos los propietarios.

2.º Basado en el artículo 1.692-7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: por error de hecho en la prueba que resulta de documento o acto auténtico que demuestra la equivocación evidente del juzgador—se articula este motivo *ad cautelam*—: al afirmar la sentencia que en el contrato de 1931 don José compareció accionando para la comunidad hereditaria de su padre, «lo que alude al supuesto de la representación ajena, por darse en este caso la presencia de una comunidad hereditaria indiscutible que está representada por un coheredero».

Parece, pues, mantener la sentencia recurrida que en 1931, en el momento de otorgarse el contrato, existía la comunidad hereditaria causada por muerte de don Emilio: lo cual es erróneo. Se había efectuado la correspondiente partición en 1902, que ponía fin a la comunidad hereditaria conforme al artículo 1.068.

Resulta claro y evidente el error del juzgador, al afirmar que existe en 1931 una comunidad hereditaria liquidada en 1902.

3.º Basado en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.063, 1.261, 1.068 y 392 del Código civil y de las sentencias de 27 de octubre de 1900 y 30 de mayo de 1906: al afirmar la sentencia que el don José comparece en el contrato de 1931 accionando para la comunidad hereditaria de su padre, a la que representa como coheredero, por así autorizarlo los artículos 1.063 y 392 del Código civil.

— Pero la partición pone fin a la indivisión hereditaria como tipo de comunidad forzosa de carácter específico que liga a los interesados en forma mucho más enérgica que la pro indivisión ordinaria: implica la realización total del derecho sucesorio, convirtiendo el derecho colectivo en derecho individual especificado sobre bienes que forman parte integrante de la masa hereditaria y sustituye el régimen jurídico de la indivisión por el de propiedades distintas e individualizadas.

Es cierto que los artículos 1.063 y 392 autorizan a los herederos para ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondan al causante. Pero tales artículos exigen para su aplicación que concurren como supuestos imprescindibles:

a) La indivisión de la herencia (sentencias de 24 de octubre de 1903 y 28 de enero de 1919); b) que la acción que se ejercita pueda considerarse como formando parte de la masa hereditaria de la comunidad, y, por tanto, que se trate meramente del ejercicio de un derecho o acción de efectos declarativos (nunca un nuevo convenio o contrato dispositivo que crea nuevos derechos: *no cabe arrendar, enajenar, adquirir...*, sin la concurrencia de *todos* los coherederos).

Pero en el caso de autos no se da ninguno de los dos requisitos: ni el primero, porque la herencia está dividida, y para cualquier reclamación, aun hecha por todos los herederos, debe acompañarse la partición como título justificativo de sus derechos; falta el segundo, porque no se trata del ejercicio de una acción o derecho que estuviere en poder del causante, pues el contrato de compraventa *a retro* tuvo lugar en 1884 y es evidente que a los cuatro años caducó la posibilidad del ejercicio de tal retracto, lo que se confirma en la Exposición de la escritura de venta de 1931; con lo que está claro que se trata de un nuevo contrato, de una adquisición de dominio nueva, independiente de la herencia de don Emilio, y *no* de un simple acto de defensa, reclamación o administración de la herencia, por lo que para su perfección tal contrato debiera reunir la concurrencia de todos los herederos.

4.º Basado en el artículo 1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por interpretación errónea de los artícu-

los 663 (*sic*) (170), 768, 508 y 510, 975 (*sic*) (171), 660 y 668 del Código civil, y de las sentencias de 11 de enero de 1950, 16 de febrero de 1956 y 16 de octubre de 1940 (172): al considerar la sentencia recurrida que los demandantes, instituidos herederos usufructuarios por don José y doña Clotilde, no son herederos, sino legatarios.

— Conforme al criterio *objetivo*, debe atenderse al contenido de la institución o llamamiento independientemente de la voluntad formal del testador; y, por tanto, debe considerarse *heredero* el llamado a la totalidad o a una parte alicuota de los bienes de la herencia, cualquiera que sea el nombre y forma con que el testador le designa, y *legatario* el llamado a bienes determinados. En nuestra legislación no es posible mantener un criterio estrictamente objetivista, que sólo se encuentra en la norma límite del artículo 668 (*sic*) (173); y en el propio Código civil se encuentran numerosos supuestos e instituciones desavenidas con el criterio objetivista, entre ellos el legado de parte alicuota, la atribución al heredero forzoso de bienes determinados (art. 815) o de metálico (artículo 1.057) (*sic*) (174). El criterio objetivista puede servir para determinar el concepto de heredero o legatario en los supuestos extremos, pero no es suficiente para dilucidar aquellos otros llamamientos de naturaleza mixta, cuyo encuadre sólo cabe acudiendo al criterio subjetivista: por ejemplo, en el caso de legado de usufructo de residuo, cuota viudal del cónyuge... En la mayoría de estos casos siempre será más lógico y resulta insustituible acudir al criterio de la voluntad del testador que es la Ley de la sucesión misma.

— El recurrente pasa luego a analizar qué consideración le merece el llamamiento hecho a los demandantes en el testamento de 1942 de don José, cláusulas 4.ª-6.ª y siguientes (175). Este llamamiento hereditario a un usufructo del total remanente de la herencia, interpretado con el criterio objetivo puro, tendría que con-

(170) Debe referirse al artículo 668 del Código civil.

(171) Debe referirse al artículo 675 del Código civil.

(172) Este motivo es muy extenso, pero procuro recogerlo casi íntegro por las interesantes precisiones en orden al tema objeto de este trabajo.

(173) Debe referirse al artículo 768 del Código civil.

(174) Debe referirse al artículo 1.056 del Código civil.

(175) Véase nota 158 anterior, y el epígrafe 4.

siderarse como una institución de herederos (el llamamiento es a título universal); y lo mismo resulta de la voluntad del testador expresada en forma clara e indubitada.

La sentencia niega el carácter de heredero al usufructuario de la totalidad o parte alicuota de la herencia, por no responder de las deudas hereditarias (conforme a los artículos 508 y 510 del Código civil). Si se eximiese al heredero usufructuario de la responsabilidad *ultra vires*, se hubiese ordenado expresamente, tanto más cuanto significa una excepción de señalada importancia; además, en nuestro Derecho la responsabilidad *ultra vires* no es característica e inseparable del concepto de heredero (176) (casos de aceptación a beneficio de inventario y del cónyuge viudo).

— Finalmente, como tales herederos, los recurridos no pueden impugnar en ningún caso la venta hecha por su causante don José al señor Becerra (177).

Y aunque el vendedor no fuese propietario exclusivo de las fincas vendidas por pertenecer a la comunidad hereditaria, el contrato de compraventa no sería inexistente, pues se trata de un contrato consensual, y la jurisprudencia ha aceptado con firmeza la existencia de estos contratos (sentencias de 27 de mayo de 1957, 5 de julio de 1958, 1 de marzo de 1949 y de 2 de septiembre de 1902) (178).

B) *Sentencia del Tribunal Supremo:*

Rechaza el recurso en base a las motivaciones siguientes:

1.^a El primer motivo no puede prosperar, por las razones siguientes:

a) Porque no se pueden estimar como infringidas Leyes relativas a cuestiones que no fueron deducidas oportunamente por los litigantes, ni debatidas en el pleito, ni siquiera acogidas en la sentencia recurrida—a pesar de que, sin ser invocada, la recogiera la

(176) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, loc. cit.

(177) Parece aquí aludir el recurrente a la doctrina de los actos propios, pero no desarrolla su idea. Véase Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*.

(178) Esta última sentencia se refería a la disposición verificada por el viudo de un bien ganancial antes de liquidar la sociedad conyugal.

resolución dictada por el Juez de 1.^a Instancia, con olvido de los artículos 359 y 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—: como ha declarado esta Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de mayo de 1936 y 21 de febrero de 1941.

b) Porque el recurrente combate la apreciación de la prueba realizada por el Tribunal *a quo* al amparo del número 1.º del 1.692 en lugar de acudir al número 7.º de dicho precepto, como debió hacerlo: todo ello, según doctrina de las sentencias de 17 de junio y 5 de julio de 1947, lo que veda a esta Sala entrar en el análisis de dicho documento.

c) Porque la pretendida vulneración del artículo 506 del Código civil, respecto al usufructo, sin conexión con la cuestión objeto de este motivo, no ha podido producirse (179). Si se quiso denunciar la infracción del artículo 506 de la L. E. C., según se infiere de las sentencias citadas por el recurrente, tales preceptos y doctrina legal no serían susceptibles de casación por infracción de Ley, sino por quebrantamiento de forma (apoyado en el artículo 1.693).

d) Porque la falta de consentimiento de doña Bernardina en el contrato de 1931, implicaría—caso de prosperar—su nulidad: y para llegar a tal solución hubiera sido preciso no sólo el que dicha acción se hubiera aducido por vía reconvencional, sino también la intervención en el proceso de todos los interesados en el convenio: Así lo impone la doctrina de las sentencias de 7 de julio de 1949, 29 de mayo de 1950 y 17 de octubre de 1953.

Pero además, dicha señora y el resto de los vendedores son ajenos al *pleito*, y no es posible estimar nu'a la compraventa de 1931 respecto de parte de los compradores, manteniendo su vigencia con relación a uno de éstos.

Y aunque se estime que doña Bernardina no prestó su consentimiento, la solución del litigio sería idéntica a la adoptada por la sentencia recurrida; pues al ser anulada la venta a favor de don José, resultaría igualmente nula la transmisión operada por éste a favor del recurrente.

2.^a También es desestimable el motivo 2.º: los documentos que el recurrente cita como auténticos—testamento de don José y es-

(179) Véase nota 167.

critura de 19 de abril de 1941—carecen de tal carácter, pues para gozar de *autenticidad* es preciso que por sí mismos hagan prueba de su contenido (sentencias de 12 de abril de 1944 y 21 de junio de 1946) y que contradigan textual y claramente lo afirmado por la Sala sentenciadora (sentencias de 25 de noviembre de 1949 y 30 de junio de 1952). No pueden estimarse auténticos: aquellos sobre cuya interpretación se haya discutido y resuelto en el juicio (sentencias de 27 de febrero y 5 de abril de 1954); ni tampoco las escrituras notariales, que únicamente garantizan la verdad del hecho que motiva su otorgamiento y su fecha, pero no la de las manifestaciones de los particulares contenidas en ellas, a las que no se extiende la fe pública (sentencias de 9 de marzo de 1945, 2 de febrero de 1955 y 4 de noviembre de 1959 y 3 de abril de 1962).

Sin que los documentos en que se apoya este motivo impidan que el Tribunal pueda llegar a consecuencias distintas, a través del examen y estimación de otros elementos probatorios. Porque, además, dichos documentos citados reconocen que las particiones no fueron totales, sino que quedaron indivisos los derechos objeto de la transmisión operada en 1931.

3.º Igualmente decae el motivo 3.º: la partición no confiere a los herederos la propiedad de los bienes que fueron eliminados de la misma, o de los que se hubieren asignado *pro indiviso*, respecto de los que se constituye una comunidad especial (sentencia de 16 de abril de 1930) sobre la que entrarían en juego los artículos 392 y siguientes.

Ello tenía la consecuencia de otorgar a cualquiera de sus partícipes la facultad de ejercitar los derechos de la comunidad en provecho de los demás condueños (sentencia de 21 de octubre de 1951), así como las acciones que a todos ellos correspondan (sentencias de 4 de abril de 1921 y 18 de diciembre de 1933), entre las que figura la acción de retracto (sentencia de 30 de abril de 1906): esto es precisamente lo sucedido en la escritura de 28 de abril de 1931, en cuya Exposición (180) se hace constancia de los hechos

(180) Se ha dicho que la exposición es básica en la escritura pública. Viene a ser la pieza clave y presupuesto de las estipulaciones. En el caso de autos se hacía una relación cronológica de los distintos hechos: venta *a retro* en 1884, fallecimiento del comprador, promesa de venta por los herederos del comprador, proindivisión acordada por los herederos del vendedor.

acaecidos. En dicha escritura de venta se dio realidad a un contrato transaccional de gestación laboriosa, pactado por don José, a nombre de los herederos de su fallecido padre.

Dicho contrato de 1931 constituyó la forma de dar efectividad a aquel derecho de retracto, caducado tras la muerte del vendedor, pero revalorizado posteriormente por una promesa de venta y una transacción. Como este derecho de retracto surgido de una u otra forma no fue objeto de partición, de ahí que pudiera hacerlo valer un coheredero a favor de la masa hereditaria y no en su propio provecho (*ut lucratur solum*), como pretende el recurrente y prohíbe el artículo 394 del Código civil.

4.^a Tampoco cabe acoger el motivo 4.º, basado en que la cláusula 4.^a, apartado 6.º del testamento de don José contiene una verdadera institución de heredero en favor de los demandantes que les veda impugnar los contratos suscritos por aquél de compromiso de venta y compraventa, por tener la condición de continuadores de su personalidad y estar por ello obligados a respetar su actuación para no ir contra sus propios actos (181).

Debe destacarse que el derecho de los recurridos para ejercitar la acción impugnativa utilizada en el proceso no surgió exclusivamente de su cualidad de sucesores del citado don José, sino también y muy calificadamente de la de herederos de su padre, don Emilio; lo que por sí solo provocaría la desestimación del motivo.

Además, de la cláusula mencionada (182) no puede inferirse la condición de herederos del testador: porque, aunque se les asigne tal denominación de heredero en la citada cláusula y las disposiciones testamentarias deben entenderse en el *sentido literal* de sus palabras (art. 675), ello ocurre (183) siempre que sus términos gramaticales no se opongan al elemento intencional de su contenido, que debe prevalecer en caso de duda (sentencias de 23 de octubre de 1925, 6 de marzo y 25 de noviembre de 1944), y en tanto las palabras utilizadas se acomoden a las reglas de derecho necesario con preponderancia sobre su significado vulgar (sentencias de 28 de junio de 1947 y 11 de enero de 1950). Con lo que son los Tribunales

(181) Véase lo dicho en nota 177.

(182) Véase nota 175.

(183) Obsérvese el doble condicionamiento que exige el Tribunal Supremo.

quienes deben fijar su significado y alcance (sentencias de 25 de abril de 1951 y 10 de junio de 1954).

Entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario, aunque lo sea a título universal, sobre todo cuando su designación es voluntaria y no legal—como ocurre en el presente caso—, median profundas y esenciales diferencias, que dan lugar a la imposibilidad de confundirlos, como son, entre otras, las siguientes (184):

1.^a *Por su naturaleza jurídica:*

- Herencia: Implica, conforme al artículo 660 del Código civil, la transmisión del caudal relicto del causante en su integridad (*universum ius quod defunctus habuerit*), de forma tal que el heredero al adquirir en bloque o su parte alicuota el patrimonio de aquél, en su conjunción de derechos y obligaciones (arts. 659, 661) se coloca respecto del mismo en igual situación que el difunto. Además, integra una figura jurídica de tracto único.
- Sucesión usufructuaria: El designado se sitúa, respecto de dicho caudal, en posición distinta de la que gozaba el anterior propietario, por sucederle tan sólo en una parte cualitativa de su contenido económico, cual es el goce o disfrute sobre cosa ajena (art. 467), sin que se le transfiera el *ius disponendi* cualificativo del dominio (art. 348); ello hace que el contenido de su derecho se asemeje a un *uti singuli* (comprendido en el 660 en relación con el 768), al tener que coexistir con el del nudo propietario instituido también universalmente. Además, integra una figura de tracto sucesivo (artículo 474).

2.^a *Por el título de que dimanar:*

- Herencia: El título es de adquisición traslativa del dominio, sin disgregación alguna y con todas sus consecuencias.
- Usufructo: El título es también adquisitivo; y, además, constitutivo de un *ius in re aliena*, que provoca el desmembra-

(184) Las notas diferenciales las expone el Tribunal Supremo de manera casi exhaustiva.

miento de la propiedad al pasar el *ius fruendi* a persona distinta de aquel a quien se atribuye la facultad de disposición.

3.^a *Por el modo de entrar en el goce de los bienes:*

En realidad, ambos derechos (arts. 661 y 681) se transfieren a sus titulares desde la muerte del causante (art. 657). Pero con una diferencia:

- Heredero: Adquiere directamente (440) la posesión (es lo que realmente integra el derecho de usufructo).
- Usufructuario: Por analogía con lo dispuesto para los legados, el usufructuario recibe la posesión, bien del heredero (859 y ss., 883, 886), bien de los albaceas (1.027 y ss.); pero no puede entrar en el disfrute por actos de su propia autoridad, aunque esté facultado para reclamarla (885). Su adquisición es mediata a través del sucesor hereditario.

4.^a *Por su duración:*

- Heredero: Adquiere su derecho por tiempo ilimitado y lo transmite a los suyos, por gozar sobre los bienes de iguales facultades que su causante.
- Usufructuario: La supervivencia de su titular constituye una *condictio iuris* de su efectividad (art. 513), dada la temporalidad y la cualidad de *intuitus personae* de este derecho; lo que le convierte en intransmisible por actos *mortis causa*, aunque no *inter vivos* (art. 480), y origina la imposibilidad de que respecto de él opere el derecho de representación (artículo 761).

5.^a *Por los efectos de su renuncia:*

- Herencia: La repudiación de herencia provoca la reversión (185) de los bienes a la masa hereditaria mediante el derecho de acrecer (arts. 922 y 981), o la apertura de la sucesión legítima en su caso.

(185) Así en la sentencia.

- Usufructo: Origina la consolidación del dominio en los nudo propietarios (salvo los supuestos de los arts. 469 y 987).

6.^a *Por sus efectos:*

- Heredero: Responde de las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, sino con los suyos propios (*ultra vires*) (186), conforme a los artículos 1.003 y 1.084, salvo la aceptación a beneficio de inventario autorizada por los artículos 1.010 y ss. (art. 1.023-1.º y 3.º).
- Usufructuario: Únicamente queda afectado, por lo general, por los legados de pensión vitalicia y alimentos (503), debido a la temporalidad de su disfrute; asemejándose con ello a los *legatarios*, que responden de las cargas que les fueren impuestas (858) o de las que existieran cuando toda la herencia se hubiese distribuido en legados (891), sin responder con sus bienes particulares. Ahora bien, todos estos gravámenes repercuten en el usufructo, porque al disminuir el caudal mediante su pago, se merman correlativamente los réditos de tal derecho, que recaen sobre el patrimonio neto y no sobre la totalidad de la herencia; aunque para evitarlo su titular está facultado para utilizar los derechos que le confiere el artículo 510.
- De todo lo cual *se deduce*: que el sucesor usufructuario *no* puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alicuota, y que, aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador a efectos de no poder impugnar los actos por éste realizados cuando—como en el caso de autos—lesionan sus intereses nacidos, no del usufructo, sino de su condición de heredero de otra persona.

(Continuará.)

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario.

(186) Véase nota 176.