

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

---

Año XLIV \* Septiembre-Octubre 1968 \* Núm. 468

---



## CONSEJO DE REDACCION

### **PRESIDENTE :**

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

### **CONSEJEROS :**

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

### **CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :**

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

### **SECRETARIO DE LA REVISTA :**

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

Número suelto : 50 pesetas.

La Revista no se identifica con las opiniones  
sostenidas por sus colaboradores.

Depósito legal: M. 968.—1958

# SUMARIO

|                                                                                                           | Págs. |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| «In memoriam» ... ..                                                                                      | 1175  |
| ESTUDIOS :                                                                                                |       |
| «La rendición de cuentas en el albaceazgo», por MANUEL AL-<br>BALADEJO ... ..                             | 1185  |
| «Valor de la jurisprudencia en la elaboración científica del<br>Derecho», por ENRIQUE LALAGUNA .. ..      | 1217  |
| LEGISLACION :                                                                                             |       |
| «Crónica legislativa», por FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL . . .                                               | 1241  |
| VIDA JURIDICA :                                                                                           |       |
| «El plan de reforma de la Justicia y su estado actual» ... ..                                             | 1253  |
| JURISPRUDENCIA :                                                                                          |       |
| I.—Jurisprudencia monográfica :                                                                           |       |
| «El legado de parte alicuota», por JOSÉ Cerdá Gimeno ..                                                   | 1261  |
| II.—Resoluciones y Sentencias:                                                                            |       |
| I.—Resoluciones de la Dirección General de los Re-<br>glstros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO. | 1379  |

II.—Sentencias del Tribunal Supremo:

|                                                                                   |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------|------|
| 1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO ... .. | 1391 |
| 2. Jurisprudencia Mercantil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS ... ..                | 1413 |
| 3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ . . . . .  | 1416 |

LIBROS:

|                                                                                                       |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| «La propiedad de casas por pisos», de MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, por VICENTE ESCRIVÁ MONZÓ ... ..         | 1425 |
| «Storicità del Diritto», de FRANCESCO CALASSO, por MARIANO ALONSO PÉREZ ... ..                        | 1427 |
| «Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio» de GIAMPAOLO DE FERRA, por TERESA PUENTE MUÑOZ ... .. | 1433 |
| «Le contrat d'entreprise», de MAURICE-ANDRÉ FLAMME y JACQUES LEPAFFE, por TERESA PUENTE MUÑOZ ... ..  | 1439 |
| «Comentarios a la Ley del Suelo», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por NARCISO DE FUENTES SANCHÍZ . . . . .   | 1444 |
| «Estudios de Sociología y Derecho Sindical», de JESÚS LÓPEZ MEDEL ... ..                              | 1445 |

REVISTAS:

|                     |      |
|---------------------|------|
| Por F. M. C. ... .. | 1447 |
|---------------------|------|

# ESTUDIOS





## “IN MEMORIAM”

*Ramón de la Rica, entrañable amigo, compañero inolvidable. Registrador ejemplar, jurisconsulto ilustre, escritor de clarísima y galana pluma, ha muerto. Irreparable pérdida para la ciencia jurídica y para todos sus compañeros.*

*A finales de 1932 me cupo el honor y la suerte de airear los talentos de Ramón de la Rica. Llevado yo al Instituto de Reforma Agraria por la Junta Nacional de la entonces Asociación de Registradores de la Propiedad para representar al Cuerpo, y designado Jefe del Servicio Jurídico del mismo, ante la labor ingente que allí me aguardaba llevé como colaboradores a cuatro compañeros. Uno de ellos fue Ramón de la Rica (1), quien, apartado del mundanal ruido en su residencia de Jaca, desempeñaba su cargo de Registrador con alguna escapada a la producción literaria.*

*Constituí con ellos una Comisión Jurídica encargada de redactar los numerosos proyectos de leyes y disposiciones necesarias para desenvolver la Ley de Bases de la Reforma. Pronto descubrí que Ramón destacaba sobre todos nosotros, especialmente al plasmar sobre el papel lo acordado, por lo que, dada su clarísima exposición, quedó encargado de redactar el fruto de nuestras discusiones. De su pluma, mejor dicho, de su máquina, porque siempre escribía en una vieja "Underwood" que le fue destinada, salió, entre otros varios, el famoso Proyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos, que*

---

(1) Los otros tres fueron: el inolvidable don Joaquín Navarro Carbonell (que, a pesar de llevarnos a los demás muchos años, trabajó con plena lozanía). Andrés Marcos y Marcos y Ramón Izquierdo Molins.

*fue elogiado por todos, derechas e izquierdas, y que con bastantes deterioros, sufridos al discutirse en las Cortes, primero en las Constituyentes y después en las de 1933, fue convertido en Ley y todavía está en gran parte vigente.*

*Fueron más de tres años de íntima colaboración para mi inapreciable. De ella nació la entrañable amistad que nos ha unido hasta su muerte.*

*Me proponía consignar aquí sus completos datos biográficos, pero me lo encuentro hecho mejor que yo podía hacerlo. Con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria el entonces Decano, mi ilustre antecesor don Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, tuvo la feliz idea de reunir las biografías de los que fueron Presidentes de la extinguida Asociación de Registradores y de los que han sido Decanos del actual Ilustre Colegio Nacional. Dichas biografías habían de publicarse en el Hectoanuario, pero dado el excesivo volumen de éste no tuvieron cabida y quedaron para un segundo tomo, que no se ha publicado por faltar algunas de las que habían de incluirse. Curro Cervera, como todos le llamamos familiarmente, encargó la biografía de Ramón de la Rica al compañero de promoción de ambos Adolfo Bollain y Rozalém, distinguido Registrador y escritor, recientemente también fallecido, quien cumplió el encargo redactando un jugoso trabajo del que no quiero privar a los lectores de la REVISTA.*

*Se publica a continuación, limitándome en estas líneas a llenar la laguna de los tiempos de De la Rica en el Instituto de Reforma Agraria, como queda expuesto, y a completar los datos posteriores a la fecha (1961) en que la biografía fue escrita.*

*Tales años posteriores fueron la consagración oficial de los grandes méritos de De la Rica. A primeros de 1962, ya Registrador de la Propiedad de Madrid, fue elegido académico de número de la Real de Jurisprudencia y Legislación en la vacante del que fue también eminente jurista don Nicolás Pérez Serrano. Como discurso de ingreso leyó un interesantísimo trabajo sobre el tema "Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario", discurso que fue contestado por el insigne tratadista de Derecho Hipotecario y también Registrador y Notario Ramón María Roca Sastre. El mismo año fue designado miembro de la Comisión General de Codificación. Ultimamente le fue concedida la Gran*

*Cruz de San Raimundo de Peñafort, a cuya Orden pertenecía ya como Cruz de Honor.*

*Durante los citados años posteriores a la fecha de la biografía, La Rica no interrumpió su labor. Véase:*

*"Una legislación genuinamente española". Discurso pronunciado en el acto inaugural de la conmemoración del Centenario y publicado en el número correspondiente a marzo de 1961 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO HIPOTECARIO.*

*"Pervivencia del sistema registral". Artículo publicado en el número extraordinario correspondiente a enero y febrero de 1961 de la misma REVISTA.*

*"La Ley del Notariado y el Registro de la Propiedad (Meditación hipotecaria sobre un centenario trascendental)". Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 5 de marzo de 1962, con motivo del centenario de la Ley del Notariado.*

*"El embargo judicial y la hipoteca mobiliaria según sentencia del Tribunal Supremo". Artículo publicado en el número correspondiente a mayo de 1966 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.*

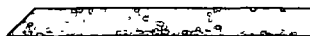
*"El Registro de la Propiedad y los actos dispositivos sobre inmuebles gananciales consentidos sólo por el marido". Artículo publicado en el número de septiembre de 1966 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.*

*En estos trabajos, como en todos los suyos, resplandece, junto a la profundidad de concepto, su clarísimo e impar estilo.*

*Descanse en paz el ilustre y querido compañero.*

JUAN JOSÉ BENAYAS,

Decano del Ilustre Colegio Nacional  
de Registradores de la Propiedad  
de España.



RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL <sup>(1)</sup>

(24-XI-1894-10-VIII-1968)

*El Decano de nuestro Ilustre Colegio, con destino a las publicaciones del Centenario, me encarga la biografía—pequeños y modestos apuntes biográficos—de don Ramón de la Rica y Arenal, Decano en los años 1956 y 1957. No podía haberme hecho encargo más agradable.*

*He sido compañero de Ramón de la Rica desde primeros de octubre de 1910, en que nos encontrábamos en las aulas de la Universidad Central, para cursar el preparatorio de Derecho, hasta hoy. Juntos seguimos la carrera y juntos hicimos las oposiciones a Registros, de las que salió la promoción a que pertenecemos los dos. Sin que haya decaído jamás nuestra amistad, ni se haya interrumpido nuestra casi constante comunicación. Son, pues, cincuenta años de compañerismo que me dan derecho a creer que le conozco bien. Porque se da el caso de que en todos los cursos, de los ciento y pico alumnos—entonces no llegábamos a los doscientos—hay cinco o seis que se agrupan, se entienden, se comprenden y se estiman por encima de todos los demás. La Rica y yo nos unimos desde el primer año con otros tres o cuatro—algunos desaparecidos ya—y fuimos siempre del grupo entrañable.*

*Ramón de la Rica y Arenal nació en Madrid el 24 de noviembre de 1894—esto es un dato biográfico y, por tanto, ineludible en una biografía—; llegó a la Universidad y alcanzó premio extraordinario en todo desde el grado de bachiller. En su carrera y en esta Universidad la siguió y la terminó sin saber lo que era una nota menor de sobresaliente, y en plan de acaparador de matriculas de honor. Era un estudiante—escribe uno de sus colegas—que cumplía con su deber: un estudiante que estudiaba con afición a la profesión que había elegido; que asimilaba y comprendía, pero que tenía tiempo*

---

(1) Así: sin don. Son tantos los dones que tiene, que no importa que le quite uno. (Nota del autor.)

*para ser simpático, nada menos; para asistir a toda clase de espectáculos; para hacer versos, escribir artículos y hasta dar a luz una novela.*

*Sus primeras poesías se publicaron en un periódico que salía en Colmenar Viejo, se confeccionaba a mano y del que yo era director. Pero pronto consiguió ver publicados varios artículos y cuentos en dos diarios madrileños de entonces: El Liberal y La Tribuna.*

*Y vio editada su novela de estudiantes—anterior a La Casa de la Troya—, en la que los protagonistas eran cuatro amigos de su curso; esos cuatro amigos que siempre hay, y a los que me refería antes. Uno era Ramón; otros dos, ya fallecidos, y el otro..., yo.*

*Así, entre bromas, literatura y matriculas de honor, este empollón—¡tan distinto del empollón clásico, engreído y aborrecible!—alcanzó el premio de Licenciatura. Y, después, el premio del Doctorado, en el año 1918, desarrollando la tesis Orientaciones sociales del Derecho civil moderno.*

*Llegaron las oposiciones a Registros, que aprobó en 1920, convirtiéndole en Registrador de la Propiedad; ejerció la abogacía en Barco de Valdeorras, y, después en Madrid, pero, sin olvidar sus aficiones literarias, aún aparecieron trabajos suyos en El Faro de Vigo y en la Prensa aragonesa.*

*En el año 1930, la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO publicó su estudio sobre la Sucesión intestada en Aragón.*

*Después de nuestra guerra de Liberación es cuando se entrega de lleno en la rama hipotecaria de nuestro Derecho civil, en conferencias, artículos, comentarios, y, lo que es más importante, formando parte de las Comisiones técnicas para todas las elaboraciones y reformas últimas de la legislación hipotecaria y mercantil.*

*Como miembro de las respectivas Comisiones, intervino en la elaboración del texto refundido de la Ley Hipotecaria de 1946; del Reglamento Hipotecario de 1948; de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1953 y de su Reglamento; del Reglamento Mercantil de 1956 y de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959.*

*Publicó unos magníficos comentarios—nunca más auténticos ni más autorizados—a la Ley de reforma hipotecaria (1945); al nuevo Reglamento Hipotecario en dos tomos (1948 y 1949), y a la reforma del Reglamento Hipotecario (1959), de cuyo mérito y utilidad pueden dar cuenta todos los civilistas que los buscan y consultan.*

*En 1947 apareció, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», su trabajo La nueva reglamentación hipotecaria (Síntesis de sus más relevantes innovaciones). Ha colaborado, además, en la «Revista de Derecho Privado», de Madrid, y en la «Revista Cubana de Derecho».*

*Como conferenciante, dejó pruebas, en diversas ocasiones y distintos lugares, de sus conocimientos jurídicos y de su claridad y galanura de exposición.*

*En la Academia Matritense del Notariado leyó una conferencia, con el título La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca, el 28 de febrero de 1946.*

*Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria, se tituló otra conferencia por él pronunciada el día 13 de marzo de 1948 en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia.*

*Durante la IV Semana Notarial de Santander—concretamente, el 9 de septiembre de 1950—dio otra conferencia, titulada Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario.*

*El 2 de abril de 1951 pronunció, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, una conferencia más sobre Contribución de la Legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico. Con el título El Registrador de la Propiedad (presente y futuro de la profesión registral), disertó, en el Paraninfo de la Universidad de Oviedo, el 4 de marzo de 1955. Y en el citado Instituto habló, en conferencias pronunciadas en el mes de mayo de 1959, sobre Repercusiones registrales de la reforma del Código civil.*

*Tal es su autoridad, que todos los tratadistas de Derecho hipotecario insertan en sus obras citas de La Rica, conocido, estudiado, comentado y admirado por todos los que tratan o gustan de esta especialidad jurídica.*

*Como Decano, que lo fue, según queda dicho, en los años 1956 y 1957, tras seis años de vicedecanato, su labor se caracterizó por una dedicación absoluta al trabajo.*

*Si magnífica es su labor de jurista, no es menos la forma—oral o escrita—con que la desarrolla. Porque al contenido, rico en doctrina, hay que añadir la claridad en la exposición, la diaphanía en la expresión, la amenidad en el relato y la huida de la pedantería en el lenguaje. Sus conferencias y sus escritos pueden ser escuchados o leídos por cualquiera, aun por los no versados en materias jurídicas,*

*con la seguridad de que comprenderán claramente lo que escuchan o leen.*

*Con lo que demuestra que no está el mérito en la oscuridad, ni en el enrevesamiento, ni en la originalidad modernista. Y que es más útil la claridad narrativa que la confusión de la forma; sobre todo, cuando une a la claridad, la amenidad; porque Ramón de la Rica, además de gran jurista, es gran escritor. Y gran persona.*

ADOLFO BOLLAÍN ROZALÉM,  
Registrador de la Propiedad.



# La rendición de cuentas en el albaceazgo

Como dice GATTI (1), la rendición de cuentas tiene por finalidad poner en conocimiento de los interesados cómo se ha ejecutado el mandato del testador y la forma en que se invirtieron los bienes de la herencia en cumplimiento del encargo, estableciendo el saldo que en favor del albacea o de esos interesados resulta de las gestiones cumplidas.

## I

### SI PESA SOBRE TODOS LOS ALBACEAS DESDE QUE ACABA SU ENCARGO

Lo mismo la Compilación catalana que el Código establecen la obligación de rendir cuentas los albaceas al acabar su cargo. Este la dispone en general, luego sin más trámite alcanza a toda clase de albaceas; aquélla la dispone para los *universales*, y en cuanto *ello* (art. 238, *in fine*).

a los *particulares*, dice que las rendirán *si fueren requeridos para*

Realmente no es que aquéllos tengan ya (al acabar el albaceazgo) obligación, y éstos sólo cuando se les requiera (o si se prefiere, que aquella obligación nazca *ex lege* de la conclusión del

---

(1) *Albaceas*, Montevideo. 1956 pág. 348.

encargo, y ésta *ex voluntate*, del requerimiento), sino que, como ciertamente el requerir es pedir la efectividad de la rendición, o el *pago o cumplimiento* de la obligación de rendir, presupone la existencia de ésta, aun en el caso de que el albacea sea particular.

Así, pues, la obligación de rendir cuentas la tiene todo albacea, incluso en Cataluña los particulares. Pero éstos no están obligados a su cumplimiento espontáneo (aunque, sin duda, cabe que lo realicen), sino sólo mediante reclamación. Lo cual, al fin y al cabo, desde un punto de vista práctico no les diferenciará mucho de los otros, a los que si no las rinden espontáneamente también deberán serles reclamadas.

Me parece que toda la diferencia se reduce a que como la rendición, al cesar aquéllos en su cometido, no puede pedirse que se haga *ipso facto*, sino que se deberá otorgar un plazo prudencial (2), para otorgarlo más corto se podrá tener en cuenta el tiempo pasado desde dicho cese (porque desde entonces debe el albacea, aunque no le haya sido reclamada, estar preparando la rendición de cuentas; luego el tiempo que pasó puede haberle servido, según las circunstancias, para necesitar en adelante un plazo más breve), mientras que en el caso de los albaceas particulares habrá que dar un plazo para la rendición, a contar desde que se reclama, sin tener en cuenta que en el tiempo transcurrido desde el cese hayan podido ir ya preparando las cuentas, puesto que no teniendo obligación de cumplir a partir del cese, sino de la reclamación, pudieron no ocuparse, mientras que no se les reclamó, de la preparación de tales cuentas.

## II

### SI ES DIFERENTE OBLIGACION LA DE DAR CUENTA DEL ENCARGO DE LA DE RENDIR CUENTAS

El artículo 238, 2.º, de la Compilación, dice: «Al cesar en su cometido los albaceas universales rendirán cuentas justificadas ante el Juez competente, y tratándose de causas pías, al Ordinario

---

(2) Véase *infra*, V.

de la Diócesis, aunque el testador les hubiese dispensado de hacerlo. También las rendirán los albaceas particulares si fueren requeridos para ello.» Y el 907 del Código civil: «Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo a los herederos. Si hubieren sido nombrados no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez.»

Como se ve, en la Compilación no hay duda de que se trata de una obligación de *rendir cuentas*. Pero en el Código, si bien queda claro que también al Juez, en el caso del artículo 907, 2.º, se le *rinden cuentas*, ya no es tan seguro si cuando se trata de hacerlo ante los *herederos* (en el caso del párrafo 1.º), están obligados o no los albaceas a *rendir cuentas* en sentido estricto, puesto que la expresión que utiliza la Ley en tal caso no es la de que los albaceas «*rindan cuentas*», sino la de que «deberán *dar cuenta* de su encargo».

A la vista de ello hay que preguntarse si se trata de una expresión que, aunque menos rigurosa, significa, sin embargo, lo mismo, es decir rendir cuentas, o si, por el contrario, el *dar cuenta* debe tomarse como equivalente a un simple *informar* o dar *conocimiento* de lo que se hizo.

La sentencia de 7 de enero de 1942 (3) ha sostenido que «el mencionado artículo 907 no dice precisamente que los albaceas deberán rendir cuentas, sino que deberán dar cuenta de su encargo a los herederos, y la jurisprudencia tiene declarado (sentencia de este Tribunal de 4 de enero de 1911) que dicha obligación queda cumplida con la práctica de las operaciones particionales que constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta de su encargo». Y por su parte, OSSORIO MORALES (4) puntualiza que: «Conviene no perder de vista que en el caso normal de herederos determinados el albacea no tiene que rendir cuentas, sino simplemente dar cuenta de su encargo a los herederos, lo cual es ciertamente distinto, como ha destacado la jurisprudencia en sentencias de 4 de enero de 1911 y 7 de enero de 1942. Y es lógico que así sea, pues, según hemos visto, el alba-

(3) *Aranzadi*, núm. 4.

(4) *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 454.

cea-tipo no administra los bienes hereditarios ni tiene sobre ellos poder de disposición (sin intervención de los herederos), y, por tanto, no tendría sentido exigirle una verdadera rendición de cuentas como la que debe realizar todo el que administra o gestiona por sí intereses ajenos: 'lo único que tiene que hacer inexcusablemente es dar cuenta del encargo, o sea dar a conocer a los herederos la forma en que ha cumplido la misión que el testador le encomendó, a menos que el testador le haya confiado como facultad especial la administración de la herencia, en cuyo supuesto el dar cuenta del encargo implicará realizar una verdadera rendición de cuentas.» Por último, recientemente la sentencia de 11 de abril de 1967 (5), si bien no afronta la cuestión, no obstante, para referirse al caso del artículo 907, 1.º, no habla de *rendición* de cuentas, como en general venía haciendo el Tribunal Supremo, sino que se limita a usar los términos legales *dar cuenta* del encargo, y agrega que la pretendida (por el recurrente) aplicación al caso «del artículo 1.720, relativo a los mandatarios [y que trata de su rendición de cuentas], ha de ceder ante el precepto específico aplicable a los albaceas».

Ante lo dicho por las sentencias y por el citado autor podría parecer que en el caso en estudio no hubiese realmente obligación de *rendir* cuentas, sino otra distinta, denominada de *dar* cuenta.

Ahora bien, que si la hay se puede apoyar:

1.º En que lo entiende así la opinión común en doctrina y jurisprudencia, opinión que no se plantea la cuestión y la resuelve expresamente, pero sí acoge, sin duda, la obligación discutida, en cuanto que en el caso del artículo 907, 1.º, no considera distinta la obligación de *dar cuenta*, de la de *rendirla* del párrafo 2.º, sino que pura y simplemente entiende (aunque no lo explique específicamente) que aquella expresión significa *rendir cuentas* (6).

---

(5) *Aranzadi*, núm. 2.207.

(6) Así PUIG PEÑA, *Compendio*, IV, 2.º. Barcelona, 1966, pág. 1677, MANRESA-OGAYAR, *Comentarios al Código civil*, VI, 7.ª ed., págs. 881 y sigs.; BONET, *Compendio*, pág. 471; VALVERDE, *Tratado*, 4.ª ed., V, pág. 362; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V, 1.º, pág. 497, ESPÍN, *Manual*, 2.ª ed., V, pág. 305; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, 2.ª ed., V, 2.º, págs. 1446 y sigs., etc. En cuanto a la jurisprudencia, véanse, salvo las que acabo de recoger en el texto, cualesquiera otras sentencias relativas al artículo 907 del Código civil.

2.º En que el artículo 737 del Proyecto de 1851 prueba que el legislador no tuvo propósito alguno de crear una obligación *de dar cuenta* a los herederos, y otra, diferente, de *rendirla* al Juez, sino que se trata de dos frases que, más o menos afortunadamente, significan lo mismo. En efecto, dicho artículo del Proyecto decía: «Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo a los herederos. Si fueren universales para la inversión o distribución de todos los bienes en los casos permitidos por derecho, las darán al Juez». Y GARCÍA GOYENA comentaba (7): «En el primer caso los herederos son los únicos o principales interesados; en el segundo, lo es el público. La Ley 5, título 10, partida 6, aun en el caso en que declara al obispo ejecutor legítimo de las mandas para redención de cautivos, le sujeta a dar cuentas por sí o por otro al Juez ordinario. El artículo 1.031 francés dice generalmente que deberán dar cuenta de su gestión. Todo mandatario o administrador tiene obligación de dar cuentas, y nunca puede dispensarse la de las futuras, porque sería invitar o dar ocasión a pecar; y por lo mismo será nula también la dispensa de hacer inventario. En el artículo 1.065 holandés se hace expresión de las dos cosas: «Toda disposición por la que el testador haya ordenado que el ejecutor testamentario quede dispensado de hacer inventario, o dar cuentas, es nula de pleno derecho». Donde se ve claro que ni hay diferencia entre *dar y rendir*, ni la hay entre las cuentas que se deben a herederos y a Juez, ni la hay entre las que debe el mandatario y el albacea. (Compárese dicho artículo 737 del Proyecto con el 1.611 del mismo, relativo al mandatario. Con lo que, además, se demuestra no servir de argumento contra la tesis que propugno, la sentencia ya citada de 11 de abril de 1967.)

3.º En que sería incomprensible que no hubiese obligación de rendir cuentas en el caso del párrafo 1.º del artículo 907, y sí en el del segundo (puesto que en ambos no varía la *rendición*, sino sólo quien la recibe). Lo que sólo se explica considerando sinónimas ambas expresiones.

4.º En que la propia sentencia de 11 de enero de 1911, que se cita a favor de la tesis que impugno, lejos de mantener lo que se

---

(7) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, página 161.

le atribuye, dice que «el párrafo 1.º del artículo 907 del Código civil impone especialmente a los albaceas la inexcusable obligación de *rendir cuentas* [expresión que utiliza reiteradamente en otros varios pasajes el fallo] de su encargo a los herederos cuando los hay determinados». Y expresión de rendir cuentas que, por otro lado, es la que para referirse al artículo 907, lo mismo a su párrafo primero que segundo, usa habitualmente la jurisprudencia que se ocupa de aquél.

5.º En que la sentencia de 7 de enero de 1942, que es la única que realmente ha distinguido entre *dar* y *rendir* cuentas, al referirse a tal distinción lo hace no para fundamentar el fallo, sino, a mayor abundamiento, para rechazar una segunda rendición de cuentas, en un caso, en el que la propia sentencia estima que ya estaban *rendidas*, y después de decir que ya lo estaban, agrega (para oponerse a la *segunda* rendición) que, además, «el artículo 907, 1.º, no dice precisamente que los albaceas deberán *rendir cuentas*, sino que deberán *dar cuenta* de su encargo». Y cuando a continuación la sentencia cita a la de 4 de enero de 1911 lo hace, no porque ésta afirme lo de que no es igual *dar* que *rendir*, sino porque estima que lo que en el caso hicieron los albaceas sirve como suficiente rendición de cuentas, que es lo que en el fondo estima la propia sentencia de 1942, que ocurría en el caso que ella decidía.

6.º En que llevando a sus últimas consecuencias—ya que si no no tendría utilidad—la distinción entre *dar cuenta* y *rendir cuentas*, aquella sin duda que consistiría simplemente en poner en conocimiento de los herederos lo hecho, sin más tener que someterlo a examen y censura para ver si se había ajustado o no a lo debido (pues de tener que sufrir este examen, censura y aprobación, no se distingue realmente cuál sería la diferencia con el *rendir cuentas*). Lo cual es inadmisibles, especialmente si mediando administración de bienes es preciso comprobar la corrección de la misma.

Hasta aquí los argumentos. Ahora bien, lo que ocurre es que entre las actividades del albacea las hay de un tipo en el que no *manejando* el caudal relicto, o no habiendo realizado, por razón de ellas, desembolsos o cobros, su rendición de cuentas no puede consistir en presentar verdaderas *cuentas*, sino en *exponer* lo hecho

en ejecución del testamento. Pero ello no porque no tenga obligación de rendir cuentas a los herederos (art. 907, 1.º), sino porque (tenga que rendirlas a éstos o al Juez [apartado 2.º]) la naturaleza de su misión excluye en tal caso una *presentación de cuentas*. Así que, en definitiva (y en el fondo es ésta también la postura de OSSORIO y de la sentencia de 1942), lo que hay no es una obligación de *dar cuenta* a los herederos en el apartado 1.º, y otra distinta, de *rendir cuentas* al Juez, en el apartado 2.º, sino que hay siempre la de rendirlas a uno o a otros. Y este *rendirlas*, cuando la misión que el albacea cumplió encerrase manejo de caudales, administración de bienes, disposición de fondos, etc., es un *presentar cuentas* (y, por supuesto, justificarlas). Pero cuando tal misión hubiese sido ajena a aquellas actividades, entonces—por la propia naturaleza de las cosas—la rendición de cuentas se queda sin *cuentas de números* y se convierte en una simple exposición o narración de cómo se dio cumplimiento al encargo recibido.

Sólo se puede—pues—hablar de una diferencia entre las obligaciones de *dar cuenta* y de *rendir cuentas*, si a lo que se mira es al contenido (que haya *cuentas* o no) (8). Así que entonces la diferencia no dependería de que una sea para ante los herederos y otra para ante el Juez (pues también habría que *rendir cuentas* a aquéllos, si hubiese habido manejo de fondos, etc.), ni de que una fuese sólo *exponer*, y la otra exponer y ser *censuradas y aprobadas*. Y admitida la diferencia en aquel sentido, no hay inconveniente en decir que existe en nuestro Código, y existiría aunque en vez de decir *dar cuenta*, el artículo 907, 1.º, hablase de *rendir cuentas*.

En resumen, no hay obligación—y ya se entiende lo que quiero decir—de rendir cuentas cuando no hay cuentas que rendir. Entonces el albacea—valga la expresión—simplemente ha de *contar* lo que hizo. Pero eso lo mismo cuando corresponda recibir la explicación a los herederos, que cuando le corresponda al Juez.

Esa es la explicación—y no la de que el Tribunal Supremo crea que no hay obligación de *rendir cuentas* a los herederos, sino de *darles cuenta*—de que en casos en que no hay *presentación de cuentas* (véase *infra*, IV), estime el Tribunal Supremo que ha habido cumplimiento de la obligación.

---

(8) En ese sentido, véase GATTI, págs. 349 y 350.

## III

## DISPENSA DE LA RENDICION

De la obligación de rendir cuentas no puede eximir el causante, aunque toda su herencia sea voluntaria. Cabría que entonces hubiese instituido único heredero universal al albacea que nombró. Pero el que le hubiese podido dejar la propiedad de la herencia no justifica—al menos según la mente de la Ley—que pueda eximirle de rendir cuentas cuando sólo le encargó del albaceazgo, pues permitir tal exención sin duda que podría fomentar abusos por parte del albacea, que es lo que la Ley pretende evitar prohibiéndole dicha exención.

Al respecto señala SÁNCHEZ ROMÁN (9) que «alguna vez los testadores, para poner más de manifiesto la extraordinaria e ilimitada confianza que les merecían los albaceas, relevaban a éstos de la obligación de rendir cuentas de su cargo, y llegaban al extremo de aplicar sanciones, incluso la de privación de herencia o legado, a aquellos interesados partícipes en la sucesión que se las pidieran, prohibiendo a los Jueces o Tribunales que se las reclamaran. Esta cláusula, que se generalizó mucho en la práctica y casi llegó a hacerse de estilo, sobre ser sumamente peligrosa y contra la normalidad del Derecho, vino a convertirse socialmente en una especie de compromiso para los testadores, cuando las personas designadas por su amistad para dicho cargo conocían la designación al tiempo de hacerse el testamento, como muestra obligada de confianza que las Leyes permitían y muchos practicaban, en compensación del servicio amistoso que representaba el desempeño del cargo de albacea y de las molestias que le son inherentes».

El Código civil, después de establecer el deber de rendir cuentas, en su artículo 907 ordena en el último párrafo que «toda disposición del testador contraria a este artículo será nula» (10). Y la

---

(9) Ob. cit., págs. 1447 y 1448

(10) Creo que también sería nula la disposición condicional por la que se instituyese en algo bajo la condición de que no se exigiese la rendición de cuentas al albacea. Pues va contra el espíritu del artículo 907.

Véase CAILLEMER, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, Lyon. 1901, pág. 616, con datos históricos sobre sí, no dispensando de la rendi-

Compilación también dice que las rendirán, «aunque el testador les hubiese dispensado de hacerlo». Pero esta frase en la Compilación (art. 238, 2.º) se dicta directamente para los albaceas universales. Mientras que para los particulares sólo se habla después, al final de dicho artículo, de que rendirán cuentas *si fueren requeridos*. Pero no se establece concretamente para ellos la ineficacia de la dispensa de rendición. De modo que cabe preguntarse si en la Compilación puede el causante dispensar válidamente de rendir cuentas a los albaceas particulares.

A favor de esta solución (11) se halla el que la invalidez de la dispensa la establece la Compilación hablando de los universales, y que el Proyecto también la establecía en un artículo (el 464) dedicado a éstos, mientras que en el siguiente (el 465), dedicado a los particulares, ni siquiera se les imponía la obligación de rendirlas a requerimiento.

En contra se puede alegar: 1.º Que agregada por la Compilación la obligación de rendirlas los particulares a requerimiento, hay igual razón para la invalidez de la exención. 2.º Que aunque el artículo 238, *in fine*, no disponga tal invalidez en el inciso que dedica a los albaceas particulares, no es porque presuponga la validez, sino porque con tal inciso sólo pretende que lo que dice para los universales (incluida la invalidez de la exención) valga para los particulares, sólo que añadiendo para éstos la necesidad del requerimiento. 3.º Que cuando se encarga a los particulares alguna función que

---

ción, se pueda disponer hacer menos escrupulosa la *inquisitio*, o dispensar de la *negligentia*.

ROCA SASTRE (en Kipp. trad. esp del *Tratado* de Enneccerus, V, 2.º, págs 265 y 266) entiende que sólo con cierta cautela y al amparo del artículo 1.102, inciso 2.º, puede sostenerse en Derecho español el legado de liberación que haga el testador al albacea de la eventual futura responsabilidad (no dolosa) que pueda alcanzarle como consecuencia del cumplimiento de su encargo.

Lo que realmente no es dispensa de la obligación de rendir cuentas, pero tiene con ella la conexión de que, por lo menos, se pueden suprimir las malas consecuencias que para el albacea se seguirían cuando la rendición demuestre que debe responder por gestión negligente.

De cualquier forma: por un lado la liberación de responsabilidad por gestión negligente (no dolosa), no choca con el artículo 907, que lo que quiere impedir es la supresión de la rendición de cuentas, y por otro la liberación adelantada de aquella responsabilidad, no siendo dolosa, es compatible con nuestro Derecho (argumento art. 1.102).

(11) PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, Barcelona, 1967, no la acoge expresamente, pero parece hacerlo tácitamente (pág. 274) al referir sólo a los albaceas universales la invalidez de la exención.

implique gestión de bienes, se daría el riesgo que se quiere evitar cuando se prohíbe la exención en el caso de los universales. 4.º Que puesto que, como he dicho, la *ratio* es la misma (y, además, es perfectamente viable la interpretación a favor de la no eximibilidad de los particulares), si se quería permitir la exención de rendición de cuentas a éstos, se debería haber establecido expresamente. 5.º Que no vale aducir la regla de que la voluntad del causante es soberana, salvo que se le pongan límites (la no eximibilidad), límites que en el caso presente no establece la Ley expresamente. Porque precisamente la cuestión es si existiendo igual razón que la que limita esa soberanía (y concesión de exención) en el caso de los universales, también existe igual límite (aun tácito), en el de los particulares.

Por mi parte, aunque la solución se estime que no es segura, considero de más peso las razones contra la validez de la exención.

Cuando el causante dispense de la rendición de cuentas, tal disposición será nula, sin afectar al resto de lo que ordene.

La dispensa de rendición, si bien no por el causante, ¿puede otorgarse por los herederos o, en general, por todos los interesados en tal rendición?

Para el Derecho catalán, PUIG FERRIOL (12) entiende que no, porque—dice—«los herederos no tienen intervención alguna en este trámite, ya que las cuentas se presentarán al Juez o al Ordinario, solución probablemente más acorde con los fines que se persiguen al establecer la citada obligación, pues no siempre los herederos y legatarios son los únicos interesados en el recto cumplimiento de las últimas voluntades».

Solución que me parece acertada cuando haya interesados en la sucesión que no sean sólo los herederos, o sólo éstos y los legatarios. Pero que no encuentro justificada cuando siéndolo, por ejemplo, sólo aquéllos, renuncian a la rendición todos los que pueden tener interés en la misma. Entonces pienso que quizá lo preferible es admitir: bien que se presente (de antemano o durante la tramitación de la rendición) la renuncia ante el Juez u Ordinario por los interesados, bien al ser pedida la rendición, pueda el albacea, para eximirse de hacerlo, aportar la renuncia que aquéllos hubiesen otorgado.

---

(12) Ob. cit., pág. 275.

Para el Derecho común la doctrina que se plantea el caso (13) opta por admitir la dispensa de rendición hecha por los herederos, ya que éstos pueden renunciar al derecho que a la misma les concede el artículo 907, 1.º, del Código civil, cuando no sea en contra del interés o el orden público o en perjuicio de tercero (C. c., artículo 4.º). Por lo cual entiendo que cuando la rendición hubiera debido hacerse a los herederos y sólo ellos estuvieran interesados en la misma, no debe haber duda sobre la admisibilidad de la dispensa (14).

Como son todos los herederos los que tienen derecho a la rendición, la dispensa habrá de ser por unanimidad (15).

#### IV

#### JUSTIFICACION DE LAS CUENTAS

Las cuentas deben ser justificadas. A este respecto la Compilación dice (art. 238) que los albaceas universales «rendirán cuentas justificadas». Lo que es aplicable a los particulares cuando las rindan porque fueren requeridos para ello. En cuanto al Código civil, no dice tal cosa al referirse al albaceazgo, pero debe entenderse que, puesto que sin justificantes la rendición podría ser una pura fórmula, el espíritu de exigir las implica exigir las justificadas (16). Valiendo por analogía lo que dispone el artículo 283 para las de la tutela: «Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la justificación de los gastos menudos de que un diligente padre de familia no acostumbra a recoger recibos». Aunque con la advertencia de que la justificación no ha de consistir, naturalmente, pongo por caso, sólo en presentar recibos, sino que por cualquier otro medio se pueden probar las operaciones realizadas. Así como que consistiendo la rendición tam-

---

(13) SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1448. SCAEVOLA-ORTEGA LORCA, *Código civil*, XV, 4.ª ed., pág. 630. Y tácitamente acoge esta opinión también PUIG FERRIOL, loc. cit.

(14) Con la reserva de lo que se dice, *infra*, VIII, sobre interés de los legatarios.

(15) Puestos de común acuerdo, dice SCAEVOLA-ORTEGA LORCA, pág. cit.

(16) SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1447 dice que la rendición ha de ser acompañada «de los debidos y posibles justificantes».

bién en relacionar otros hechos en que pudo plasmarse la ejecución del testamento, los mismos cabe que se constaten de muy diversas otras formas.

Por la misma razón que el causante no puede dispensar de la obligación de rendir cuentas, tampoco puede hacerlo de justificarlas, ya que dispensar de esto equivaldría a autorizar una rendición puramente ficticia (17).

## V

### TIEMPO DE LA RENDICION

Es al acabar el albaceazgo—o *cesar en su cometido*, como dice el artículo 238 de la Compilación—cuando los albaceas deben rendir las cuentas. Y si cesan unos albaceas y entran otros, cuando cada uno acabe su albaceazgo debe rendirlas de su gestión. Así lo entiende igualmente PUIG FERRIOL (18), tanto porque la Compilación habla de rendirlas «al cesar su cometido», como porque en el caso del Código puede aplicarse por analogía el artículo 280, referente a las cuentas de la tutela, que dispone la rendición por el tutor que sea reemplazado por otro. Pero con la diferencia—debe de advertirse—que el tutor saliente las rendirá al entrante, porque lo establece ese artículo, mientras que el albacea, a falta de precepto específico para él, debe entenderse que incluso en ese caso ha de rendirlas a los herederos, al Juez o al Ordinario, según corresponda, ya que éstos son los únicos que la Ley ha establecido como encargados de recibirlas.

Los albaceas sólo han de rendir una cuenta *final*, cuando cesen, y no cuentas *periódicas* durante el desempeño del cargo. Tal afirmación tiene apoyo textual en la Compilación al hablar de que han de rendirla «al cesar en su cometido» (art. 238, 2.º). Pero es igualmente segura para el Código, aunque éste sólo hable, sin especificar tiempo, de que «deberán dar cuenta de su encargo» (artículo 907); y así lo entiende la jurisprudencia y la doctrina (19).

(17) En el mismo sentido, PUIG FERRIOL, pág. 275.

(18) Pág. 274.

(19) La sentencia de 9 de febrero de 1906 (*Jurisprudencia civil* tomo 103, número 58, págs 365 y sigs) dice que el «derecho a pedir cuentas y la recíproca

No obstante, tanto en la Compilación como en el Código, deberán rendirse periódicamente, si el causante así lo estableció.

Evidentemente que si bien las cuentas han de rendirse al acabar el albaceazgo, esto no significa que haya que hacerlo en el mismo momento de concluir aquél. Aunque la verdad es que frecuentemente consistiendo la rendición sólo en dar cuenta de cómo se ejecutó el testamento, tal dación tiene lugar simultáneamente con el otorgamiento de los documentos cuya formalización pone fin al encargo, porque precisamente esos documentos (así la escritura particional) suelen ser ya, en sí mismos, una relación del proceso de ejecución testamentaria, como ya se ha visto, y señalado también, que el Tribunal Supremo lo declaró así.

Pero, dejando fuera ese caso, la rendición de cuentas que requiera cierto tiempo para ultimarlas, repito que no puede imponerse que tenga lugar *inmediatamente* de concluido el albaceazgo. Esto se deduce para la Compilación respecto de los albaceas particulares, ya que para rendirlas han de ser *requeridos*. Pero es también evidente que los *universales* en Cataluña y todos en el Derecho común deben disponer, cuando sea preciso, de un tiempo razonable, habida cuenta de las circunstancias, para hacerlas y redactarlas (si se les reclaman inmediatamente de acabado el albaceazgo) o para poder haberlas hechos y redactado (si se les reclaman después de cierto período), aunque la verdad es que de hecho (y puesto que la no reclamación permite confiar al albacea que no urge la rendición) el tiempo suficiente para preparar las cuentas será habitual que se dé a partir de la reclamación, y no contando también con el que tuvo para tal preparación el albacea desde que cesó en su misión. Tiempo suficiente que lo impone, no sólo el sentido común, sino que tiene apoyo legal en el artículo 1.128 del Código civil. Cuando los herederos y albaceas discrepen en la duración del plazo necesario, habrá, pues, que acudir al Juez para que lo fije, y cuando la rendición se haya de hacer a éste, él mismo será el

---

obligación de rendirlas los albaceas no puede nacer hasta que cumplida la voluntad del testador.», y la de 4 de enero de 1911 (*Jurisprudencia civil*, tomo 120, núm. 5, págs. 48 y sigs.) dice que «... siendo evidente que aquélla [la obligación de rendir cuentas] ha de llenarse después de cumplido el albaceazgo». En cuanto a la doctrina: SCAEVOLA-ORTEGA LORCA, pág. 636; PUIG PEÑA, pág. 168; VALVERDE, pág. 362; SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1447; MANRESA-OGAYAR, pág. 882; NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, III, Madrid, 1890. pág. 378.

que lo señale. Pudiendo también el causante haber marcado un plazo para la rendición (20). Y en cualquier supuesto, habiendo razones que lo fundamenten, parece innegable que pueda prorrogarse en caso de resultar después insuficiente.

Las cuentas deben rendirse al acabar el albaceazgo, se ha dicho ya, y conviene precisar que, por tanto, aunque aún no hubiese concluido el plazo de que el albacea disponía para dar cumplimiento a su encargo, no tiene derecho a agotarlo entero antes de rendirlas, ya que en tal caso lo que ocurre es que el albaceazgo acabó antes del tiempo que *pudo* haber durado.

Después de lo antes expuesto, es obvio señalar que los albaceas no incurrir en mora respecto a la obligación de rendir cuentas, desde que por haber acabado su encargo deben de rendirlas, sino que, por aplicación del artículo 1.100, párrafo 1.º, es preciso que les sean reclamadas (21). Entonces la mora comenzará, en principio, cuando haya transcurrido el plazo que se les dio para presentarlas.

## VI

### LA RENDICION DE CUENTAS ES ACTO POSTERIOR AL FIN DEL ALBACEAZGO

Debe ponerse de relieve que la rendición de cuentas, a tenor de lo dicho, no es el último acto de la misión del albacea, sino una operación que se realiza después de acabada aquélla, y, por tanto, el albaceazgo. Con razón dice la ya vista sentencia de 4 de enero de 1911 que tal obligación de rendirlas «*ha de llenarse después de cumplido el albaceazgo*».

Ahora bien, alguna otra sentencia, como la de 9 de junio de 1962 (22), más bien estima la rendición como la fase conclusiva de aquél. Dice, en efecto, tal sentencia, que «*interin se resuelvan todos los problemas surgidos entre los herederos, se haga la adju-*

---

(20) Cfr. sentencia de 4 de enero de 1911 (*Jurisprudencia civil*, tomo 120, número 5, págs. 48 y sigs.).

(21) Véase sentencia de 4 de enero de 1911 (*Jurisprudencia civil*, tomo 120, número 5, págs. 48 y sigs.).

(22) *Jurisprudencia civil*, tomo 110, núm. 536, pág. 276 y ss.; Aranzadi, número 2.768.

dicación y entre cada uno de ellos en la posesión de su cuota respectiva *y los albaceas rindan cuenta de su gestión, no termina*—fuera de las otras causas marcadas por la Ley, y que no han sido objeto de alegación y discusión en el juicio—*el albaceazgo*, y los designados pueden y deben ser interpelados en cuantos problemas surjan respecto del testamento y de la testamentaria». Posición que acoge PUIG FERRIOL (23), según el que es equivocado «suponer que la rendición de cuentas es un acto posterior al ejercicio del albaceazgo, cuando parece más fundado sostener que la rendición de cuentas es el último acto de los que integran el ejercicio del albaceazgo, y por este motivo en tanto aquéllas no hayan sido aprobadas por la autoridad a quien corresponda, subsiste el albaceazgo».

Considero que la acertada es la tesis contraria, ya que en otro caso sería inexacta la doctrina de que el albaceazgo acaba cuando se produce la causa extintiva (así, muerte del albacea, transcurso del plazo, remoción, etc.), puesto que aún no se realizó la rendición de cuentas. Lo cual no parece defendible. Y como por otro lado es innegable que después de producida dicha causa extintiva, el albacea no puede actuar como tal (sus facultades han concluido automáticamente, ya no puede defender en juicio la validez del testamento, aunque la impugnación de éste se produzca antes de la rendición de cuentas, etc.), no resulta muy convincente decir que se trata de un albaceazgo que aún subsiste, aunque el albacea no puede hacer nada de lo que es su misión, y que subsiste sólo por algo—como es la rendición de cuentas—que no es ejecución del testamento, o sea no forma parte de la misión del albacea, sino que es un simple procedimiento para constatar si aquélla se cumplió o no debidamente (24).

Por lo dicho es claro que cuando en materia de rendición de cuentas haya que determinar la competencia judicial, no puede decidirse este extremo a base de razonamiento construido sobre que aun *subsiste* el albaceazgo (25).

---

(23) Ob. cit., pág. 276.

(24) Véase, además, lo que se dice *infra*, XI, y notas 67 y 68.

(25) Como hace PUIG FERRIOL, ob. cit., pág. 276. Pero sobre este punto véase *infra*, VIII, que trata, al final, de qué Juez es competente.

## VII

## QUIEN DEBE RENDIRLAS Y DE QUE

Según lo que llevo expuesto las deben rendir los albaceas universales o particulares. Y si alguno cesa antes de la completa ejecución del testamento, las rinde él de su albaceazgo, aunque otro ocupe el cargo en su lugar.

Cuando los albaceas son varios, cada uno debe rendirlas de su encargo, si tenía adscritas diferentes funciones cada uno (26). Si, sin distinción de funciones, hay varios albaceas mancomunados, la rendición corresponde a todos conjuntamente (27). Y lo mismo aunque sean solidarios, según entiende la jurisprudencia y la doctrina (28), y puede apoyarse en los artículos 1.137 y 1.723, aunque, en mi opinión, la rendición en caso de solidaridad si será posible exigirla a uno solo si—como puede—actuó él solo, y cuando—también en uso de la facultad de obrar cada uno por si solo que les confiere la solidaridad—cada uno haya realizado determinadas funciones con exclusión de los demás, sólo a él podrán pedirle cuentas de ellas.

La rendición de cuentas deben de realizarla, en principio, los herederos del albacea que murió, ya que se trata de obligación heredable, o su representante legal si cesó en el albaceazgo por in-

---

(26) GATTI, pág. 350; PUIG PEÑA, pág. 1677; PUIG FERRIOL, pág. 274.

(27) PUIG PEÑA, pág. 1677, PUIG FERRIOL, pág. 274.

(28) La sentencia de 4 de junio de 1932 (*Jurisprudencia civil*, tomo 204, número 55, págs 367 y sigs.; *Aranzadi*, núm. 1.091) declaró en un caso en que se discutía si se podía exigir la rendición de cuentas de uno solo de los albaceas solidarios, que «como este precepto [art. 907] imperativo de la Ley no establece la solidaridad de los albaceas a los efectos que determina, es visto que ni por disposición del testador ha podido trascender la solidaridad activa de los albaceas de don Agustín Agero y González al cumplimiento de la indicada obligación legal, ni debe darse en ellos por ordenamiento del artículo 907 del Código civil antes citado; así es que al estimar lo contrario la sentencia recurrida para condenar a don Prudencio Díaz Agero y Ojeto, que como ex albacea solidario de la testamentaria del Conde de Malladas fue demandado, a que rinda y presente en el plazo de un mes a la parte actora las cuentas del albaceazgo desde el fallecimiento del causante hasta la protocolización de la partición del haber hereditario, infringió por interpretación errónea los párrafos primero y tercero del artículo 907 del Código civil y por falta de aplicación el 910: así como por aplicación indebida los 894, 895 y 897 que a las formas de

capacidad (29). En particular la heredabilidad de la obligación en cuestión está perfectamente acorde con el artículo 659, C. c., y es acogida expresamente por la jurisprudencia y doctrina (30) y se apoya en analogía artículo 281 C. c. No obstante, Círcu (31), señala que, teniendo presente que una cosa es la obligación de entregar las cartas y documentos que se encuentren en la herencia, y otra es la obligación de hacer las cuentas, le parece que ésta no puede ser cumplida más que por aquel que ha llevado la gestión, y que debe excluirse por tanto la transmisibilidad, pudiéndose sólo admitir que el heredero responda por la culpa en que ha incurrido su causante por no haber realizado cuanto era obligación suya para que las cuentas pudiesen haber sido hechas. A lo que ya advertí yo (32) que aunque se entendiese preferible la tesis de no tener que formar las cuentas el heredero, ya que, en efecto, a lo mejor ignora cómo llevó a cabo la gestión y con qué gastos, cobros, desembolsos, etc., su causante, habría, no obstante, que advertir que todo lo que la rendición justificase (de gastos hechos, de cosas que no procede devolver de las recibidas, porque invertidas en tales o cuales fines, etc.), en tanto en cuanto tal rendición no se haga, no podría, en principio, en el primer caso ser exigido por el heredero del obligado a hacerla, y si podrá serle exigido a él en el segundo (aunque sólo fuese en concepto de sucesor en las responsabilidades de su causante, responsabilidad presumible a falta de justificación del destino dado a la cosa). Luego en el fondo, aun admitiendo que no hubiese de rendir cuentas el heredero, de no hacerlo se le pueden prácticamente seguir parecidos quebrantos a los que le provocaría la imposición de una indemnización de daños por no rendirlas debiendo.

---

nombramiento de los albaceas se refieren, y los 1.137, 1.141 y 1.144 alegados en la demanda que a la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones atañen». También opina así la doctrina: ROCA SASTRE, en KIPP, pág. 265; PUIG FERRIOL, pág. 274; LACRUZ, en BINDER, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1953, página 205.

(29) PUIG FERRIOL, pág. 273; GATTI, pág. 348.

(30) Sentencia de 25 de febrero de 1911 (*Jurisprudencia civil*, tomo 120, número 84, págs. 504 y sigs.) PUIG PEÑA, pág. 1677; PUIG FERRIOL, pág. 273; VALVERDE, pág. 362; GATTI, pág. 348; SCAEVOLA-ORTEGA LORCA, pág. 636; DE BUEN, en COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental*, trad. esp., 2.ª ed., VIII, Madrid, 1951, pág. 460; MANRESA-OGAYAR, pág. 884; SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1447; GANGI, *La successione testamentaria*, 2.ª ed., II, Milano, 1952, pág. 563.

(31) *Derecho de sucesiones, Parte general*, trad. esp., pág. 147.

(32) En mis anotaciones a dicha obra de Círcu, pág. 170.

## VIII

## ANTE QUIEN DEBEN RENDIRSE

Según el artículo 238, 2.º Compilación, se rendirán ante el Juez, y tratándose de causas pías, ante el Ordinario.

Aunque el precepto que lo dispone, al hacerlo se refiere en concreto a los albaceas universales, estimo que es también aplicable a los particulares cuando a éstos se les exija la rendición, ya que como he afirmado anteriormente (33), el inciso referente a tales albaceas particulares sólo persigue que se aplique a ellos lo dicho para los universales, con la única variante de que sea preciso el previo requerimiento. Por su parte, PUIG FERRIOL opina lo mismo, rechazando que la rendición lo sea ante los requirentes (34).

Si se trata sólo en parte de causas pías, la rendición ante el Ordinario será sólo de la parte correspondiente a éstas, pues el artículo 238, 2.º, hay que entenderlo en el sentido de «tratándose de causas pías. y *en cuanto se trate* de ellas...»

El Ordinario será el de la Diócesis donde hubiese tenido su último domicilio el causante (analogía art. 99, último, Compilación).

Según el artículo 907 C. c., normalmente corresponde rendirlas a los herederos (ap. 1.º): y «si hubiesen sido nombrados [los albaceas], no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez».

A tenor de la regla se rinden a los herederos. Pero siendo éstos desconocidos o todavía indeterminados, creo que deben rendirse al Juez, ya que, por un lado, tal caso parece caer en el espíritu del apartado 2.º, y, por otro, aunque no fuese así, sería de todas formas aplicable por analogía, ya que el principio que preside nuestra Ley

---

(33) III, *Dispensa de la rendición*

(34) Págs. 275 y 276. Le parece preferible la solución también defendida en el texto «porque la Compilación no señala de una manera expresa que los albaceas hayan de rendir cuentas a los herederos, y a falta de disposición concreta al respecto, es preferible entender que la misión de los herederos en este caso no será otra que la de requerir a los albaceas particulares para que rindan cuentas justificadas de su gestión ante quien corresponda, según tenga o no carácter piadoso la misión que les haya sido encomendada».

es el de rendir cuentas, y no siendo posible hacerlo a los herederos (desconocidos o indeterminados), siempre se cumple mejor tal principio recibíéndolas el Juez en interés de aquéllos que dejándose de rendirlas.

Los herederos lo son todos, testamentarios o *ab intestato*, ya que la Ley no distingue (35).

La Ley sólo habla de herederos. ¿Y los legatarios de parte alicuota? En la doctrina, los que se plantean la cuestión: unos encuentran la omisión extraña (36) o injustificada (37), lo que, aparte de darla por censurable, supone aceptar que los legatarios de parte alicuota no forman en este caso junto a los herederos, a efectos de ser a todos ellos a quienes deben rendirse cuentas; y otros (38) estiman que en el caso presente, como en tantos otros, digo yo, el legatario de parte alicuota se equipara al heredero. Tesis que considero preferible, pues examinando los casos en que la jurisprudencia o la doctrina hacen tal equiparación, se ve claramente que la razón de la misma concurre en el presente. Tal razón es (39)

---

(35) Sentencia de 5 de enero de 1911 (*Jurisprudencia civil*, tomo 120, número 6, págs. 56 y sigs.), ROCA SASTRE, en KIPP, pág. 265; VALVERDE, pág. 363; PUIG PEÑA, pág. 1677; MANRESA-OGAYAR, pág. 881; BONET, *Compendio*, página 471; CASTÁN, en «R. D. P.», 1924, pág. 119.

Lo niega LOUZAO (en «R. D. P.», 1915, págs. 241 y 242), para el que es evidente que «el artículo 907 del Código, no solamente en el espíritu de la Ley, pero sí también en la letra de la misma Ley, se refiere y no podía referirse más que a los herederos testamentarios».

Lo que se debe afirmar es que, en principio, la Ley no excluye que se rindan cuentas al heredero intestado. Mas si la parte de herencia que éste recibe no puede resultar afectada por la misión del albacea, porque, por voluntad del causante, ésta esté reducida a otro sector (así sólo a la parte dispuesta por testamento), entonces la rendición de cuentas es exclusiva para ante los herederos de la parte de herencia para la que se dispuso el albaceazgo. Pero tal cosa no porque los otros sean herederos *intestados*, sino porque (si cabe) son herederos en *otro sector*. Con lo cual resultaría que la rendición de cuentas podría no proceder ante los herederos por *otro testamento*, o incluso por el mismo en que se nombra al albacea, cuando se dé el insólito caso (si es posible) de que a tal albacea no se le encargue la ejecución del testamento en la parte de sucesión que va a tales herederos.

(36) SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1447.

(37) SCAEVOLA-ORTEGA LORCA, pág. 631.

(38) PUIG PEÑA, pág. 1677.

(39) No es la puramente teórica de que son los herederos, y sólo ellos (lo que excluiría al legatario de parte alicuota), los *continuadores de la personalidad del causante*, o, más rigurosamente, los que ocupan su posición jurídica (por lo cual las cuentas se les rendirían a ellos solos, puesto que sólo ellos *hacen las veces* del causante).

Tal explicación es la que se deduciría de lo que dice MANRESA-OGAYAR, página 884, al final.

la de que el interés del legatario de parte alicuota y el del heredero sean iguales, y lo son en el caso presente en cuanto que ambos son llamados a *universalidad* (entiéndaseme) de los bienes, por lo que les afecta a todos la ejecución del testamento llevada a cabo por el albacea.

En cuanto a los legatarios que no lo sean de parte alicuota, aún pueden plantear dudas (40), pero, en principio, hay que excluirlos del derecho a que les sean rendidas cuentas (41), derecho que por lo menos debía corresponderles cuando la misión del albacea (así cuando éste es particular para cierto asunto) afecta a su legado exclusivamente (42).

Todo ello prueba que es preferible la rendición de cuentas ante el Juez, como establece la Compilación. Y que es preferible ésta, se comprende aunque sólo sea por una razón: la de que si la justificación, diríamos privada, que el albacea pueda dar al interesado (heredero o legatario) le satisface, no habrá reclamación judicial sobre rendición de cuentas; y si no le satisface, lo justo es permitir que siendo interesado (aunque sólo se sea legatario), haya derecho

---

(40) Algunas de ellas pueden ser realmente reflejo de sí, en el caso. habrá herencia más bien que legado; otras no. Piénsese en la institución en todos los muebles o en todos los inmuebles, o en todos los bienes que el causante tenga en cierto lugar, o de determinada procedencia (así de su herencia materna). En tales casos puede ocurrir que el cumplimiento de la misión del albacea sólo interese (o al menos interese preponderantemente) a un legatario. Por ejemplo, el causante legó a A los bienes que tenía en Argentina, con la carga de pagar sus deudas de allí, y nombrando un albacea encargado de todo lo relativo a su sucesión en tal país.

(41) VALVERDE, pág. 362, dice simplemente que éstas nunca se rinden a los legatarios. MANRESA-OGAYAR, pág. 384, lo entiende así, pero lo explica diciendo que «la Ley impone al albacea la obligación de rendir cuentas a los herederos del testador, y no a los legatarios que también están interesados en la sucesión, porque aparte de que el interés de unos y otros, en relación al albacea, es el mismo, y, por tanto, aquéllos han de obrar como obrarían éstos, evitándose complicaciones y trámites inútiles, media la atendible circunstancia de que los herederos son los que representan al testador, y, por tanto, ostentando esa representación, deben recibir las cuentas de la gestión y exigir la responsabilidad que en su caso proceda, y son además los que responden a los legatarios, por regla general, del pago de los legados». Y por su parte SCAEVOLA-ORTEGA LORCA (pág. 631) desaprueban la exclusión de los legatarios, pues «tienen aquéllos el mismo interés que los herederos en que su participación sea la que realmente el testador les concediera». Si bien—agregan—«por otra parte con facultad o sin facultad de intervenir en las cuentas de los albaceas, los legatarios siempre tendrán reservado el derecho de impugnar el pago de su merced hereditaria, si la encontrasen inferior a la legada o no deducida exactamente del Deber y Haber formado por el albacea con ocasión del encargo».

(42) Véase nota 40, *in fine*.

a pedir la rendición ante el Juez, ya que, si bien al legatario le es posible pedir (creo que tiene derecho a que se realice) la rendición ante los herederos (43), éstos pueden carecer de la debida imparcialidad, y así aprobar unas cuentas que el legatario estime perjudiciales para él.

En cualquier caso, y aun presupuesta su exclusión total del derecho a recibir rendición de cuentas, el legatario puede reclamar judicialmente todo lo que según el legado le corresponda, y por ello atacar la conducta del albacea en cuanto la no justificación (por rendición no hecha de cuentas al legatario) de éste permita afirmar que el legatario no recibió todo lo que se le debía. Así como puede exigir del heredero la responsabilidad que sobre éste pesa por legados.

Pero aparte de esta posible defensa de sus derechos, no a través de rendición de cuentas, creo que en cierto modo el legatario, en la práctica, siempre tiene posibilidad de hacer que la rendición, cuando a él le interesa, se haga judicialmente, mediante reclamar, por serle perjudicial, contra la rendición ante los herederos y aprobación por éstos (pues, en definitiva, una cosa es que no tenga derecho a que se las rindan a él, y otra—y esta sí que debe aceptarse—que cuando tiene interés en la rendición le esté permitido conocerla y reclamar contra la que crea le daña). Lo que daría lugar a que el Juez hubiese de juzgar las cuentas para ver si realmente los herederos aprobaron indebidamente unas dañosas para el legatario. Ahora bien, si el legatario carece de interés en la rendición de cuentas (por ejemplo, si le ha sido entregado íntegramente su legado y las cuentas no afectan a éste) no puede intervenir de forma alguna en lo relativo a su rendición.

Se ha visto—juntamente con algunos problemas que plantea—la rendición de cuentas a los herederos; ahora toca advertir que si los herederos no encuentran aceptables las cuentas rendidas, y los albaceas insisten en que lo son, no cabe sino que entablen aquéllos la correspondiente reclamación judicial, de forma que, en definitiva, serán los Tribunales los que decidan sobre el caso.

Lo mismo tendrán que acudir los herederos ante los Tribunales a exigir judicialmente a los albaceas la rendición de cuentas que

---

(43) Ya que de lo que el artículo 907 le priva es de que se las rindan a él, pero no de que pueda urgir para que sean rendidas al heredero.

voluntariamente no les rindan. Entonces habrá—puede decirse—una rendición judicial a los herederos.

Entiendo que es competente para entender de tal reclamación el Juez del domicilio de los herederos (dueños de los bienes) o el del lugar del desempeño del albaceazgo, a elección de aquéllos (Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 63, 2.<sup>a</sup>).

Queda ahora por examinar la rendición de cuentas, no ante los herederos, sino ante el juez. Como se vio, en el Código Civil procede ésta si los albaceas «hubieren sido nombrados, no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho», y en la Compilación siempre, salvo que se trate de causas pías.

Considero que esta rendición al Juez procede—como ya he apuntado más arriba—no sólo siempre que se dé el supuesto literal del artículo 907, 2.º (así, en el caso del art. 747 o en el del 671), sino cuando haya herederos desconocidos o aún no totalmente individualizados, o incluso en ciertos casos, como el del artículo 749, incluso en el supuesto de que se estime que los destinatarios son realmente herederos (44).

Y si parte de los bienes van a herederos, y parte siguen el destino del artículo 907, 2.º, creo que por ésta habrá que rendir cuentas al Juez, e incluso que deberán rendírselas totalmente si de alguna forma puede afectar el todo a esta parte.

Sobre cuál sea el Juez competente para recibir la rendición, no hay acuerdo en la doctrina. Según VALVERDE (45), lo será el del lugar en que se desempeñó el albaceazgo. Criterio que es el mismo de MANRESA (46), y que se apoya en el artículo 63, 2.<sup>a</sup> de la L. E. C. Según SÁNCHEZ ROMÁN (47), aplicando el mismo precepto, ha de reputarse competente el Juez del domicilio del poderdante o dueño de los bienes—en este caso el testador—o el del lugar donde se desempeñe la administración—aquí el albaceazgo—. Y según SCAEVOLA-ORTEGA LORCA (48) lo será el del último domicilio del testador,

---

(44) Sobre esto y lo anterior, cfr. BONET, *Compendio*, pág. 471; PUIG PEÑA, págs. 1677 y 1678; VALVERDE, pág. 362; MANRESA-OGAYAR, pág. 881; SCAEVOLA-ORTEGA LORCA, págs. 632 y 633.

(45) Pág. 362

(46) Pág. 885

(47) Pág. 1447.

(48) Pág. 634.

también por aplicación de ese artículo, en su ya dicha regla 2.ª. Cosa, pues, que no deja de ser curiosa, que aplicando la misma disposición, cada uno propugne una diferente de las varias soluciones que caben.

Voy a examinar la cuestión:

La susodicha regla 2.ª del artículo 63 L. E. C., dice que: «En las demandas sobre rendición y aprobación de las cuentas que deban dar los administradores de bienes ajenos, será Juez competente el del lugar donde deban presentarse las cuentas, y no estando determinado, el del domicilio del poderdante o dueño de los bienes, o el del lugar donde se desempeñe la administración, a elección de dicho dueño.» Ahora bien, como se parte de que lo establecido para el administrador de bienes ajenos es aplicable al albacea (y entiendo que ello, aunque no administre bienes hereditarios; luego, es aplicable a *cualquier* albacea), y, por otro lado, la hipótesis que examino ahora es la de que no esté determinado el lugar de presentación de las cuentas, resulta que la repetida regla 2.ª del artículo 63 ofrece una opción al *dueño* de los bienes (en el caso presente, el causante, y, en su puesto, los herederos): escoger entre su domicilio (que sería el último del causante o el actual de los herederos) o el lugar de desempeño de la administración (en el caso presente, del albaceazgo). Luego las posibilidades son: lugar del último domicilio del causante o del actual de los herederos, o lugar donde se desempeñó el albaceazgo. Ahora bien, como resulta que, a tenor del artículo 907, 2.º, Código civil, el caso de rendición de cuentas al Juez es para hipótesis de falta de herederos determinados, ni éstos (dueños actuales de los bienes) nos proporcionan un domicilio ni cabe que realicen la elección que les permite el artículo 63, 2.ª de la L. E. C. (49). Más se puede pensar que puesto que tal elección correspondía al que podía demandar la rendición de cuentas, parece que ha de concluirse que se transfiere a quien promueve su rendición al Juez. Pero no creo esa razón de peso, ya que la elección, como posible, del domicilio del dueño, carece de sentido desde que el dueño falleció. Así que no pudiendo ser tam-

---

(49) En virtud de este razonamiento es por lo que SCAEVOLA-ORTEGA LORCA (pág. 634) optan por considerar competente al Juez del último domicilio del causante. Y a base del mismo MANRESA-OGAYAR (pág. 885) consideran competente al del lugar del desempeño del albaceazgo.

poco el de los dueños actuales, puesto que son desconocidos, parece que hay que decidir la competencia a favor del Juez del lugar donde se desarrolló el albaceazgo (50).

Hasta aquí si el causante no fijó en su testamento lugar para la rendición de cuentas. Que pudo fijarlo. Entonces: si fijó simplemente un lugar para cumplir la obligación de rendir cuentas, es Juez competente el de él, por virtud del artículo 63, 2.ª L. E. C., según el cual lo será el Juez del lugar en que deban presentarse las cuentas. Y lo mismo si es que determinó ante qué Juzgado quería que se rindiesen (51).

En cuanto al Derecho catalán, estimo competente imperativamente al de Primera Instancia del último domicilio del causante, según dispone el artículo 99, último párrafo, de la Compilación, no porque, como entiende PUIG FERRIOL (52), la rendición de cuentas forme parte del ejercicio del albaceazgo, sino porque el espíritu de ese precepto, al referirse a *materia sucesoria*, creo que alcanza también a las que, como la rendición de cuentas del albaceazgo, si bien no lo son propiamente, vienen, sin embargo, ligadas a la misma, y, en definitiva, estando, como dicha rendición, comprendidas dentro del libro «De las sucesiones», son la *materia sucesoria* a que, en principio, se refiere el legislador en dicho artículo 99, último párrafo.

Para concluir con este apartado, debe señalarse que, como ya dije (53), la rendición al Juez, ordinario, o herederos, según proceda, debe tener lugar incluso en el caso de que haya un relevo de albaceas, pues en tal caso el entrante no ha de recibirlas del saliente (54).

---

(50) Cfr. Tribunal Supremo, sentencia de 17 de abril de 1900 (*Jurisprudencia civil*, tomo 89, núm. 96, págs. 510 y sigs.), y en particular resultando 3.º

(51) SÁNCHEZ ROMÁN (pág. 1447), MANRESA-OGAYAR (pág. 885) y SCAEVOLA-ORTEGA LORCA (págs. 633 y 634) dan preferencia a lo establecido en el testamento sobre el lugar en que deban presentarse las cuentas. Pero como advierten este último y GILTRAMA—*La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1951, pág. 291—, para el caso de que se hubiese ordenado en el testamento la presentación ante determinada autoridad judicial, siempre que ello no quebrante principios jerárquicos fundamentales de la jurisdicción de los Tribunales, como ocurriría si se ordenase presentar las cuentas ante una Audiencia territorial.

(52) Pág. 276.

(53) *Supra*, V.

(54) Cfr. la sentencia de 25 de febrero de 1911 (*Jurisprudencia civil*, tomo 120, núm. 84, pág. 504).

## IX

## FORMA DE LA RENDICION

La Ley no señala forma especial para practicar la rendición; por tanto, en principio es libre, e incluso hasta puede ser puramente verbal (por ejemplo, el albacea relata a los herederos cómo dio ejecución al testamento, y también de palabra les facilita las cifras oportunas, dando aquéllos todo por satisfactorio).

Aparte de esa regla, la doctrina y la jurisprudencia coincide en que si el testador dispuso que la rendición se realizase de cierto modo, deba observarse lo por él prescrito (55).

La rendición puede ser judicial o extrajudicial. En este caso es plenamente aplicable lo dicho sobre libertad de forma. En aquél hay lo siguiente:

1.º Cuando la Ley ordena la rendición ante el Juez (primer caso de rendición judicial: la no contenciosa), el expediente de rendición se ajustará a lo dispuesto para los actos de jurisdicción voluntaria (56), ya que considerándose tales «todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas» (art. 1.811, L. E. C.), es claro que se está ante uno de ellos (57).

Sobre si en tal procedimiento deberá ser oído el Ministerio fiscal, algunos, como MANRESA-OGAYAR (58), VALVERDE (59) y SCAEVOLA-

---

(55) La sentencia de 4 de junio de 1932 (*Jurisprudencia civil*, tomo 204, número 55, págs. 367 y sigs.; *Aranzadi*, núm. 1091), contrastando el caso con la prohibición que el Código establece de eximir de la rendición (art. 907, 3.º), dice que este no contiene «prohibición expresa que vede al testador la regulación en su testamento de la forma en que la susodicha prestación [rendición de cuentas] haya de verificarse». En la doctrina, expresamente, ROCA SASTRE, en KIPP, pág. 265; OSSORIO, pág. 455; PUIG FERRIOL, pág. 277; BONET, *Compendio*, pág. 471; PUIG PEÑA, pág. 1678; SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1447.

(56) Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1.811 y sigs.

(57) Así lo entiende también la doctrina: SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1447; VALVERDE, pág. 362; MANRESA-OGAYAR, pág. 885; PUIG FERRIOL, pág. 277; SCAEVOLA-ORTEGA LORCA, pág. 635, etc.

(58) Pág. 885.

(59) Pág. 362.

ORTEGA LORCA (60), afirman que deberá serlo siempre; otros, como SÁNCHEZ ROMÁN (61), que deberá serlo en los casos que indica el artículo 1.815 de la L. E. C., según el que: «Se oirá precisamente al promotor fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la autoridad. El promotor emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente.»

Ahora bien, debe tenerse presente que estos autores escriben para el Derecho común, en el que la rendición de cuentas ante el Juez procede cuando el albacea ha sido nombrado «no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto», caso éste en el que la intervención del Ministerio fiscal, a tenor del artículo 1.815, L. E. C., está justificada para la protección de los intereses de las personas beneficiarias, como lo demuestra el que la propia L. E. C., en su artículo 1.109, establece que el Ministerio fiscal, en representación del Estado, será parte en los juicios para «adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombre» (L. E. C., libro II, título XI).

Así, pues, creo que procede afirmar que el Ministerio fiscal deberá ser oído cuando se trate la rendición de cuentas ante el Juez, en el caso del artículo 907, 2.º, del Código civil (se dé tal caso en Castilla o Cataluña). Pero no cuando, como en Derecho catalán, puede ocurrir (ya que las cuentas no se rinden en él a los herederos) se trate de albaceazgo en sucesión a favor de herederos determinados.

Si a la solicitud promovida (aprobación de las cuentas, ya que se rinden para que sean censuradas y aprobadas) se hace oposición por alguno que tenga interés en el asunto, el expediente de jurisdicción voluntaria se hará contencioso y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según la cuantía (L. E. C., art. 1.817). Entonces se pasa al caso segundo de rendición judicial, la contenciosa.

2.º Cuando aun sin ordenar la Ley la rendición de cuentas al Juez los herederos que las reciban no las aprueben y se promueva

---

(60) Pág. 635.

(61) Pág. 1447.

contienda ante los Tribunales, tenemos el segundo caso de rendición judicial—la contenciosa—, ya que entonces, en definitiva, se producirá en el proceso la rendición de las mismas y su defensa e impugnación, y el Juez decidirá sobre si es pertinente o no la aprobación. Y lo mismo habrá rendición judicial contenciosa cuando, aun debiendo rendirse a los herederos, los albaceas no lo hagan voluntariamente y aquéllos tengan que demandarlos judicialmente para la rendición.

Casos en los que el Tribunal Supremo declaró adecuada la rendición de cuentas en las determinadas formas que contempló, son los siguientes:

Sentencia de 2 de junio de 1908 (62), según la que: «Considerando que cualesquiera que fueran las irregularidades y omisiones cometidas en las operaciones particionales de que se trata, es manifiesto que presentadas a la aprobación judicial, por la existencia de menores interesados en la herencia, y habiéndose aprobado sin oposición de doña Benita Lázaro ni de ningún otro heredero, no obstante hallarse de manifiesto el expediente en la Escribanía, y de las oportunas notificaciones hechas a los partícipes, es de todo punto improcedente la pretensión de aquélla relativa a la dación de cuentas ya rendidas a la autoridad judicial por el albacea.»

Sentencia de 3 de marzo de 1915 (63), según la que «si toda partición supone previo inventario, a la vez que el conocimiento del valor exacto de los bienes que lo forman, la subsiguiente liquidación que reconoce por base deducciones legítimas, tales como las deudas contra el caudal hereditario, pago de legados, división y adjudicación entre los herederos, claro se ve que este conjunto de operaciones habrán podido ser, y acaso sean, objeto de impugnación legal, reparadora de agravios inferidos, pero no motivo serio en que fundarse para desconocer que ellas constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta del encargo que la testadora les ha conferido».

---

(62) *Jurisprudencia civil*, tomo 111, núm. 77, págs. 400 y sigs.

(63) *Jurisprudencia civil*, tomo 132, núm. 154, págs. 841 y sigs.

Sentencia de 7 de enero de 1942 (64), según la que: «Considerando: Que en el segundo motivo del recurso se alega infracción del artículo 907 del mismo Código, que dispone que los albaceas deberán dar cuenta de su encargo a los herederos, salvo el caso en que éstos no sean determinados, pretendiendo el recurrente que en tal infracción se ha incurrido al estimar la Sala sentenciadora y aceptando lo declarado por el Juzgado, que el albacea ha rendido ya dichas cuentas en el curso de litis, y, por tanto, la cuestión queda reducida a averiguar el saldo, pero es manifiesto que lo que se dice en el curso del procedimiento no se encamina solamente al conocimiento del Juez, sino también al de las otras partes, con las que se discute y se litiga y a las cuales se notifican las declaraciones y alegatos producidos de adverso, quedando, por tanto, cumplida la finalidad del precepto, que es que los interesados se enteren de dichas cuentas y puedan examinarlas, cosa que no sucede cuando las cuentas se rinden al Juez fuera de contienda judicial, sin intervención ni conocimiento de los herederos, pero si cuando se rinden en el curso de la litis, y sería improcedente exigir al albacea una nueva rendición de cuentas a los herederos cuando éstos ya son sabedores de la que en contienda judicial se ha rendido.» Habiendo declarado, además, esa sentencia que la obligación de rendir cuentas «queda cumplida con la práctica de las operaciones particionales, que constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta de su encargo».

Setencia de 11 de abril de 1967 (65), que vuelve a repetir que «la práctica de las operaciones particionales constituye el modo más adecuado que los albaceas tienen de "dar cuenta" del encargo que el testador les ha conferido».

---

(64) *Aranzadi*, núm. 4.

(65) *Aranzadi*, núm. 2.207.

## X

## QUIENES PUEDEN PEDIR LA RENDICION

La rendición de cuentas a los herederos en el Código civil puede ser reclamada a los albaceas (bien de forma privada, bien judicialmente desde un principio, o cuando no hayan atendido aquélla o no sea satisfactoria) por los herederos, que tienen derecho a recibirla. Pero estimo que también puede ser reclamada por cualquier otro interesado (así los legatarios, que no hayan sido satisfechos), ya que una cosa es ante quién deban ser rendidas (sólo ante los herederos), y otra que la rendición pueda ser solicitada por quien tenga interés en ella.

La rendición de cuentas ante el ordinario, en la Compilación, la puede reclamar este mismo (66) o cualesquiera interesados. Igualmente pueden hacer éstos respecto a la rendición de cuentas ante el Juez, que también cabe sea promovida por el Ministerio fiscal (cfr. art. 1.103, L. E. C.).

En el caso de la sentencia de 25 de febrero de 1911 (67), reclamó la rendición el albacea que entró en funciones a la muerte del de cuyo albaceazgo se pide la rendición.

## XI

## PLAZO PARA PEDIR LA RENDICION

El plazo para reclamar la rendición corre desde que el albaceazgo acabó (68), ya que según el artículo 1.972, 1.º, del Código civil, «el término de la prescripción de las acciones para exigir rendición de cuentas corre desde el día en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas» (69).

---

(66) Cfr. la Concordia de 27 de septiembre de 1315 (*Constitutions y altres drets de Cathalunya*, 2, 6, 2).

(67) *Jurisprudencia civil*, tomo 120, núm. 84, págs. 504 y sigs.

(68) Lo que es una prueba más de que la rendición es posterior al fin del encargo. Véase *supra*, VI.

(69) Cfr. la sentencia de 9 de febrero de 1906 (*Jurisprudencia civil*, tomo 103, número 58, págs. 365 y sigs.).

La duración del mismo es de quince años, para el Derecho común, a tenor del artículo 1.964 del Código civil, ya que se trata de acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción (70), y para el catalán, de treinta, a tenor del artículo 344 de la Compilación (71).

## XII

### SALDO RESULTANTE DE LAS CUENTAS

Rendidas y aprobadas (72) las cuentas, los albaceas pueden pedir a los herederos, o éstos a aquéllos, el saldo que resulte favorable, bien a unos, bien a otros (73), compensándose—según las reglas generales (C. c., arts. 1.195 y ss.)—con lo que quienes resulten acreedores debían a los otros (así como las cantidades a que por desembolso, remuneración, etc., tengan derecho los albaceas).

La acción para reclamar el saldo dura—como la para exigir la rendición de las cuentas—quince años en el Derecho común (Código civil, art. 1.964) y treinta en el catalán (Comp., art. 344), ya que ni una ni otra marcan plazo especial para ella. Tiempo que se cuenta desde la fecha en que el resultado de las cuentas fue reconocido por conformidad de las partes interesadas (C. c., artículo 1.972, 2.º). o, si sobre tal resultado hubo disconformidad de éstas, desde la disconformidad (74).

A tenor del artículo 1.100 del Código civil. no se deben intereses moratorios por el saldo, sino desde que éste haya sido reclamado. Reclamación que—obviamente—es distinta de la de la rendición de cuentas.

(70) Igual opina GITRAMA, pág. 290

(71) Igualmente PUIG FERRIOL, pág. 277

(72) Si la rendición se hizo privadamente y las cuentas no se encontraron conformes, se puede entablar la oportuna reclamación ante los Tribunales. Si la rendición se hacía en acto de jurisdicción voluntaria, se convertirá en contenciosa, y lo mismo entonces que si se hacía desde un principio en juicio ordinario, por haber sido demandado el albacea para ella, será la autoridad judicial la que decida sobre los extremos en que discrepen los interesados.

(73) Cfr., sobre esto y lo siguiente, MANRESA, pág. 884; PUIG FERRIOL, página 278; GATTI, pág. 359.

(74) El artículo 1.971 no es aplicable al caso, sino que se refiere al comienzo del plazo para exigir el saldo que, después del pleito consiguiente a la reclamación del discutido, se declarase por sentencia.

## XIII

## GASTOS DE LA RENDICION

Los gastos de la rendición son a cargo de la sucesión. PUIG FERRIOL (75) invoca, en apoyo de esta afirmación, el espíritu del artículo 284 del Código civil, según el que los de la rendición de cuentas de la tutela, son a cargo del pupilo, y el artículo 260, 2.º, de la Compilación, que «da pie para sostener que la rendición de cuentas puede considerarse como una carga hereditaria hecha en interés común». Afirmación exacta, pues, en efecto, aunque no ajustara en otro lugar, cabría como uno de «los demás gastos y cargas de naturaleza análoga (a los enumerados)», a que el artículo 260 se refiere al final (76).

Pero que si ni aun hubiera apoyo legal para conceptuar *directamente* los gastos de la rendición como carga del caudal hereditario, no obstante, el albacea que los hubiese sufragado de su bolsillo podría pedir su reembolso por analogía de lo dispuesto sobre el reembolso de las cantidades anticipadas por el mandatario (C. c., art. 1.728).

Códigos extranjeros, como el francés (art. 1.034) y el italiano de 1865 (art. 911), establecen expresamente ser a cargo de la sucesión los gastos de rendición de cuentas.

MANUEL ALBALADEJO,

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad  
de Barcelona.

---

(75) Pág. 279.

(76) Apoyo más concreto prestaba a que los gastos en cuestión fuesen a cargo de la herencia, el artículo 461, último párrafo, del Proyecto de Compilación, según el que: «Todos los gastos judiciales o extrajudiciales originados por el cometido de los albaceas, serán a cargo de la herencia».



# Valor de la Jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho

SUMARIO: I. Introducción.—II. El método de investigación y la realidad jurídica.—III. El método de investigación y la dimensión prudencial del Derecho.—IV. Naturaleza y función de la *prudentia iuris*.—V. Valor metodológico de la casuística.—VI. Valor metodológico de la jurisprudencia.—VII. El método de investigación y la finalidad de la ciencia jurídica.

## I

### INTRODUCCION

Entre un determinado oficio intelectual y el campo de la realidad en que ese oficio se desenvuelve hay una relación tan íntima que la referencia a cualquiera de tales términos lleva necesariamente a hablar del otro, puesto que la naturaleza de un saber depende de su objeto en cuanto éste se constituye en tema de conocimiento, y a la vez la realidad que se hace objeto del saber llega a nosotros no tal como es en sí sino como noticia o término de una actividad intelectual. El interés por el problema del método de investigación del Derecho resulta así justificado por una radical desconfianza respecto de la adecuación del conocimiento a la realidad. Esto, que en general es propio de cualquier ciencia, lo es de modo muy particular de la ciencia jurídica, ya que su tema central es la justicia, y ésta, como forma social del comportamiento humano, es esencialmente problemática.

Este carácter íntimamente problemático de la realidad jurídica se manifiesta de modo muy acusado en el orden de la aplicación del Derecho, donde se desconfía del valor de una sola decisión y se trata por ello de garantizar el acierto del juicio mediante la oportunidad de sucesivas revisiones en diversas instancias. Desde el nivel del conocimiento científico no cabe obtener una versión de la realidad tan directa como la que se tiene en el orden del conocimiento prudencial, y por otra parte, la tarea científica no está comprometida de la manera que lo está el oficio judicial en la suerte de esa situación completamente singular que es el litigio.

Esta distancia entre el plano de la investigación científica y el plano de la aplicación del Derecho (1), y por otra parte, la propia naturaleza del quehacer científico, cuya misión no es realizar la justicia, sino analizar y exponer teóricamente el sistema de normas y principios que conducen a su realización, puede explicar el riesgo constante que acompaña a la ciencia jurídica de quedar inmersa en su propia trama nocional y perder de vista un aspecto importante de la realidad que constituye el campo de su investigación. En este sentido se ha observado que «la ciencia jurídica, si quiere seguir mereciendo este nombre, ha de volver a la investigación de la realidad misma del Derecho, estudiándolo en su escueta dimensión de fenómeno social que es, con los métodos apropiados para lograr el conocimiento de la verdad del Derecho» (2).

## II

### EL METODO DE INVESTIGACION Y LA REALIDAD JURIDICA

Hay un aspecto importante de la realidad jurídica que parece haber quedado oculto a los planteamientos generalmente adoptados en la metodología jurídica contemporánea. En el mejor de

---

(1) Cfr. Díez PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, pág. 23.

(2) ALVAREZ SUAREZ, V., *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1966, págs. 20-21.

os casos, como sucede en los empeños metodológicos más recientes, se reconoce la insuficiencia del método dogmático y la necesidad de una aproximación de la ciencia a la realidad; a este empeño responden todas las direcciones que han puesto de relieve los varios aspectos de esta realidad que trascienden a una consideración normativista del Derecho: los intereses, la naturaleza de las cosas, la valoración de los fines, la decisión judicial. Pero la estimación de estos aspectos, exagerada muchas veces con detrimento de la importancia fundamental del orden normativo, no ha encontrado generalmente un lugar adecuado en el marco metodológico de la ciencia. Parece como si la necesaria valoración de estos aspectos de la realidad pudiera comprometer la dignidad de la actitud científica o implicar una mengua del rigor y coherencia que acompaña a los primeros planteamientos sobre el método jurídico. Si hoy es unánime la repulsa del método dogmático, subsiste, sin embargo, al seguir otras direcciones metodológicas, la actitud de independencia que anima a la *Begriffsjurisprudenz* al suponer que la ciencia jurídica le basta para cumplir su misión aplicar «sus propios métodos». Es quizá esta actitud la que ha impedido durante tanto tiempo al pensamiento científico penetrar en esa zona concreta de la realidad jurídica gobernada por la *prudentia iuris*.

La utilización de los diversos factores metodológicos se ha centrado entre nosotros en un juicio práctico de valoración «que ha de ser llevado a cabo haciendo un uso constante de la prudencia», a cual se considera necesaria no sólo en la elaboración y en la interpretación de las leyes (a través de la jurisprudencia de los tribunales), sino también en la tarea científica de investigación del Derecho (3). Este modo de proceder pone al descubierto un aspecto básico del problema del método y abre la perspectiva de conocimiento propia de la ciencia al plano de la realidad jurídica propio del conocimiento prudencial. Sólo una actitud científica animada por la virtud de la prudencia está capacitada para intervenir en el orden de la ciencia los resultados de la *prudentia iuris*.

En rigor, la experiencia jurídica singular es inaccesible al conocimiento científico, puesto que éste es por su naturaleza un saber teórico y se mueve necesariamente en un plano de principios y no-

---

(3) BELTRÁN DE HEREDIA, P. *Reflexiones en torno al método jurídico*, «Revista de Derecho Privado», 1961, pág. 706.

ciones de carácter general. Se puede decir que entre el plano de la ciencia jurídica y el de la *prudentia iuris* hay una distancia insalvable, y que, por tanto, la mentalidad científica, aun cuando esté animada por un sentido de prudencia, no puede acceder al nivel de conocimiento propio de una tarea jurídica prudencial. Con ello no se quiere decir, como es obvio, que la ciencia se deba desinteresar de los resultados de esta tarea; tal proceder no se podría mantener lógicamente, puesto que las realizaciones más genuinamente prudentiales—la creación y la aplicación de las normas jurídicas—son los datos elementales que sustentan el conocimiento científico. Se trata sencillamente de subrayar que el método científico no permite por sí solo una comprensión total de la realidad jurídica. Reconocido este límite, se hace necesario dirigir el conocimiento, más allá del punto en que el método científico se detiene, al campo de las decisiones jurídicas singulares; puesto que la ciencia no puede desconocer este aspecto de la realidad y dado que para conocerlo no es idóneo el método científico, se deberá reconocer alguna forma de aproximación de la ciencia a ese sector de la realidad jurídica dominado por la *prudentia iuris*.

El problema del método de investigación resulta así inicialmente determinado por estas dos proposiciones: a) si el método de investigación científica se desenvuelve en un plano de nociones teóricas y si éstas nociones implican, por la propia naturaleza del objeto del Derecho, una referencia a la realización de la justicia, el primer postulado del método de la ciencia jurídica será la ancilar vinculación de la teoría a la realidad jurídica; b) si determinados aspectos de la realidad jurídica trascienden el plano teórico de conocimiento propio de la ciencia, se habrá de reconocer la dependencia del método de investigación científica de otras formas de investigación de la realidad jurídica, tales como la filosófica y la prudencial (4).

---

(4) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, 1963.

## III

EL METODO DE INVESTIGACION Y LA DIMENSION  
PRUDENCIAL DEL DERECHO

Ha quedado apuntada anteriormente la distancia entre la perspectiva de conocimiento en que se desenvuelve el quehacer científico y aquella otra, más próxima al plano de la experiencia jurídica, en que se mueve la prudencia. Conviene a la naturaleza de la ciencia una forma de conocer ordenada a facilitar en toda su extensión y profundidad la comprensión de la realidad. A la prudencia, en sentido estricto, corresponde configurar esta realidad con criterios de justicia, tanto en un orden de preceptos generales (elaboración del Derecho) como en un orden de decisiones singulares (aplicación del Derecho). Es claro que la ciencia y la prudencia se comportan ante la realidad de modo bien distinto, de acuerdo con la función respectiva que les atañe. De aquí que una cierta distancia entre ambas deba existir siempre necesariamente. Sin embargo, esta natural diferencia en el modo de conocer, impuesta por la diversa función de una y otra, no postula una absoluta independencia, aunque de hecho se haya producido la separación al sobreestimar el valor de las decisiones singulares, como reacción frente a los abusos del conceptualismo, o al centrar todo el empeño de la tarea científica en la perfección lógica de un sistema que inicialmente ordenado a la explicación de la realidad acaba alejándose de ella (5).

Desde el lado de la ciencia se reconoce hoy la necesidad imperiosa de una aproximación a la realidad. A este respecto importa especialmente ponderar el interés que ofrece desde un punto de vista científico el campo de la experiencia jurídica gobernado por la prudencia. Conviene a tal fin considerar: a) en qué consiste el

---

(5) El sistema, como instrumento teórico, ha de mantenerse para responder a la finalidad de la ciencia en adecuación constante con la realidad. En este sentido señala ALVAREZ SUÁREZ, V., *Conjetura y verdad histórica*, en el libro de *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, I, Madrid, 1959, pág. 13, que los conceptos jurídicos «sólo están legitimados si han sido obtenidos sobre datos reales, en un proceso de abstracción y clarificación que no les divorcie en momento alguno de la realidad de la que son expresión».

oficio de la prudencia y de qué modo interviene en la conformación de la realidad jurídica; b) en qué aspecto concreto o bajo qué perspectiva formal interesa a la ciencia jurídica el conocimiento de ese sector de la realidad dominado por la prudencia; c) qué camino es más adecuado a la naturaleza de la ciencia para intentar la aproximación a esa realidad.

Señala Pieper en su conocido estudio sobre la prudencia cómo una de las acepciones dominantes de la palabra en el lenguaje vulgar viene a identificar esta virtud con una suerte de habilidad para eludir el bien (6). La acepción quizá más corriente la presenta como un hábito de signo contrario a la precipitación en la conducta o en el juicio, o también cómo una actitud defensiva y conservadora, enemiga del riesgo, proclive a la inhibición, fuente de indecisiones. Nada más lejos del significado positivo que tiene esta virtud entre los clásicos, que la consideran como virtud clave del comportamiento humano, en tanto que de ella depende la rectitud de las acciones. En este sentido, la prudencia no se refiere tanto al fin de las acciones como al acierto en la elección de los caminos y medios que conducen al fin de cada acción (7). Y así, puede considerarse como un ingrediente esencial de toda tarea metodológica. Antes apuntábamos este significado al ponderar la necesidad de la prudencia en toda actividad jurídica, también en la investigación científica del Derecho.

La importancia de la prudencia en el orden jurídico se comprende si se tiene en cuenta que es ella como «proa inteligente» de la justicia (8), la que configura ese orden. De tal modo, se puede hablar sin hipérbole de una dimensión prudencial del Derecho.

#### IV

#### NATURALEZA Y FUNCION DE LA «PRUDENTIA IURIS»

La metodología contemporánea no ha explicado de manera satisfactoria el proceso de aplicación del Derecho; es decir, el trán-

(6) PIEPER, J., *La prudencia*, Madrid, 1957. trad. de M. GARRIDO, págs. 59 y sigs.

(7) PIEPER, *La prudencia*, pág. 75

(8) Cfr. PIEPER, *La prudencia*, pág. 100.

sito desde el plano de conocimiento de los preceptos generales al de la decisión judicial. La controversia metodológica es precisamente una constante tensión dialéctica entre dos planteamientos radicales: el racionalismo y el voluntarismo. En el primero se desconoce la fuerza configuradora de la prudencia sobre la realidad jurídica. En el voluntarismo se exagera el valor configurador de la decisión al no reconocer esa impronta intelectual de la virtud de la prudencia que aleja la decisión de la zona de los actos arbitrarios. La doctrina de los clásicos sobre la prudencia permite explicar de modo coherente—al menos, de modo más coherente que lo ha hecho el pensamiento jurídico moderno—la conexión entre el orden normativo y el plano de las decisiones.

Los clásicos consideran la prudencia como un acto de naturaleza intelectual. Es, en el sentido más estricto, una forma de conocimiento, pero de conocimiento práctico, no teórico. El orden de las verdades prácticas en que se mueve la prudencia supone una correspondencia con la realidad distinta de esa otra conformidad del intelecto con la real propia de la verdad especulativa. MARTÍNEZ DORAL señala que «la verdad en lo práctico ha de ser cosa distinta de esta conformidad, porque 'lo real', a lo cual habría de conformarse el entendimiento, no existe todavía», ya que «la razón práctica no tiene por oficio especular con objetos, sino todo lo contrario: realizarlos». Y el mismo autor indica que «como no hay posibilidad en este caso de que la razón se acople a una cosa ya hecha (pues es ella justamente la que tiene que hacerlo), su rectitud y acierto sólo puede provenir de la adecuación de la razón con su principio directivo; es decir, con la tendencia impulsora de la voluntad que mueve a obrar» (9). No cabe suponer que la verdad práctica que se contiene en una decisión prudencial posea un grado de certeza *inferior* al de la verdad especulativa; tanto una como otra implican una disposición abierta y diligente de la mente hacia la realidad, que en un caso se detiene en la contemplación de esta realidad (verdad especulativa), y en otro, trata de fundar sobre la posesión intelectual de la realidad el valor objetivo de la decisión (verdad práctica) (10).

(9) MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, pág. 86.

(10) Según PIEPER, *La prudencia*, pág. 83, «el sentido de la virtud de la prudencia es que el conocimiento objetivo de la realidad se torne medida del obrar; que la verdad de las cosas reales se manifieste como regla de la acción».

Esta naturaleza intelectual de la prudencia la sustrae del dominio de los actos irracionales; pero en vano se pretendería encontrar en la resolución prudencial una seguridad «teórica» sobre el acierto de la decisión, que es, como dice PIEPER, la ilusión latente en la sobrevaloración de la casuística (11). La inseguridad que acompaña a la decisión prudencial deriva de la naturaleza de su objeto, que es algo concreto y singular, y de su función creadora, por la que se introduce en la realidad humana algo nuevo; de aquí, la tendencia a presentar las decisiones prudenciales como verdades relativas (12), actitud que refleja el intento vano de establecer una correlación del juicio prudencial con algo dado previamente o de medir el acierto del juicio singular por una regla de valor universal.

La adecuación con la realidad que se propone a la prudencia no se obtiene sin una decisión: ésta constituye el objeto de la virtud. Y en este punto aparece el riesgo, inherente a la práctica de la prudencia, de tomar una decisión errada. El afán de perfección que late en el espíritu humano puede llevar, por un deseo desmedido de garantizar el acierto, a retrasar una decisión que ha de tomarse dentro del marco concreto de unas circunstancias determinadas, entre las cuales se perfila con características muy acusadas el tiempo oportuno en que la decisión ha de tomarse; de suerte que dejar la decisión para otro momento puede constituir un acto de imprudencia. Este riesgo de la decisión prudencial, en cuanto supone un serio compromiso de la propia libertad y responsabilidad, puede conducir a la inhibición (13).

En la dimensión creadora de la prudencia reside sin duda el aspecto más importante de esta virtud desde el punto de vista de la ciencia. Los resultados de la prudencia en el plano de la experiencia jurídica singular entran en la perspectiva de la ciencia

---

(11) Cfr. PIEPER, *La prudencia*, pág. 90.

(12) Cfr. DEL VECCHIO, G., *La verità nella morale e nel Diritto*, 3.<sup>a</sup> ed., Roma, 1954, pág. 47.

(13) Tal actitud, contraria a la naturaleza y al oficio de la prudencia, está expresamente sancionada en nuestro Código civil al disponer su artículo 6.º, párrafo 1.º, que «el Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad». En cierto modo, y sin necesidad de considerar la jurisprudencia como fuente de Derecho, el legislador parece suponer, al establecer tal sanción, que alguno de los tres supuestos enunciados—silencio, oscuridad o insuficiencia—aparecerá siempre en la situación de conflicto que postula la acción creadora de la prudencia judicial.

como una parte vivísima de esa realidad problemática que es la justicia. La prudencia «no se limita a una interpretación teórica de la realidad jurídica, sino que interviene en ella, dándole nueva configuración e introduciendo en ella nuevas normas» (14). La ciencia asiste pasivamente desde un nivel especulativo a ese acontecer vital de la justicia por los caminos que va trazando la prudencia. Es claro que el conocimiento directo de la realidad jurídica singular y la conformación de esta realidad, según criterios de justicia, corresponde exclusivamente a la *prudentia iuris*. Pero los resultados del oficio prudencial, en cuanto configuran con una nueva imagen la realidad jurídica y cambian, por tanto, los datos —y con ellos los planteamientos— del conocimiento generalizador, se han de integrar, mediante una observación constante de ese campo en que se desenvuelve la prudencia, en los supuestos que constituyen la trama sustancial del conocimiento científico.

Hasta aquí hemos intentado exponer en líneas generales en qué consiste el oficio de la prudencia y de qué modo su función creadora importa a la ciencia jurídica para mantenerse vinculada al plano de la realidad jurídica singular, que la ciencia, por su propia naturaleza, no puede conocer directamente. Queda por ver los medios de que dispone la ciencia para llegar al conocimiento de esa zona de la realidad, y a este respecto es interesante analizar las posibilidades que le ofrecen la casuística y la jurisprudencia.

## V

### VALOR METODOLOGICO DE LA CASUISTICA

El interés despertado en el pensamiento jurídico moderno por las llamadas teorías realistas del Derecho se ha traducido desde el punto de vista de la metodología en una revalorización de la casuística. En general, este término se utiliza con escaso rigor, asociándose principalmente a una mentalidad jurídica conformada por el positivismo judicialista y contraria al pensamiento sistemático. En nuestra doctrina civilista, el término se emplea principal-

---

(14) MARTÍNEZ DORAL, op. cit., pág. 91.

mente para designar el método didáctico que permite corregir las desviaciones de una enseñanza que por mucho tiempo ha sido entre nosotros, y así se suele reconocer, excesivamente dogmática (15).

Con propósito más amplio ha defendido D'ORS la aplicación de un método casuístico a la investigación del Derecho. Si los juristas, dice D'ORS, quieren recuperar su dignidad de «verdaderos jurisprudentes, formuladores de los criterios de lo justo y de lo injusto, es necesario que recobren la conciencia de que el casuismo constituye el verdadero método de la jurisprudencia» (16). Precisamente por considerar que el objeto del juicio es siempre el caso concreto, toda labor jurídica será eminentemente casuística, por lo que el más adecuado método de investigación, e incluso de exposición del Derecho, será el casuismo (17), lo que se extiende también al ámbito de la enseñanza, respecto al cual sostiene D'ORS: «no es la sistemática jurídica, con su deficiente método dierético y canónico, la que puede servir a ese fin educativo, sino que tal educación se consigue mejor, y diría que únicamente por medio del aprendizaje de una rica casuística. Una vez más insistimos aquí en que el verdadero método jurídico es el casuístico, porque sólo del caso concreto cabe predicar la justicia o injusticia, y en eso consiste fundamentalmente la actividad dictaminadora del jurisconsulto» (18). Se proyecta en esta actitud metodológica la tesis del autor sobre el valor axial de la función del Juez en el proceso de creación del Derecho (19).

En nuestra opinión, la justicia o injusticia no sólo se predica del caso concreto, sino también del ordenamiento jurídico respecto a la realidad social. Mas aún dando por válido el planteamiento de que la justicia se realiza, en el sentido más estricto, dentro del

---

(15) Cfr. Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, pág. 20.

(16) D'ORS, *Per una interpretazione realista dell'art. 6.º del Codice civile spagnolo*, «Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma», 1962, núms. 38-39, pág. 10.

(17) D'ORS, *Principios para una teoría realista del Derecho*, «Anuario de Filosofía del Derecho», 1953, págs. 328-329.

(18) D'ORS, *Discurso inaugural* (Apertura del curso académico 1955-1956 en la Universidad de Santiago de Compostela), pág. 25.

(19) Para la recta comprensión de esta tesis y, en particular del sentido en que D'ORS habla de «casuismo», etc., cfr. *De la «prudentia iuris»*, a la «*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*», «Información jurídica», 1947, pp. 63-82; y ahora, su obra fundamental *Derecho privado romano*, Pamplona 1918, pp. 2, 7, 28, 106.

marco de las situaciones jurídicas singulares, de ello no se sigue necesariamente que el método de investigación científica deba ser casuístico. Se podría incluso admitir con Gray que las decisiones de los Tribunales constituyen «el dato primario sobre el que la ciencia jurídica debe trabajar» (20), en cuya hipótesis se debería concluir que la tarea de la ciencia comienza precisamente donde termina la tarea de los Tribunales. De tal suerte, la ciencia podría optar por uno de estos dos caminos: a) convertirse en casuística, como una forma *teórica* del conocimiento dominada por la inducción y orientada a la preparación de los oficios forenses; b) vertebrarse como una «ciencia de principios»—no necesariamente axiomatizante—mediante un trabajo de crítica y construcción sistemática más allá de las posibilidades que ofrece la inducción.

Ni siquiera para los fines propios de la actividad judicial constituye en principio la casuística un método más aconsejable que el método dogmático (21). Si la decisión judicial supone ciertamente la creación de una norma particular (22), es claro que esta norma no podrá ser predeterminada desde el plano del conocimiento especulativo; desde este plano, la actividad prudencial podrá ser orientada indistintamente, tanto por criterios de analogía sobre la base de un repertorio más o menos amplio de casos como por un dictamen de principios y normas generales. Seguir uno u otro camino dependerá en última instancia de la organización jurídica en que se desenvuelva esa actividad.

La sobreestimación de la casuística en el realismo es un fenómeno muy semejante al del valor exagerado atribuido a la construcción sistemática en la metodología normativista. Si los abusos dogmáticos han alejado a la ciencia de la realidad, de modo semejante la mentalidad casuística puede conducir a una «racionalización» de la prudencia: lo que ésta tiene de conocimiento vivo y capacidad creadora ante las situaciones jurídicas singulares

---

(20) Cfr. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, págs. 32-33.

(21) Es frecuente dar por supuesto que el casuismo constituye la forma más genuina de aproximación al campo de la actividad judicial, cuando lo cierto es que «los juicios de la casuística, como los de cualquier otro tipo de saber moral universal, permanecen por necesidad en el plano de lo inconcreto» (MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento*, pág. 95).

(22) En el sentido que se indica más adelante. Con otra significación se habla también de la decisión judicial como norma jurídica individual. Por ejemplo, Kelsen, *Was ist juristischer Positivismus?*, «Juristenzeitung», 1965, pág. 466.

puede ir debilitándose progresivamente por la fuerza de los precedentes. Si el procedimiento de subsunción lógica se considera insatisfactorio porque deshumaniza el litigio, no ofrece mejor suerte la mentalidad judicial que se debate entre el recurso a la analogía y la espontaneidad de criterio sin norma objetiva en la que anclar la decisión.

Desde el punto de vista del método de investigación, la casuística no ofrece a la ciencia una perspectiva inédita de la realidad jurídica; puede ilustrar a la ciencia con ejemplos, pero no enriquecer y transformar los supuestos reales del conocimiento científico.

## VI

### VALOR METODOLOGICO DE LA JURISPRUDENCIA

Si entre los diversos afanes de la metodología jurídica actual hay una nota sobresaliente por encima de todas las divergencias de opinión, esta nota es sin duda la estimación de las decisiones judiciales como un aspecto de la realidad jurídica que la ciencia no puede desconocer. Este tema ocupa un primerísimo plano en los estudios más recientes sobre el método jurídico. Los trabajos publicados en estos últimos años sobre la aplicación del Derecho y el valor de la jurisprudencia reflejan un estado de opinión abiertamente hostil a la mentalidad normativista dominante en la metodología del siglo XIX.

Ejemplo muy significativo de la importancia que hoy se reconoce entre nosotros a la jurisprudencia son las referencias que se hacen a las funciones de interpretación, integración y corrección del ordenamiento por los órganos jurisdiccionales en el Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil (23). En orden al valor que se reconoce a la juris-

---

(23) El Proyecto, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (núm. 935, 25 de octubre de 1966) dispone en la primera de las bases: «Se enunciarán, de modo directo y sistemático, las fuentes del Ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta aquellas directrices que, ya recogidas en el Código, se mantienen inalteradas, así como nuevas y autorizadas elaboraciones de la doctrina adaptadas a la realidad social. En tal sentido se ponderará el doble significado, informador y supletorio, de los principios generales del Derecho y el innegable valor complementario que en materia civil corresponde a la jurispru-

prudencia, el Proyecto responde, con todas las matizaciones que se quiera, a un estado de opinión general en nuestra doctrina científica (24). No es necesario que la jurisprudencia se incluya entre las fuentes del Derecho para convenir en que ha de ser «entendida y utilizada como un factor metodológico de infinita riqueza y totalmente necesario para la investigación del Derecho» (25). Este es precisamente el aspecto que ahora importa destacar.

Afirmábamos, al exponer los límites del método de investigación, la necesidad, generalmente admitida, de una aproximación de la ciencia a ese campo de las decisiones singulares al que el método científico no puede acceder directamente. El medio para lograr esta aproximación ha sido apuntado por HERNÁNDEZ GIL al ponderar que si la labor científica, por estar dirigida a la elabo-

---

dencia, ausente hasta hoy en el texto de nuestro primer Cuerpo legal, ya que no de otros preceptos de nuestro ordenamiento y del *usus fori*» (base primera). Más importancia que esta referencia tiene la exigencia formulada en la base segunda: «Se establecerán aquellos criterios fundamentales para la interpretación de las normas que sin hallarse formalmente determinados por el Código en su título preliminar, han sido inducidos por la jurisprudencia y elaborados por la doctrina. Asimismo, con prudente flexibilidad, habrá de preverse la investigación integradora y aun correctora, delimitando el campo de aplicación de la analogía y de la equidad»

(24) La bibliografía española es muy amplia. Entre los trabajos más importantes: CLEMENTE DE DIEGO, F., *El método de la aplicación del Derecho civil*, «Revista de Derecho Privado», 1915, págs. 258 y sigs.; 1916, págs. 285 y sigs.; *La jurisprudencia como fuente de Derecho*, Madrid, 1925; *Método en la decisión de los casos controvertidos ante los Jueces y Tribunales*, Madrid, 1940 (un amplio resumen de este discurso en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 169, 1941, págs. 125 y sigs.); DE CASTRO, *Derecho civil de España. Parte general*, I, Madrid, 1955, págs. 550 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2.ª ed., Madrid, 1954; PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, 1951; *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, págs. 41-57. Al reconocimiento de la dimensión creadora de la jurisprudencia en nuestra doctrina científica han contribuido de modo muy notable los estudios de J. PUIG BRUTAU y A. D'ORS, que se destacan justamente como representantes más caracterizados del realismo jurídico español. Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *Las teorías realistas del Derecho*, en el volumen II de los *Estudios en homenaje del doctor Serrano y Serrano*, Valladolid 1965, págs. 65-79. A los estudios citados se añade ahora la obra fundamental de Díez PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, anímaca, como dice el autor en el Prólogo por «la preocupación constante por comprender lo que el Derecho sea y por tratar de establecer, aunque sea de modo intuitivo, la inaprehensible relación entre el Derecho cristalizado en los textos legales y el Derecho que incesantemente se realiza en las decisiones de los casos».

(25) BELTRÁN DE HEREDIA, P., *Reflexiones en torno al método jurídico*, página 705.

ración de un sistema, ha de propender a la generalización, ello no excluye la importancia que tiene también para ella el análisis de los supuestos de hecho: «La generalización entraña una superación del casuismo de la vida real, así como también de aquel casuismo más mitigado que todavía se encuentra en las normas. Pero la generalización será tanto más eficiente cuanto más amplia y profundamente aparezca asentada sobre un análisis de los supuestos de hecho contenidos o implicados en las normas. Concibiendo las actividades jurídicas en una relación de concurrencia para la elaboración del Derecho y el cumplimiento de sus fines, fácilmente se comprende que la actividad científico-jurídica tiene que proseguir la tarea emprendida por la actividad legislativa. Si a virtud de ella se han previsto y enunciado supuestos, es claro que el cultivador de una ciencia jurídica particular—el civilista—no cumple su cometido reproduciendo los supuestos tal como aparezcan en las normas. Precisa inquirir sus matices, determinar sus facetas, llevar a cabo un análisis individualizador, que representa una verdadera explanación de este importante aspecto de la norma. Para ello es indispensable esforzarse en conocer y comprender la realidad social. Pero el esfuerzo intelectual o imaginativo no basta. La cambiante multiplicidad de los hechos frustra los más acabados cálculos. De ahí la importancia de una estrecha colaboración con la jurisprudencia: ésta brinda a aquella un insustituible material» (26).

Se reconoce aquí el notable valor crítico que tiene la jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho. Sin embargo, cabe todavía subrayar más enérgicamente el valor creador de la jurisprudencia; no aludimos a su posible consideración como fuente del Derecho, sino a su papel activo en el proceso de «realización» del Derecho y, por tanto, en la configuración de la realidad jurídica. No se trata simplemente de que la tarea de la ciencia sea facilitada por las posibilidades críticas de concreción del ordenamiento que brinda la jurisprudencia, ni tampoco de llegar a un conocimiento más profundo y matizado del que ofrece la contemplación directa de los textos legales. Se trata de llegar al conocimiento de la realidad jurídica; conocimiento que no cabe obtener

---

(26) HERNÁNDEZ GIL, A., *Algunos problemas metodológicos*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XII, Madrid, 1961, pág. 31

simplemente a través del estudio de las fuentes del Derecho (en el sentido usual de la expresión), puesto que éstas constituyen tan sólo un aspecto parcial de aquella realidad.

La importancia de la jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho no puede ser precisamente valorada si se pierde de vista su dimensión creadora. Acaso la doctrina científica de los países organizados políticamente bajo el predominio de la ley no ha tomado clara conciencia del fenómeno de transformación profunda que se está operando incesantemente en el seno de su organización jurídica por obra de la jurisprudencia.

Precisar el sentido en que la ciencia ha de valorar los resultados de la jurisprudencia requeriría un análisis más detenido y profundo de lo que aquí podemos intentar sobre cómo se produce esa «inaprehensible relación» entre el Derecho cristalizado en los textos y el Derecho que se realiza en las decisiones (27).

El sentido de esta relación se enfoca todavía con una mentalidad en exceso normativista, situando en el plano normativo el centro de gravedad de la tarea de aplicación del Derecho. Estamos acostumbrados a contemplar la jurisprudencia como un elemento en cierto modo «circunstancial» de la ley, de «valor complementario», como se dice en el citado Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código. El valor científico de la jurisprudencia se cifra principalmente en la posibilidad de «explicación de este importante aspecto de la norma» que es el supuesto de hecho. En la doctrina alemana actual, frente a la explicación del fenómeno de aplicación del Derecho como una tarea de subsunción lógica, se subraya la importancia de la idea de concreción de las proposiciones jurídicas (28) a través de la actividad judicial, pero en general con esta idea no se acierta a explicar en su plena significación la dimensión creadora de la jurisprudencia (29). Entre nosotros puede considerarse dominante

(27) Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, pág. 21.

(28) El término concreción no siempre responde a una orientación realista de la actividad judicial. Así, por ejemplo, Kelsen, *Was ist juristischer Positivismus?*, «Juristenzeitung», 1965, pág. 465: «Die Setzung individueller Rechtsnormen ist die spezifische Funktion der Gerichte. Indem diese einen Konkreten Fall in Anwendung einer generellen Rechtsnorm entscheiden, ist ihre Entscheidung eine individuelle Rechtsnorm: die Individualisierung oder Konkretisierung der angewendeten generellen Rechtsnorm».

(29) COING, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950 (trad. esp. de J. M. MAURI, Barcelona, 1961); ENGEL, K., *Die Idee der Konkretisierung in*

la explicación de la tarea judicial como «un desarrollo esencialmente individualizador de la norma» (30).

En tales términos el fenómeno de aplicación del Derecho como actividad creadora no parece correctamente planteado. Entiéndase bien que al apuntar este defecto de planteamiento no estamos proponiendo la desvinculación del Juez de los preceptos del Ordenamiento jurídico, que es la tesis que inspira los empeños metodológicos del signo voluntarista. Lo que tratamos de subrayar es la conveniencia de un enfoque del fenómeno de la aplicación del Derecho desde el punto de vista de un conocimiento prudencial, en el que ciertamente entra como dato fundamental el Derecho que deba servir de base a la decisión. Lo importante es que, tal como se produce la decisión en el plano judicial, no parece que sean las normas lo que determinan el sentido de la decisión, sino que más bien es ésta la que da un sentido preciso, y en cierto modo inédito hasta entonces, a las normas puestas en juego por el juicio prudencial. Lo que se introduce en la realidad jurídica por el oficio judicial no son sólo decisiones singulares, sino también precisiones normativas que, en relación con el sentido de los textos legales «aplicados», constituyen en cierto modo nuevas normas (31).

El juicio no es tanto una individualización o concreción de la norma como una experiencia jurídica singular en la que la situación enjuiciada es punto de partida para una búsqueda de supuestos de hecho semejantes en el ordenamiento. Esta semejanza no siempre se puede establecer de una manera inequívoca; con frecuencia, el hallazgo del supuesto de hecho normativo más próximo al enjuiciado es el resultado de un proceso intelectual en el que aparece implicada una cierta suerte de interpretación; de tal modo, las normas aplicables son seleccionadas según una actividad

---

*Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953; VIEHWEG, TH., *Topik und Jurisprudenz*, Munich, 1953 (trad. esp. de L. Díez PICAZO, Madrid, 1964); ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956 (trad. esp. de E. VALENTÍ Fiol, Barcelona, 1961); LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960 (trad. esp. de E. GIMBERNAT ORDEIG, Barcelona, 1966).

(30) HERNÁNDEZ GIL, *Algunos problemas*, pág. 30.

(31) Hace notar Díez PICAZO cómo en el proceso vital de cada juicio cabe apreciar una doble tarea: de búsqueda y selección de la norma aplicable, y de interpretación de la norma jurídica adecuada; en esta tarea, dice, «no se ajusta al caso a la norma, sino al revés, esto es, interpretándola, se ajusta la norma al caso» (*Estudios*, pág. 25).

prudencial que en todo momento es intelectualmente guiada por el sentido de la situación (32). La tarea de interpretación que lleva a seleccionar unas normas determinadas por su adecuación a la situación sometida a juicio supone frecuentemente un «hallazgo» de supuestos de hecho (normativos) que en rigor constituyen una aportación del conocimiento prudencial.

La importancia de la función creadora de la jurisprudencia no reside en un pretendido valor jurídico vinculante de fuerza análoga al de las restantes fuentes jurídicas. Su función creadora estriba en el juicio de valor singular que introduce en la realidad. Este juicio es enteramente peculiar; si se pone en correlación con el juicio de valor general, insito en la norma aplicada, se revela como una norma «distinta» y en cierto modo nueva. La importancia que esta norma singular tiene para la ciencia se manifiesta en la relación que tal norma establece entre la norma general y el caso enjuiciado. Esta adecuación, contemplada desde una vertiente dogmática, se nos muestra como una relación cuyos términos («caso» y «norma particular») han de ser integrados en un conocimiento generalizador de dirección inversa a la seguida en el conocimiento prudencial, pues lo que aquí se presenta como término de la actividad intelectual (concreción de la norma general, por así decirlo) es punto de partida en la actividad científica (análisis del «caso» y de la «norma particular») para la tarea de síntesis.

Es claro que la proposición justa que se contiene en la norma general es distinta de la que se propone llevar a cabo la decisión judicial. La norma general pretende una adecuación con un sector de la realidad social considerado con un grado de generalidad semejante al de la propia norma. El juicio prudencial, en cambio, postula una adecuación entre la norma particular que en él se formula y la situación jurídica singular.

---

(32) A este respecto dice Díez PICAZO: «Suele decirse que la llamada 'aplicación de la Ley' es un ajuste o un encaje de caso concreto en alguno de los supuestos hipotéticos previstos por las normas jurídicas. Pero si uno observa atentamente lo que de verdad ocurre en la realidad que nos circunda, puede ser que cabalmente se llegue a la conclusión contraria, es decir, que al fabricar esa historia que se va a decidir, al traducir a un lenguaje jurídico lo que han contado las partes y los peritos y los testigos, uno esté ya, consciente o inconscientemente, moldeando esa historia para que quepa en alguno de esos hipotéticos supuestos de hecho, que por eso mismo, al ir moldeando con arreglo a ellos los hechos, han dejado ya de ser hipotéticos» (*Estudios*, pág. 24).

La integración de las decisiones singulares en la perspectiva del conocimiento científico permite una comprensión del significado y del valor *real* de las normas generales (33). La virtualidad de las normas generales se pone a prueba en el juicio singular, y éste supone una experiencia enriquecedora del sentido y alcance de la norma general. El conocimiento de la norma general se precisa en un doble sentido: en la determinación de límites del hipotético supuesto de hecho de la norma, y en las nuevas posibilidades de interpretación que se producen por virtud del juicio al situar la norma general en un campo de aplicabilidad definido por la situación enjuiciada.

La aproximación a la realidad que ofrece la jurisprudencia no se realiza directamente en el plano de la interpretación, aunque éste es el aspecto que más frecuentemente se suele destacar en la doctrina, sino que tal aproximación se verifica en lo que la jurisprudencia tiene de *noticia*; es decir, de conocimiento de un aspecto de la realidad jurídica inédito hasta el momento en que se produce el juicio.

Este aspecto de la realidad, implicado en la situación enjuiciada como hecho jurídico singular, sólo puede ser descubierto por el conocimiento prudencial. A esto parece apuntar la definición ulpiana de jurisprudencia al poner como base de la *prudentia iuris* la *notitia rerum* (34).

En las consideraciones anteriores hemos intentado poner de relieve la fecundidad de una actitud metodológica abierta a la consideración de la realidad jurídica singular tal como esta realidad es conformada por las decisiones de la jurisprudencia. De tal modo, como hemos dicho en otro lugar, la jurisprudencia puede ser considerada no ya sólo como una forma ejemplar de interpretación, como «doctrina legal» (*Gesetzlehre*), sino también, sobre todo, como fuente de conocimiento de la realidad, como «experiencia jurídica» (*Rechtserfahrung*) (35).

---

(33) Cfr. LARENZ, *Metodología*, págs. 205-206.

(34) Cfr. ALVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana*, pág. 100.

(35) Recensión a la obra de J. L. LACRUZ, *El matrimonio y su economía*, en «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», 1964, pág. 650. El interés científico de esta dimensión de la jurisprudencia aparece muy claramente subrayado por Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia*, pág. 35.

## VII

EL METODO DE INVESTIGACION Y LA FINALIDAD  
DE LA CIENCIA JURIDICA

El método de investigación de un determinado campo o aspecto de la realidad se define en función de la naturaleza del objeto que se trata de investigar y de la finalidad que se propone el intelecto al conocer. Si el objeto del Derecho es la realización de la justicia, cualquier forma de conocimiento de lo jurídico—filosófica, científica o prudencial—deberá referirse necesariamente a este fin. «Esta fundamental referencia a algo realizable proporcional a la ciencia del Derecho uno de sus caracteres más típicamente distintivos. Así nunca podrá decirse de ella que sea una ciencia axiomática, un conjunto abstracto de proposiciones lógicamente deductibles de unos postulados primarios, sino una ciencia orientada hacia el análisis y la resolución de problemas concretos» (36).

Sin embargo, el método no se define sólo por la necesaria referencia a esta problemática realidad. La finalidad que guía al intelecto en el conocimiento de esta realidad conlleva un modo peculiar de proceder al analizarla y describirla, una determinada actitud noseológica. Al exponer el modo de proceder de la jurisprudencia, hemos intentado destacar cómo la tarea intelectual de búsqueda del Derecho aplicable está orientada en todo momento por la exigencia de dar una decisión conveniente—es decir, justa—a una situación jurídica singular. La finalidad de la ciencia no es intervenir activamente mediante decisiones en la configuración de la realidad, sino tratar de explicitar, mediante proposiciones de índole teórica, la realidad jurídica en toda su extensión y profundidad.

La ciencia no se contenta con un conocimiento singular, sino que aspira a obtener un conocimiento general de la realidad. Puesto que el conocimiento de una realidad en la relación de sus varios aspectos singulares es más perfecto que el de cada uno de esos aspectos aisladamente considerado, se comprende la aspiración de

---

(36) MARTÍNEZ DORAL, op. cit., pág. 59.

la ciencia jurídica por alcanzar, como es propio de todo hábito científico, una dimensión del conocimiento tan amplia como la realidad que constituye el tema de la ciencia. El campo temático de la ciencia jurídica, delimitado por las coordenadas de tiempo y espacio en que se desenvuelve el Derecho positivo, posee tal grado de concreción que la ciencia no puede lógicamente aspirar a un conocimiento universal como el que se propone la filosofía. Pero si puede proponerse alcanzar, como medida de su aspiración, un conocimiento general. La expresión de este conocimiento es el sistema jurídico.

La finalidad de la ciencia del Derecho es la explicación sistemática de la realidad jurídica. Y se comprende, con palabras de HERNÁNDEZ GIL, que hemos citado anteriormente, que la actividad científico-jurídica, «dirigida a la elaboración de un sistema, haya de propender a la generalización». Un sistema no puede construirse sin lógica; el sistema es una creación lógica, y en tal medida logra ser una obra científica. Esta proposición es tan válida hoy como en la metodología del siglo XIX. Únicamente hay que tener en cuenta, como diría KLUG, que «han cambiado las premisas» (37), y con ellas, el planteamiento y el significado del sistema.

Si los datos de la construcción del sistema que se proponía la *Begriffsjurisprudenz* eran fundamentalmente los que ofrecía la concepción positivista del Derecho entonces vigente, hoy se entiende que los datos no son sólo los que ofrece el Derecho positivo, sino también los que se proponen desde la instancia de la filosofía moral en el plano del Derecho natural; si tales datos se presentaban entonces bajo una dimensión estática y normativista, hoy se reconoce que los supuestos de que ha de partir la ciencia jurídica los proporciona no sólo el Ordenamiento jurídico (estáticamente considerado), sino también la actividad judicial; si entonces el planteamiento de la elaboración sistemática del Derecho se hallaba dominado por la idea de que la perfección del sistema ha de cifrarse en su coherencia lógica, inmanente al sistema mismo, hoy la perfección del sistema se mide por su grado de adecuación a la realidad. Si, en suma, el significado del sistema en una concepción positivista estaba determinado por el dogma de la

---

(37) KLUG, V., *Juristische Logik*, 2.ª ed., Berlín, Göttingen-Heidelberg, 1958, página 5.

plenitud del Ordenamiento jurídico, y se presentaba consecuentemente como un sistema «cerrado», hoy, cuando las premisas han cambiado, cuando se reconoce como base del sistema tanto la relación objetiva entre Derecho positivo y Derecho natural como la continuidad dialéctica entre norma general y decisión jurídica singular (38), ya no cabe seguir hablando de sistema «cerrado». Se deberá hablar de sistema abierto, o simplemente de sistema, el cual, por la propia naturaleza del conocimiento científico, ha de estar abierto a la realidad jurídica en toda su extensión, y, por tanto, a las exigencias de Derecho natural y a los resultados de la función creadora de la *prudentia iuris*.

El sistema, en el sentido de totalidad con que suele utilizarse el término por la doctrina, sólo puede explicarse como una noción relativa a la unidad axiológica que funda el orden de relaciones entre los variadisimos valores y fines que protege el Ordenamiento jurídico. En un sentido lógico, como advierte VIEHWEG «su construcción no se ha realizado nunca, aunque su existencia se presupone usualmente en nuestro pensamiento jurídico» (39). Por otra parte, cuando se habla del sistema en un sentido lógico, conviene tener en cuenta que la lógica no es un modo de proceder exclusivo del pensamiento sistemático, sino de toda forma de pensamiento; en este sentido subraya VIEHWEG que los nombres de los argumentos utilizados por la lógica jurídica (*a simili, a contrario, a maiore ad minus*) proceden de la tópica, lo que se comprende por cuanto ésta no es del todo ajena al conocimiento deductivo, que es la forma de conocimiento más típicamente lógica (40).

ENGISCH ha destacado la importancia de la «unidad de sentido inmanente al Derecho, considerado como un todo» que subyace en la estructura lógica de todo sistema; la cual, por otra parte, no es sólo una construcción de la ciencia, puesto que la conexión lógica de las proposiciones científicas está posibilitada y determinada por el ordenamiento: esta unidad latente en el ordenamiento y mantenida por un sentido de justicia, por la *Rechtsidee*, que se vierte en los conceptos fundamentales, en los principios organizadores, en las instituciones, permite hablar de un «sistema interno» (no me-

(38) Cfr. LARENZ, *Metodología*, pág. 126.

(39) VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, pág. 114.

(40) VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, págs. 58-59.

ramente «externo» o expositivo) cuya explicitación constituye precisamente la tarea del conocimiento jurídico (41).

La actualidad de la obra de VIEHWEG, por lo que representa como aportación fundamental a la metodología jurídica, acaso pueda dejar por algún tiempo relegada a segundo plano la importancia tradicionalmente reconocida al pensamiento deductivo en la elaboración científica del Derecho. Pero con todo el interés que tiene la tópica como forma del pensamiento problemático, no cabe pensar que la importancia que ahora se le atribuye llegue a desplazar la función de la lógica deductiva propia del pensamiento sistemático. Nuestra personal actitud metodológica se halla muy distante de cualquier forma de dogmatismo, y nos sentimos muy vinculados en nuestro modo de trabajar al método aporético descrito por VIEHWEG. Pero entendemos que el método de la tópica, al que no es ajeno la más perfecta construcción sistemática, cubre sólo una parte del camino que ha de seguir la actividad científica. El propio VIEHWEG reconoce una relativa continuidad entre el oficio de la tópica y el procedimiento deductivo al afirmar que «la tópica señala cómo se encuentran las premisas; la lógica las recibe y trabaja con ellas» (42). Puesto que el proceder de la tópica supone la vinculación a una situación problemática, y una actitud crítica muy apropiada a los cambios de situación del problema, es natural que la ciencia jurídica proceda según el método de la tópica en la investigación de la realidad jurídica, que considerábamos más atrás como una realidad constitutivamente problemática.

Pero es propio del conocimiento científico establecer proposiciones de validez general, aunque no necesariamente mantenerlas de una manera indefinida. Sin tales proposiciones difícilmente podrían adoptarse «puntos de vista» según el proceder de la tópica. El empleo de la tópica en la investigación científica del Derecho se hace necesario en la medida en que se pretende una constante adecuación del conocimiento a la realidad, sin lo cual ciertamente no se podría mantener el empeño de orientar la tarea de investigación científica a la elaboración de un sistema abierto.

ENRIQUE LALAGUNA.

---

(41) ENGISCH, K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, páginas 2, 35, 80, 83, *passim*.

(42) VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, pág. 58.

# LEGISLACION



# Crónica legislativa

SUMARIO: *Reglamento orgánico del Ministerio de Justicia*.—I. Motivos de la reorganización.—II. El Ministerio de Justicia: competencia, atribuciones y estructura orgánica.—III. La Subsecretaría del Departamento.—IV. La Secretaría General Técnica.—V. Dirección General de Justicia.—VI. Dirección General de Asuntos Eclesiásticos.—VII. Dirección General de los Registros y del Notariado.—VIII. Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

## I

El *Boletín Oficial del Estado* de 15 de julio publicó el Decreto número 1.530/68, de 12 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia.

La reorganización que implica el Reglamento viene impuesta por exigencias legislativas: por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, la cual ordena que la competencia específica de los distintos órganos de los Departamentos ministeriales se determinen en sus respectivos Reglamentos Orgánicos; por las Normas aprobadas por el Consejo de Ministros, en 25 de febrero de 1966, que sirvieron de base en la elaboración del Reglamento Orgánico de los distintos Departamentos, y por lo dispuesto por el Decreto de 27 de noviembre de 1967.

En el Reglamento aprobado se mantienen las actuales estructuras en el nivel de Dirección General, variando tan sólo la denominación de las de Prisiones que se designa ahora como Dirección General de Instituciones Penitenciarias; los Servicios de la Subsecretaría y los de las Direcciones Generales se agrupan en unidades especializadas y homogéneas, y se tiene en cuenta la especial naturaleza de los Servicios del Departamento, los mandatos de las

Leyes de Régimen Jurídico, de Procedimiento Administrativo, las disposiciones vigentes sobre la materia y los postulados en que se asienta la reforma administrativa.

Se suprimen órganos que no responden a las razones que motivaron su creación, se actualizan y unifican otros para dotarlos de efectividad, se refuerza la coordinación de los Servicios y se establece una mayor conexión con el Jefe del Departamento.

## II

El Ministerio de Justicia, cuyo titular es el Notario Mayor del Reino, es el órgano de la Administración Central del Estado, encargado de la ordenación, dirección y ejecución de la política del Gobierno, en cuanto afecta a la conservación y desarrollo de un Orden de Derecho, velando por la armonía del Ordenamiento jurídico; a la preparación de la legislación codificada y de la que, por su carácter general, no está especialmente atribuida a otros Departamentos, por razón de sus propias funciones; a la preparación y propuesta del ejercicio de la prerrogativa de gracia, potestativa del Jefe del Estado; a las relaciones con la Iglesia Católica, sin perjuicio de la competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores; a la organización y ordenación de la Administración de Justicia, a la que proveerá de los medios precisos para que desarrolle su función, con independencia y eficacia; al Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, y a las relaciones con los Colegios de Abogados y Procuradores; a la Fe Pública Notarial, al Registro Civil, y, en materia de Registros, al ordenamiento de los derechos que puedan y deban ser sujetos a asientos registrales; a la ejecución estrictamente vinculada a derecho de las resoluciones que lleven aparejada privación de libertad, procurando la readaptación civil del condenado; a todas las cuestiones relacionadas con el ejercicio y protección en vía administrativa del Derecho civil a la libertad religiosa; a la protección de los menores de edad y a la jurisdicción tutelar de los mismos, a la tutela de la mujer moralmente abandonada y a la de los familiares del recluso durante el cumplimiento de la condena; a la conservación de los originales de las disposiciones generales y a la publicación de Ta-

blas de vigencias y de la «Colección legislativa de España», y a la colaboración con Organismos nacionales e internacionales que tengan entre sus fines la investigación científica del derecho y cualesquiera otros relacionados con las materias procedentes.

La estructura orgánica del Ministerio de Justicia es la siguiente: Ministro, Subsecretaría del Departamento, Secretaría General Técnica; Dirección General de Justicia, Dirección General de Asuntos Eclesiásticos, Dirección General de los Registros y del Notariado, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Organismos dependientes del Ministerio y Entidades Estatales Autónomas adscritas al Departamento.

### III

La Subsecretaría del Departamento es el órgano superior que ostenta la representación del Ministerio, por delegación del Ministro, y está encargado de la Jefatura de todo el personal del Departamento y de la resolución de todos los asuntos que se refieran al mismo, salvo los reservados por la Ley a otros órganos; al régimen interno de los Servicios generales; de la inspección de los Centros, Dependencias, Organismos y Entidades, y la resolución de expedientes, cuando no sea facultad privativa del Ministro, de los Directores Generales o del Secretario General Técnico.

Corresponden también a la Subsecretaría, sin perjuicio de la competencia específica del Ministro, la preparación, vigilancia y ejecución de la política del Departamento en orden: a las actividades de organismos, vinculados al Ministerio, cuando no dependan directamente del titular del Departamento o de cualquiera de los Centros Directivos del mismo; a los asuntos de gracia; a la revisión de Sentencias en materia penal y a la rehabilitación mediante la cancelación de antecedentes penales; a la cooperación con la Administración de Justicia, en materia de extradición, comisiones rogatorias, suplicatorios y exhortos; a la dirección y coordinación de la gestión económica del Ministerio, y a las restantes cuestiones que le encomiende expresamente el Ministro.

La estructura orgánica de la Subsecretaría es la siguiente: Subsecretario, Servicios de Asuntos de Gracia, Recursos y de Conflictos

jurisdiccionales, Oficialía Mayor, Intervención y Contabilidad y Oficina de Prensa.

#### IV

La Secretaría General Técnica es el órgano al que corresponde, con carácter general, realizar estudios y reunir documentación sobre las materias propias del Ministerio de Justicia.

La estructura orgánica de dicha Secretaría es la siguiente: Secretario General Técnico, Gabinete de Estudios e Informes, Gabinete de Cooperación Jurídica Internacional, Gabinete de Programación, Gabinete de Documentación y Publicaciones y Oficina Administrativa.

#### V

La Dirección General de Justicia es, con carácter general, el órgano de relación con la Administración de Justicia, y, sin perjuicio de la competencia específica del Ministro, le corresponde el estudio, preparación, resolución y ejecución de cuantos asuntos se refieran a las relaciones con los Organismos judiciales; a las relaciones con los Organismos profesionales de Abogados y Procuradores; a las relaciones con la Comisión Mixta de Competencia; a la elaboración de disposiciones legales, en cuanto se refiere a la organización judicial y al funcionamiento de la Administración de Justicia, y a la programación, ordenación y distribución de los elementos personales y medios materiales que precise la jurisdicción.

La estructura orgánica de dicha Dirección General es la siguiente: Director General; Servicio de Relaciones con la Administración de Justicia; Servicio de Organización y Medios de la Administración de Justicia, y Servicio de Personal de los cuerpos en función asistencial a la Administración de Justicia.

## VI

La Dirección General de Asuntos Eclesiásticos es el órgano encargado, con carácter general, del estudio, asistencia técnica, propuesta y aplicación de las actividades del Departamento encaminadas a: procurar la tutela de los derechos públicos subjetivos de libertad religiosa que puedan corresponder a quienes profesan la Religión Católica, Apostólica y Romana; cuidar del cumplimiento de los principios de catolicidad establecidos en el Ordenamiento jurídico del Estado; programar y distribuir los medios materiales para la dotación del Clero y el ejercicio del Magisterio y Apostolado de la Iglesia, así como promover la constitución del Patrimonio Eclesiástico, y mantener las relaciones del Departamento con la Iglesia Católica.

La estructura orgánica de la citada Dirección General es la siguiente: Director General y Servicio de Asuntos Eclesiásticos.

## VII

La Dirección General de los Registros y del Notariado es el órgano encargado, con carácter general, de estudiar, proponer y aplicar la política del Departamento en relación con las cuestiones inherentes a la fe pública notarial y a la materia registral que recaiga directamente sobre el Derecho privado en los términos establecidos en la legislación vigente. Son sus funciones específicas: la dirección, inspección y vigilancia del Notariado y la resolución de cuantas incidencias y consultas puedan surgir respecto a la aplicación, inteligencia y ejecución de la Ley del Notariado, su Reglamento y disposiciones complementarias; la dirección e inspección de los Registros de la Propiedad, Mercantiles, Civiles y Especiales y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales en materia registral, resolviendo cuantas incidencias y consultas puedan surgir en su cumplimiento y aplicación; la elaboración de anteproyectos; el conocimiento y, en su caso, informe de cuantos pro-

yectos de Ley o normas de rango inferior afecten a las materias de su competencia; la programación y distribución de los medios personales y materiales que sean precisos para el desenvolvimiento de las materias propias del Notariado y de la actividad registral; la selección, régimen y gobierno de los Cuerpos Especial Facultativo de Letrados, Notarios, Registradores, y Médicos del Registro Civil, y el mantenimiento de las relaciones con sus Organismos profesionales; la resolución de los recursos gubernativos que se establecen, conforme a las Leyes en materia registral, y la consiguiente creación de una doctrina uniforme, y las demás funciones encomendadas por el Ordenamiento, y, especialmente, por la legislación hipotecaria, notarial y de los Registros Civil y Mercantil.

La estructura orgánica de la expresada Dirección General es la siguiente: Director General; Inspección Delegada; Servicios de Recursos Gubernativos; Servicio del Sistema Notarial; Servicio del Sistema Registral Inmobiliario y Mercantil, y Servicio de la Nacionalidad y del Estado Civil.

Corresponde a la Intervención Delegada, cuyo nivel orgánico es el de Servicio: ejercer, en su carácter de Inspección Central, la función delegada de inspección y vigilancia sobre todos los Servicios y Organismos del Centro Directivo; prestar asistencia técnica al Director General en las materias propias de la competencia del Centro Directivo, ejerciendo las funciones que le sean encomendadas por disposición legal o delegadas expresamente por la superioridad; conocer de las cuestiones del personal del Cuerpo Facultativo de la Dirección General; mantener, por delegación del Director General, las relaciones del Centro Directivo con los Organismos y Servicios del Departamento o ajenos a él; realizar estudios y redactar informes, mociones y proyectos en materias de la competencia del Centro Directivo; dirigir la formación y conservación de la sección de la Biblioteca especializada en materias de la competencia del Centro, ficheros de jurisprudencia y doctrina, y demás documentación análoga, en coordinación con el Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica.

Corresponde al Servicio de Recursos Gubernativos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles: estudiar, preparar y formular propuestas de resolución en los recursos contra las calificaciones de los Registradores antes mencionadas,

así como las de los Registradores Mercantiles, en su función de Encargados del Registro de ventas a plazos de bienes muebles, y redactar, con carácter periódico, una Memoria resumen de la doctrina del Centro Directivo en las materias de la competencia del Servicio.

Corresponde al Servicio del Sistema Notarial: mantener las relaciones con la Junta de Decanos, Juntas Directivas, Juntas de Patronato de la Mutualidad Notarial de Empleados; Comisiones Auxiliares, Notarios, empleados de Notarías y particulares en general, en todas las materias que afectan al sistema notarial; preparar y redactar informes técnicos de los proyectos de disposiciones de todo orden que se le encomienden por la superioridad y, en particular, los que se relacionen con la función notarial; estudiar y formular propuestas de reforma de las disposiciones orgánicas del Notariado, especialmente, Reglamento, demarcación, aranceles, relaciones de trabajo entre Notarios y empleados y Mutualidades de ambos; estudiar y formular propuestas de resolución en materia de impugnaciones y recursos y en consultas sobre legislación notarial, y velar por el más exacto cumplimiento de la fe pública en todas sus manifestaciones, incluida la ejercitada por Agentes diplomáticos o consulares en el extranjero, y manteniendo a tales efectos con dichos Agentes, y con la Dirección General de Asuntos Consulares, las relaciones precisas.

La estructura orgánica del referido Sistema es la siguiente: Sección de relaciones con los Notarios y empleados y con sus respectivos Organismos profesionales, y Sección de Organización y Funcionamiento del Registro General de Actos de Ultima Voluntad.

Corresponde al Servicio del Sistema Registral Inmobiliario y Mercantil: mantener las relaciones con el Colegio Nacional de Registradores, con los Registradores y su personal auxiliar y con los particulares en todas las materias que afecten al sistema registral inmobiliario, hipotecario y mercantil; preparar y redactar los informes técnicos de los proyectos de disposiciones de todo orden que se les encomienden por la superioridad y, en particular, los que se relacionen con la función registral inmobiliaria y mercantil; estudiar y formular propuestas de resolución en materia: de impugnaciones y recursos, exceptuados los gubernativos, y de consultas sobre la legislación hipotecaria y mercantil en materia registral, y

velar por el más exacto cumplimiento de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en todas sus manifestaciones.

La estructura orgánica del expresado Sistema es la siguiente: Sección de Relaciones con los Registradores de la Propiedad y Mercantiles con el personal auxiliar y con sus Organismos profesionales, y Sección de Registros Centrales Especiales—general de Sociedades, de Contratos declarados nulos, y de Venta a Plazos—.

Corresponde al Servicio de la Nacionalidad y del Estado Civil: mantener las relaciones con todos los Organismos y funcionarios que, de cualquier forma, conozcan de cuestiones relativas o afines a la nacionalidad o estado civil y, en particular, con la Junta de Médicos del Registro Civil; preparar y redactar los informes técnicos de los proyectos de disposiciones que se les encomienden por la superioridad y, en particular, las que se relacionen con la materia relativa al estado civil en su aspecto sustantivo, especialmente en cuestiones de nacionalidad, filiación y matrimonio, y los que se relacionen con la función registral en su aspecto formal o adjetivo y con el funcionamiento y organización de los Registros Civiles; estudiar y formular propuestas en los expedientes siguientes: concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza, concesión de la nacionalidad por residencia, dispensa de vuelta al territorio español para la recuperación de la nacionalidad, pérdida de nacionalidad, dispensa sobre matrimonio civil y matrimonios civiles secretos, cambios de nombres y apellidos de la competencia del Ministro o del Gobierno y, en general, todos cuantos se refieran al estado civil y sean de la competencia, en primera instancia, de la Dirección General o autoridades superiores; estudiar y formular propuestas de resolución en consultas relativas a la celebración de matrimonios civiles, nacionalidad y, en general, al estado civil o sobre cuestiones de carácter general, relativas al funcionamiento y organización del Registro Civil, y redactar las instrucciones oportunas sobre estas materias; estudiar y formular propuestas de resolución en las apelaciones entabladas contra las decisiones de los Jueces de Primera Instancia en materia de matrimonio civil y, en general, las relativas al estado civil en su aspecto sustantivo, así como la rectificación y reconstrucción del Registro, y demás relativas al Registro Civil; estudiar y formular proyectos de resolución en la pu-

blicación de matrimonios civiles secretos, cuando la decisión compete al Director General, y velar por el más exacto cumplimiento de la función calificadora de los encargados de Registro Civil en todas sus manifestaciones.

## VIII

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias es el órgano encargado, con carácter general, de la dirección, gestión y resolución de todos cuantos asuntos afecten a la Administración y al Régimen Penitenciarios.

La estructura orgánica de esta Dirección General es la siguiente: Director General, Servicio Técnico y Jurídico de Asuntos Penitenciarios; Inspección General Penitenciaria, y Servicio de Asuntos Administrativos y Económicos de la Dirección General.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.



VIDA JURIDICA



# El plan de reforma de la Justicia y su estado actual

(Discurso del Excmo. Sr. Ministro de Justicia con ocasión de la  
solemne apertura de Tribunales del presente año)

Especial relevancia ha tenido este año el tradicional discurso de apertura de los Tribunales por concurrir la doble circunstancia excepcional de persona y tema. El cometido que normalmente asume el Presidente del Tribunal Supremo lo ha cubierto este año el propio Ministro de Justicia para abordar el tema candente de la reforma judicial.

Exponemos seguidamente los puntos esenciales del contenido del discurso siguiendo en lo posible sus propios epígrafes:

## I.—ESTADO ACTUAL DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA.

Hace cuatro años, y en la misma solemne ocasión, el entonces Ministro de Justicia, don Antonio Iturmendi Bañales, señaló que la reforma proyectada había de ser total y tenía que articularse sobre estos ejes fundamentales:

1. Ley Orgánica de la Justicia.
2. Nuevos Códigos Procesales Civil y Penal.
3. Modernización y perfeccionamiento de la mecánica de los servicios judiciales.

En lo que se refiere a la Ley Orgánica de la Justicia, un primer Anteproyecto de Ley de Bases elaborado por la ponencia ha sido

remitido a información de diversos Organismos, colegios profesionales y destacados juristas. Cuando se reciba esta información, la Comisión de Códigos procederá a su estudio, con el fin de redactar el Anteproyecto definitivo que ha de ser elevado al Gobierno previo dictamen de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

En cuanto a los Códigos procesales civil y penal, se hallan ambos en fase de Anteproyecto, que una vez revisado e informado será también remitido al Gobierno.

Finalmente, la modernización y perfeccionamiento de la mecánica de los servicios judiciales requiere realizar los estudios correspondientes para que la Administración de Justicia se incorpore al movimiento renovador de la tecnificación de los servicios públicos. Hay que desechar el viejo prejuicio de que la actividad de los Tribunales difiere radicalmente de la actividad de la Administración y que no pueden aplicarse a la Justicia las técnicas que tan excelentes resultados han producido en la función administrativa.

## II.—CRITERIOS INFORMADORES DE LOS ANTEPROYECTOS.

La reforma ha de ser general, total y coordinada. Esto es hoy opinión común, hasta el extremo de que las reformas parciales de carácter coyuntural realizadas hasta la fecha han sido objeto de vivas críticas. No se trata de conseguir mejoras parciales, sino de instaurar nuevos sistemas de enjuiciamiento conforme a directrices socio-económicas muy diferentes de las que informan los sistemas en vigor, lo que impone una nueva ordenación orgánica y una reorganización de servicios y funciones. Esto en cuanto al ámbito general de la reforma; en cuanto a los distintos anteproyectos, los criterios expuestos son los siguientes:

### A) *Ley Orgánica de la Justicia.*

#### 1. Principios fundamentales de organización judicial

La nota diferenciadora y típica de la función jurisdiccional es la que se recoge en el principio denominado independencia de la justicia, formalizado en la expresión «poder judicial». Para que este

principio tenga reflejo en una realidad operativa hay que seguir una doble vía: la objetivación de la función mediante la dependencia normativa del fallo judicial, y el reforzamiento de la personalidad de quienes la llevan a cabo ordenando su régimen jurídico sobre las bases de la autoridad y la responsabilidad. Todo ello lleva a la conclusión de la necesidad de ordenar la organización y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales sobre la base de la más estricta legalidad. Pero esta independencia, esta autonomía funcional, exige una correcta delimitación tanto en su aspecto activo como pasivo, evitando cercenar su ámbito y atribuirle otras actuaciones que no le son propias, lo que obliga a una revisión de algunas atribuciones actualmente concedidas a los Tribunales de Justicia que no emanan de normas orgánicas fundamentales, sino de otras de muy variado orden, reguladoras de funciones administrativas. Para que la Justicia pueda ser auténticamente exclusiva y excluyente ha de ser íntegra, y para ello es indispensable que la organización judicial sea única revirtiendo a sus órganos cuanto entrañe desempeño de funciones judiciales. Esta integración no perjudicará a la efectividad de la función, pues se puede atender a las exigencias de los tiempos y a la complejidad de la vida jurídica, mediante la especialización de los órganos.

## 2. Extensión y límites de la función jurisdiccional.

Se determinan como principio general, aunque no de modo absoluto, por el tradicional criterio de territorialidad, contemplando por separado los distintos órdenes civil, laboral, administrativo y penal. En principio, las materias propias de cada orden judicial sólo pueden ser conocidas por los órganos propios de cada uno, pues las normas que regulan la extensión y límites de la jurisdicción se consideran no dispositivas, salvo a efectos puramente prejudiciales. Las normas delimitadoras de la jurisdicción se completan con las que reglamentan el auxilio que debe prestarse a la justicia, así en el orden interno como en el internacional.

## 3. Organización de los Juzgados y Tribunales.

Se mantienen con algunas modificaciones los principios que rigen la actual. Se incorpora un nuevo órgano, el Tribunal o Tri-

bunales centrales con jurisdicción en todo el territorio nacional, y se modifica de modo importante la anterior orientación en cuanto a los órganos llamados a conocer de la segunda instancia, atendiendo más a postulados científicos que a razones de pura ordenación jerárquica. En orden a los órganos unipersonales, se distribuye la función de instancia entre dos tipos de Juzgados, atendiendo a un criterio preferentemente cuantitativo, atribuyéndoles el enjuiciamiento de los delitos que se califican de menores.

#### B) *Código Procesal Civil.*

Destaca en él la presencia de un Título Preliminar con normas específicas de la materia procesal, referentes al ámbito de su Código, naturaleza de sus normas, reglas de aplicación en tiempo y espacio, criterios de interpretación, etc., llenando una evidente laguna de la actual legislación.

En el Libro primero destacan como novedades más importantes el tratamiento de la competencia territorial y la regulación del régimen jurídico de las partes.

En cuanto a la posición del Juez en el proceso seguirá nuestro proceso civil informado por los principios dispositivos y de justicia rogada, lo que no excluye la necesidad de que el impulso y dirección de aquél estén encomendados al oficio del Juez, ampliando sus poderes, sobre todo en lo concerniente a las pruebas, y con ello el ámbito de la investigación oficial, arbitrando diversos medios para conseguir una mayor eficacia del proceso y la sociabilidad de la justicia.

En orden a los tipos procesales, se ha postulado mucho por la creación del proceso monitorio, cuya finalidad se trata de conseguir en el Anteproyecto mediante la regulación general de la inactividad de la parte demandada.

#### C) *Código Procesal Penal.*

La necesidad de la reforma procesal penal viene impuesta por tres órdenes de razones: científicas, políticas y técnicas.

En cuanto a lo primero, es evidente que las circunstancias de

la época actual exigen soluciones nuevas para problemas nuevos. A casi un siglo de vigencia, el extraordinario cambio de las construcciones jurídicas y de todo orden hacen que el Código resulte anticuado e insuficiente.

Desde el punto de vista político, la reforma del proceso suele plantearse sobre el dilema autoritario-liberal. Superadas estas posiciones, debemos propugnar un Estado de justicia que, garantizando debidamente la situación del imputado en el proceso penal, proteja a la comunidad frente a la conducta criminal y realice así la justicia penal, en cuanto lucha con el delito.

En el orden técnico, la reforma viene impuesta por las especiales características de la delincuencia actual, en la que destaca un considerable descenso de los tipos delictivos tradicionales sustituidos por conductas delictivas derivadas de los adelantos técnicos (caso de infracciones con vehículos de motor) o de las nuevas corrientes comerciales y económicas (delito financiero, fraudes a accionistas, etc.). El avance de la técnica y el aumento considerable de los núcleos de población ha provocado una delincuencia de masas, mínima en su alcance sancionador, que exige un proceso abreviado y rápido. Ahora bien: esas exigencias de brevedad y rapidez no deben suponer fractura en los principios institucionales. En definitiva, en el orden de los principios técnicos, el proceso penal ha de estar polarizado en torno al binomio rapidez y garantías,

### III.—MODERNIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS JUDICIALES.

Tan indispensable como la modernización de los Códigos de procedimientos es la modernización de la mecánica del trabajo y del aspecto administrativo de los despachos judiciales. La idea de la racionalización del trabajo es aplicable también a la función jurisdiccional, que aun siendo fundamentalmente de orden intelectual se refleja en un trabajo burocrático o de oficina. Mediante una buena organización burocrática se puede conseguir que los elementos materiales de que ha de valerse la actividad intelectual se coloquen ante la mirada del juzgador de forma tal que la com-

prensión del problema y el trabajo de reflexión resulten más fáciles y ordenados.

En el pasado siglo, el Estado era en todas sus manifestaciones un ente pasivo al que sólo preocupaba el aspecto de las «garantías jurídicas». Por curiosa paradoja, dicha exigencia se concretó en una serie de formalismos sin cuento causantes de una carestía y complejidad que determinaron, en definitiva, la ineficacia, en mayor o menor grado, de los servicios llamados a realizar aquellas funciones. Hoy debemos tratar de montar los servicios públicos de manera que la forma, en cuanto garantía, se coordine con los principios de la técnica organizativa, basados en la economía, simplicidad y eficacia. En este orden de cosas, una de las mayores preocupaciones ha sido lograr que la organización judicial actual tenga una equilibrada distribución de funciones que evite la congestión de ciertos órganos y la escasa actividad de otros, mediante una racional reforma de la demarcación judicial y una adecuada distribución jerárquica de competencias más acorde con los tiempos y necesidades actuales.

Concluyó el Ministro su discurso con una referencia pormenorizada a las reformas concretas emprendidas en orden a personal, instalaciones, mecanización y demás medios instrumentales del servicio judicial.

# JURISPRUDENCIA



# 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, trivía<sup>1</sup>, 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*, 2.582, 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 BRUATU, 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Declara ser soltera y que, por haber fallecido sus padres, no tiene herederos forzosos.»

«4.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> «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.<sup>a</sup> «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.<sup>a</sup> «Mando a mi sobrina M. A. Y. 500 pesetas en metálico».

7.<sup>a</sup> «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.<sup>a</sup> «Estas dos últimas mandas se abonarán del metálico o bienes existentes en la casa, de los cuales recibirá en menos mi sobrino M».

9.<sup>a</sup> «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.<sup>a</sup> «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.<sup>a</sup> «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.<sup>a</sup> «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.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> (en relación a don M. y doña B.) y 11.<sup>a</sup> (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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>

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.<sup>a</sup> No pueden tomarse en cuenta las alegaciones del recurrente, en cuanto a que la redacción de dicha cláusula 9.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 caber 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 íntegro 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 viual 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 vengán 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Los tres primeros motivos del recurso pretenden que la sentencia impugnada había infringido los artículos 600, 601 [sic] (76), 834, 838, 1.<sup>o</sup>, 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.<sup>a</sup> 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.<sup>o</sup> 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 *demandas*, 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> ... (98).

3.<sup>a</sup> ... (99).

4.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>o</sup> 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.<sup>o</sup>, 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 Centra<sup>1</sup>.

---

(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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Lego a mi hijo V. el piso sito en...»

«8.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> del otorgamiento se disponía:

«Quedaré 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Tampoco cabe acoger el motivo 4.º, basado en que la cláusula 4.<sup>a</sup>, 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.<sup>a</sup> *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.<sup>a</sup> *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.<sup>a</sup> *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.<sup>a</sup> *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.<sup>a</sup> *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.<sup>a</sup> *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: Unicamente 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.



## II. Resoluciones y sentencias

### I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

**PRÓRROGA DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.**—PRESENTADO EL DOCUMENTO QUE ORDENA LA PRÓRROGA ANTES DE LA CADUCIDAD DE AQUÉLLA, Y RETIRADO PARA EL PAGO DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, COMO AL DEVOLVERSE AL REGISTRO LO FUE DENTRO DEL PLAZO DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN, ES FACTIBLE LA PRÓRROGA, AUNQUE LA FECHA DE LOS CUATRO AÑOS DE LA ANOTACIÓN HUBIESEN TRANSCURRIDO.

SIENDO EL DOCUMENTO PRESENTADO UN TESTIMONIO JUDICIAL DE LA PROVIDENCIA QUE ORDENABA LA PRÓRROGA, AUNQUE FORMALMENTE PUDIERA DISCUTIRSE SI TAL TESTIMONIO ERA EL DOCUMENTO ADECUADO, COMO DENTRO DEL PLAZO DE VIGENCIA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN, SE ACOMPAÑÓ AL MISMO UN MANDAMIENTO COMO DOCUMENTO COMPLEMENTARIO, HUELGA TODA DISCUSIÓN EN CUANTO A LA IDONEIDAD DEL TÍTULO, Y ESTO, APARTE EL NECESARIO ESPÍRITU DE COLABORACIÓN QUE DEBE ANIMAR A LOS FUNCIONARIOS PARA LA MEJOR REALIZACIÓN DEL DERECHO, ACONSEJA ESTIMAR SUBSANADO EL DEFECTO.

*Resolución de 16 de mayo de 1968 («B. O.» de 26 de junio de igual año).*

En juicio ejecutivo seguido en el Juzgado número 3. de Sevilla, a instancia del Banco de España contra «Hijos de Luca de Tena, S. A.», reclamando 3.293.974,34 pesetas de principal, más 350.000 por intereses, costas y gastos, en 17 de julio de 1962 se decretó el embargo de varias fincas de la Entidad deu-

dora, inscritas en el Registro de la Propiedad número 1 de Sevilla; por providencia de 27 siguiente se acordó librar mandamiento para que el embargo se anotase en el Registro, el cual fue expedido en la misma fecha, adicionándose posteriormente por otra providencia de 3 de septiembre del mismo año, para acomodar la descripción de las fincas embargadas a la que constaba en la oficina registral. El 5 de septiembre quedó anotado el embargo sobre las fincas indicadas; y próximo a terminar el plazo de vigencia de las anotaciones por providencia de 31 de agosto de 1966, se decretó la prórroga de las mismas, de conformidad con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, presentándose en el Registro testimonio de la resolución judicial el día 1 de septiembre. Una vez extendido el asiento de presentación, fue retirado el documento para la liquidación de los impuestos.

Pasado el testimonio judicial por la oficina liquidadora competente, fue de nuevo presentado en el Registro el día 10 de octubre de 1966, acompañado de un mandamiento judicial complementario de fecha 31 de agosto, siendo calificado el 13 de octubre con la siguiente nota: «Presentado el precedente testimonio..., acompañado de un mandamiento, dirigido al mismo por el señor Juez de Primera Instancia número 3 de la misma fecha de 31 de agosto último, como complementario de aquél, no se practica la prórroga de la anotación comprensiva de los mismos, porque, exigiendo el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, que la prórroga de las anotaciones habrá de ser practicada antes de que caduque el asiento, y si bien el testimonio se presentó el 1 de septiembre último, fue retirado y devuelto el 10 del actual, acompañado del mandamiento, que sería el título por el que se hubiera practicado la prórroga, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 257 de dicha Ley. Como la anotación, cuya prórroga se ordena fue extendida el 5 de septiembre de 1962, al devolverse el testimonio con el referido mandamiento, la anotación estaba ya caducada.»

Interpuso recurso, en el cual el Juez que intervino en el procedimiento informó: Respecto de la 1.<sup>a</sup> cuestión, que hay que atenerse a la fecha de la anotación, no jugando para nada la del asiento de la prórroga en el Diario; en cuanto a la 2.<sup>a</sup>, que considera idóneo el título presentado, aun cuando se aparte algo de las ritualidades que la práctica forense tiene establecidas. Revocada la nota calificadora por el Presidente de la Audiencia, la Dirección confirma el Auto apelado, mediante la doctrina siguiente:

Que en este recurso se plantean las dos siguientes cuestiones:

a) Si puede prorrogarse una anotación preventiva de embargo, cuando el documento que ordena tal prórroga se presentó antes de la caducidad de aquélla, y retirado para el pago del impuesto de transmisiones, se devuelve al Registro una vez transcurrida la fecha de caducidad de la anotación, pero dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación.

b) Si tiene el carácter de título a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el testimonio judicial de la providencia que ordenó la prórroga al que después se acompaña, el mandamiento expedido para dar cumplimiento a la mencionada providencia.

Que la primera cuestión es la misma que se resolvió en la Resolución de 15 de abril de 1968, en la que se declaró que el hecho de que la caducidad opere automáticamente y que por ministerio de la Ley cesen los efectos o limitaciones que la anotación lleva consigo, no es óbice para que pueda prorrogarse la misma, si los documentos necesarios para practicarse se presentaron en tiempo y forma oportunos, aunque materialmente y por exigencias del despacho de oficinas o por otra causa legalmente fundada, como ocurre en el presente caso, en el que se retiró el documento presentado para la satisfacción del impuesto, según el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, haya de realizarse la operación con posterioridad al día del vencimiento de la anotación, siempre que sea dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación.

Que, en cuanto a la segunda cuestión, los Registradores de la Propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, que ha recogido reiterada jurisprudencia de este Centro, se encuentran facultados para calificar las formalidades extrínsecas y ciertos requisitos de los documentos judiciales, a fin de que, cuando hayan de producir asientos en el Registro, se ajusten a las normas jurídicas, materiales, y formales aplicables.

Que el artículo 288 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena el empleo del mandamiento para la práctica de las diligencias judiciales, cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, y por ello al artículo 257 de la Ley Hipotecaria, en consonancia con esta disposición, establece idéntica norma, excepto cuando se trata de ejecutorias, al prescribir que el Juzgado expedirá el mandamiento correspondiente, que se presentará por duplicado en el Registro, y una vez despachado se devolverá uno de los ejemplares, archivándose el otro.

Que en este expediente, en lugar del mandamiento, se presentó el testimonio de la providencia judicial, que ordenaba la prórroga, y aun cuando formalmente pudiera discutirse si este último documento era el adecuado, dados los rigurosos términos del artículo 257 de la Ley Hipotecaria, hay que tener en cuenta que el mandamiento no es más que la ejecución del acuerdo contenido en la resolución judicial, por lo que, al presentarse ésta, se contienen, literal e íntegramente, todos los particulares que el artículo 165 del Reglamento Hipotecario exige se inserten en el mandamiento; que, además, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, se acompañó al testimonio el mismo mandamiento como documento complementario, y así lo consideró el propio funcionario calificador al no practicar un asiento de presentación independiente del primero, por lo que huelga toda discusión en cuanto a la idoneidad del título, y, por último, que al constar en los libros registrales, antes del vencimiento de la prórroga, la constancia de una resolución judicial, que establecía a continuación de la anotación, el necesario espíritu de colaboración que debe animar a los funcionarios para la mejor realización del Derecho, aconsejan estimar subsanado el defecto.

**HIPOTECA DEL DERECHO DE USUFRUCTO POR EL TITULAR DEL PLENO DOMINIO DE LOS INMUEBLES.**—ES INSCRIBIBLE, PUES, EN CASO DE EJECUCIÓN POR EL ACREEDOR HIPOTECARIO, SI SE CUMPLE LA OBLIGACIÓN ASEGURADA. DARÍA LUGAR AL NACIMIENTO DE UN DERECHO REAL DE USUFRUCTO A FAVOR DEL ADJUDICATARIO, SIN VULNERAR EL ARTÍCULO 467 DEL CÓDIGO CIVIL.

LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR, ESTABLECIDA POR LA DONANTE, NO OBS-  
TACULIZA LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA SOBRE EL USUFRUCTO, YA  
QUE, FALLECIDA LA TITULAR DEL MISMO, EN CASO DE REVERSIÓN, QUE ES  
PARA LO QUE SE ESTABLECE LA PROHIBICIÓN, LAS FINCAS REVERTIRÁN, EN  
CALIDAD DE LIBRES, AL HABERSE EXTINGUIDO LA HIPOTECA POR MUERTE  
DE LA HIPOTECANTE USUFRUCTUARIA.

NO ES PRECISO HACER CONSTAR EN LA ESCRITURA QUE LA HIPOTECA HA  
DE QUEDAR EXTINGUIDA AL FALLECIMIENTO DEL HIPOTECANTE, PUESTO QUE,  
TRATÁNDOSE DE UN USUFRUCTO VITALICIO, RESULTARÁ ÉSTE EXTINGUIDO,  
DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 513 DEL CÓDIGO CIVIL, POR MUERTE DEL  
TITULAR.

*Resolución de 27 de mayo de 1966 («B. O.» de 27 de junio de  
igual año).*

Por escritura otorgada en Caravaca, el 12 de mayo de 1966, los cónyuges don F. P. y doña C. S. constituyeron en favor de su hija, doña M., una dote de 250.000 pesetas, que fue garantizada por la esposa, con licencia de su marido, mediante hipoteca sobre el usufructo vitalicio en determinadas fincas, sitas en Calasparra, que le pertenecían como consecuencia de división material con sus hermanos y procedentes las indicadas fincas de donación anterior de su madre, doña J. A. R. P., «en cuya donación se determinó que, si cualquiera de los donatarios falleciese antes de ocurrir el fallecimiento de la donante, sin dejar descendencia legítima, los bienes donados acrecerían a los sobrevivientes o a sus respectivos descendientes, y si éstos no existiesen, los bienes revertirían a la misma donante». En el instrumento se hace constar que, «no habiendo fallecido todavía la donante, doña J. A. R. P., subsiste en su integridad la limitación indicada, sin que la misma, sin embargo, afecte al contenido de esta escritura, puesto que, como se indica, la hipoteca afecta exclusivamente al usufructo de las descritas fincas».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, mediante el cual doña C. S. constituye hipoteca a favor de su hija, doña M., sobre el usufructo vitalicio de las fincas que se describen en el mismo documento:

1.º Porque estando las fincas que el documento comprende, afectas a las condiciones de la escritura de donación, otorgada el día 14 de octubre de 1941, ante el Notario de Madrid, don Toribio Gimeno Bayó, por doña J. A. R. P., a favor de sus hijos, don R., doña J., y la anteriormente expresada, doña C. S., cuyas condiciones no son solamente las que se refieren en el documento, sino también, y según el Registro, la de que ni los donantes ni sus descendientes podrán, mientras viva la donante, enajenar los bienes donados, por quedar afectos éstos a esa posible reversión, no pudo dicha doña C. S., vigente la prohibición referida, constituir válidamente la hipoteca a que este documento se refiere.

2.º Porque habiéndose constituido la referida hipoteca sobre el usufructo vitalicio de las fincas descritas en el precedente documento, cuyas fincas son propiedad de la señora hipotecante, no ha sido considerado que, siendo el usufructo, de conformidad con el artículo 467 del Código civil, un derecho sobre bienes ajenos, no pudo dicha señora constituir hipoteca sobre el mencionado derecho de usufructo de dichas fincas, como independiente o separado de las demás facultades que integran su dominio sobre las mismas.

3.º Porque no se ha hecho constar en el precedente documento que la hipoteca constituida quedará extinguida al fallecimiento, en este caso, del propietario hipotecante. Los dos primeros defectos son en su naturaleza insubsanables, por lo cual no procede anotación preventiva, que tampoco ha sido solicitada.»

Interpuesto recurso por don Emilio Garrido Cerdá, Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación parcial del Auto presidencial, que estimó el recurso, en cuanto a los motivos 1.º y 3.º de la calificación, y confirmó la nota respecto al 2.º, porque —según dicho auto— el dominio es un derecho universal y único que no admite como norma el desdoblamiento de las facultades que lo integran; la Dirección, repetimos, rechazando en este punto el repetido Auto, declara inscribible la escritura, en méritos de la doctrina siguiente:

Que de los tres defectos señalados en la nota de calificación, el fundamental es el que figura bajo el número 2, relativo a si puede el titular dominical de varias fincas constituir hipoteca exclusivamente sobre el usufructo de las mismas, sin incluir las demás facultades que integran su derecho de dominio.

Que el usufructo, en su categoría de derecho real independiente y autónomo, exige, según el artículo 467 del Código civil, que recaiga sobre bienes ajenos, lo cual supone, por tanto, la existencia de dos personas distintas que sean los titulares de los respectivos derechos de nuda propiedad y usufructo, mientras que, cuando se trata del propietario de los bienes, no puede hablarse propiamente de que ostente un derecho de usufructo, que en este caso recaería sobre cosa propia, sino que ejercita las facultades de aprovechamiento que integran su derecho de dominio.

Que si bien no existe duda de la posibilidad de hipotecar el derecho de usufructo por su titular cuando éste no es el dueño de los bienes usufructuados,

tal como se reconoce en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, aparece discutida la cuestión, si quien pretende realizarlo es el que tiene el pleno dominio de los inmuebles—pese a que los precedentes romanos (Digesto II-1, frag. 11) eran favorables a esta posibilidad, e incluso hoy día, en la Ley de Hipoteca Mobiliaria se permite al propietario pignorar exclusivamente los frutos del inmueble—, con lo que recae la garantía exclusivamente sobre la facultad de goce, con separación de los demás derechos del propietario.

Que si el dueño puede ceder a otra persona el disfrute de sus bienes mediante la constitución de un derecho de usufructo, no parece haya obstáculo para que pueda hipotecar este disfrute como parcela de valor de su derecho de dominio, por tratarse de un acto de menor entidad, en el que aparece gravada sólo una de las facultades del titular, y que, en caso de ejecución por el acreedor hipotecario, si se incumple la obligación asegurada, daría lugar al nacimiento de un derecho real de usufructo a favor del adjudicatario, sin vulneración de la norma del artículo 467 del Código civil.

Que, a mayor abundamiento, el artículo 107, 1.º, de la Ley Hipotecaria no se opone a esta posibilidad, e incluso el párrafo 2.º del mismo artículo prevé, mediante pacto, la posibilidad de que la hipoteca no se extienda al pleno dominio del inmueble, perteneciente a un único dueño, sino sólo a la nuda propiedad, con total exclusión de la facultad de disfrute que al mismo corresponde.

En cuanto a los otros dos efectos de la nota que no es de apreciar la existencia del primero, ya que con la hipoteca constituida sobre el usufructo de las fincas de la donataria no se vulnera la prohibición de enajenar los bienes establecida por la donante, que no tiene más finalidad que coadyuvar a la efectividad de la cláusula de acrecimiento y reversión establecida, caso de cumplirse la condición de morir sin hijos, lo que no aparece contradicho en la escritura calificada, puesto que las fincas gravadas revertirían libres al haberse extinguido la hipoteca, una vez fallecida la titular del usufructo vitalicio.

Por último, en cuanto al tercer defecto, que no es preciso se haga constar expresamente por las partes en la escritura de constitución de hipoteca que ésta ha de quedar extinguida al fallecimiento del propietario hipotecante, ya que, al tratarse de un usufructo vitalicio, resultará éste extinguido, de acuerdo con el artículo 513 del Código civil, por muerte del titular, lo que llevaría consigo igualmente, en base al principio *nemo dat quod non habet*, la extinción de la hipoteca que lo grava.

\* \* \*

Es singular que, en más de un siglo de vigencia de nuestro moderno sistema hipotecario, no se suscitase—que sepamos—ninguna contienda que hubiera de resolver nuestro Centro sobre la hipoteca de este llamado usufructo *causal*, o sea, de la facultad que tiene el propietario de disfrutar sus bienes propios.

Acaso la influencia de nuestros clásicos hipotecaristas, desde GALINDO y ESCOSURA, BARRACHINA y PASTOR, MORELL y TERRY, hasta GAYOSO ARIAS (que, como única opinión contraria, cita la de ARAGONÉS), decididamente inclinados a la posibilidad de hipotecar

el usufructo de cosa propia, fuera la determinante de que, si algún caso se planteara, los Registradores se decidiesen por su admisión.

Pero advino ROCA SASTRE, y con su gran autoridad, reforzada por la de autores extranjeros, hace variar la cuestión.

Así, por ejemplo, VENEZIAN, expresa que no se explica cómo un derecho inexistente, cual éste de usufructo que está por nacer, pueda ser objeto de hipoteca (nota 1, pág. 439, T. I. *Usufructo, uso y habitación*).

Para ROCA, si bien el propietario al enajenar el usufructo lo «crea» o constituye, en el usufructo causal no ocurre nada de esto, pues el propietario continúa disfrutando de sus cosas a título de tal y no de usufructuario.

A esto objetó ORTEGA PARDO: «que, si bien es cierto que al hipotecar el propietario el usufructo sigue disfrutando de la cosa como propietario, no lo es menos que, si al vencimiento no paga la deuda, lo que se vende no es la cosa, sino el usufructo de ella» (*La hipoteca del usufructo y su extinción*, «Revista de Derecho Privado», pág. 826 año 1946).

La objeción no la consideramos válida, toda vez que el mismo autor confiesa que el propietario sigue disfrutando de la cosa como tal. Es tanto como reconocer que el usufructo no ha nacido, está por crear.

Por ello, la Dirección, como queriendo salvar toda duda, aunque vacilante, en el Considerando 4.º expresa: «*que no parece haya obstáculo para que pueda hipotecarse este disfrute como parcela de valor de su derecho de dominio...*» (y que en caso de ejecución..., etcétera. Léase).

Las consecuencias de esta tesis o doctrina pueden ser incalculables: desde la creación de servidumbres, en beneficio de inmueble propio (sin implicar las de signo aparente), a la hipoteca del propietario, pasando incluso, a la del usufructo de la nuda propiedad, condicionando el vencimiento de la deuda con la consolidación de aquél en ésta. (Ver Resolución de 25 de febrero de 1910, que rechazó el usufructo de la nuda propiedad).

No negamos que pragmáticamente sea una solución aceptable. Nobles antecedentes la abonan. Desde el Digesto, como señala el Considerando 3.º, hasta la opinión citada de muchos de nuestros hipotecaristas.

Pero la realidad es que, conforme a nuestra civilística, se opera sobre un derecho inexistente o por crear como se quiera

De los otros dos motivos de la nota calificadora, los razonamientos que para rechazarlos da el Centro directivo son plenamente convincentes.

ANOTACIÓN PREVENTIVA.—CÓMPUTO PARA SU DURACIÓN.—MEDIANDO ANOTACIÓN DE SUSPENSIÓN, DEBIDO A LA EXISTENCIA DE UN DEFECTO SUBSANABLE EN EL TÍTULO QUE LA PRODUJO, TAL CÓMPUTO DEBE HACERSE DESDE EL DÍA EN QUE QUEDÓ PRACTICADA Y NO DESDE LA DE SUSPENSIÓN.

*Resolución de 28 de mayo de 1968 («B. O.» de 28 de junio de igual año).*

Promovida demanda en juicio de mayor cuantía, se decretó por el Juzgado número 17 de Madrid la anotación preventiva de la demanda, y suspendida, según nota de 26 de diciembre de 1962, se adicionó el correspondiente mandamiento por otro de fecha 27 de febrero de 1963, que dio lugar a la siguiente nota, extendida el 4 de marzo del mismo año: «Convertida en anotación preventiva de demanda, la de suspensión, letra Ch), de la finca 1.023, a que se refiere la nota puesta con fecha 26 de diciembre de 1962, por la F) de dicha finca 1.023, al folio 21 del tomo 247 de Vicálvaro. Solicitada por el Procurador la prórroga de la indicada anotación de demanda, el Juzgado accedió a lo pedido, y el 28 de febrero de 1967 se dictó providencia, ordenando librar mandamiento para su práctica, que fue expedido en la misma fecha.

Presentado en el Registro el 2 de marzo del corriente año 1967 el citado documento, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la prórroga de la anotación preventiva a que se refiere el mandamiento que precede, en el Registro de la Propiedad número 8 de esta capital, por haber caducado la vigencia del asiento que se pretende prorrogar, por el transcurso de los cuatro años que establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que la fecha de dicho asiento es la de 26 de diciembre de 1962.»

Interpuso recurso, en el cual el Juez que intervino en el procedimiento informó que, conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, el plazo de duración de las anotaciones preventivas ha de contarse desde la fecha de las mismas, que en el caso actual no puede ser otro, sino el de 4 de marzo de 1963, en que la anotación adquirió su plena validez y eficacia al quedar subsanados los defectos que motivaron que se tomara la de suspensión, y revocada la nota calificadora por el Presidente de la Audiencia, la Dirección confirma el Auto, en méritos de la doctrina siguiente:

Que en este recurso se plantea la cuestión de si el plazo para el cómputo de los cuatro años de duración de una anotación preventiva de demanda se cuenta desde el día en que se practicó, tal como señala el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, o bien se anticipa a la fecha en que tuvo lugar la anotación por suspensión, debido a la existencia de un defecto subsanable en el título que la produjo.

Que las anotaciones de suspensión tienen como finalidad esencial prolongar los efectos del asiento de presentación, con el objeto de ampliar en favor de los presentantes el plazo para completar o subsanar los títulos defectuosos ingresados en el Registro, y de esta manera evitar la posible aparición de un tercero protegido por la *fides publica*, tal como establece el artículo 69 de la Ley, o que caduquen derechos que, de no haber tenido lugar la petición de suspensión, quedarían extinguidos.

Que lo mismo que en los supuestos de títulos perfectos ingresados en el Registro, no juega—como sucede en los asientos de inscripción—la fecha del asiento de presentación para empezar a contar el plazo de vigencia de una anotación preventiva, sino que, con arreglo al artículo 86 de la Ley, cualquiera que sea el origen, se contará desde el mismo día en que se practicó, idéntico criterio habrá de aplicarse cuando el asiento de presentación haya resultado prolongado como consecuencia de una anotación de suspensión y se haya practicado la anotación solicitada, dentro de este plazo, pues el artículo 86 mencionado como precepto especial no contiene excepción alguna, y con ello quedan garantizados los derechos de los titulares registrales.

Que, habiéndose extendido la anotación el 4 de marzo de 1963, y presentado el mandamiento de prórroga con anterioridad a que transcurriesen cuatro años desde aquella fecha, es forzoso reconocer la procedencia de la misma, que permitirá, además, en su día, hacer eficaz la sentencia que se dicte, al continuar publicando el Registro, hasta tanto la contienda finalice, la situación litigiosa del inmueble, circunstancia esta última de tanta importancia, que seguramente movió al legislador a modificar el artículo 199, 2.º, del Reglamento y establecer la prórroga indefinida.

\* \* \*

Con motivo de la Resolución de 15 de abril de 1968, formulábamos en la nota a la misma la siguiente interrogación: «¿Pero es que, una vez presentado el Mandamiento ordenatorio de prórroga, de solicitársele al Registrador que hiciese constar la *caducidad* de la anotación, hubiese accedido a ello»? Para nosotros, sinceramente, mediando o interpuesto el asiento de presentación del aludido mandamiento de prórroga, sea cualquiera el criterio que se sustente, es muy delicado decidirse por la práctica de la caducidad, en tanto aquél—el asiento de presentación—despliegue sus efectos o esté vigente.

No lo entendió así el Registrador, implicado en el recurso, según se desprende de su actuación. Los hechos sucedieron así (copiamos

del *Boletín*). El 3 de junio de 1962 se presentó un Mandamiento, ordenando anotación preventiva de demanda por D. M. contra D. L., cuya anotación no pudo tener efecto por apreciarse algunos defectos subsanables, tomándose en su lugar la de suspensión, que lleva fecha 26 de diciembre de 1962. Tal anotación de suspensión, aunque lo omite el funcionario en su informe, del escrito de impugnación, entresacamos que se convirtió o quedó definitiva el 4 de marzo de 1963 por subsanación de defectos. Esto aclarado, el 2 de marzo de 1967—seguimos al Registrador—se presentó otro mandamiento, en el que se ordenaba la prórroga por cuatro años de la anterior anotación. Al margen de este asiento se puso una nota denegando la prórroga pretendida por haber caducado su vigencia al transcurrir los cuatro años que establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que la fecha de la anotación es de 26 de diciembre de 1962. El 3 de marzo de 1967 se presentó por D. L. como dueño de la finca gravada, escrito, solicitando la *cancelación* por caducidad de la repetida anotación, a lo que accedió el Registrador, consignando a su margen la siguiente nota: «Cancelada la anotación preventiva a que se refiere el asiento adjunto por haber transcurrido su vigencia, con arreglo a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, *puesto que la fecha del asiento es la de 26 de diciembre de 1962.*»

Ahora bien, si tenemos en cuenta que, como señalamos en la nota (1) de nuestra glosa a la Resolución de 15 de abril de 1968, como conforme a la de 5 de marzo de 1959, *la caducidad opera automáticamente*, es acaso superfluo extender nota alguna en que la misma se refleje. Estas caducidades, como allí expresábamos, habrá que entenderlas siempre que entre las dos anotaciones: la primitiva y la de prórroga, o su petición, mejor dicho, no se interponga el asiento de presentación, estando en vigor la primera.

Es sin duda por lo que el Registrador, implicado en el recurso en momento alguno, invoca que se pueda discutir sobre un asiento inexistente (o cancelado), sino que, con razones muy estimables, rebate desde el punto del cómputo del tiempo al recurrente, y en su alzada sobre la decisión presidencial, apostilla muy atinadamente que, con el criterio de la misma, los documentos defectuosos ven ampliado, por el tiempo empleado en la subsanación, el plazo de vigencia del asiento que causaron con ventaja sobre los perfectos.

Serenamente enfocada la cuestión por nuestro Ilustrado Centro, creemos ver resplandecer en su doctrina el espíritu de la reforma, que modificó el artículo 199, 2.º, del Reglamento Hipotecario, no tan desdichada en este punto como estima Roca SASTRE, por lo que nos ratificamos en lo que expusimos sobre la misma en la nota 13, página 733, año 1960, de esta REVISTA (*El pensamiento de Ramon Maria Roca Sastre sobre la reforma del Reglamento Hipotecario*).



## II. Sentencias del Tribunal Supremo

|                                                       |
|-------------------------------------------------------|
| POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ<br>y JOSÉ CERDÁ GIMENO. |
|-------------------------------------------------------|

### 1. JURISPRUDENCIA CIVIL

#### I. PARTE GENERAL

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1968.—*El año ha de entenderse de fecha a fecha, aunque sea bisiesto.*

Se discutió en el pleito si había o no transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 1.968, 2.º, del Código civil.

El recurrente sostuvo que el artículo 7 del Código civil especifica lo que se entiende por meses, días o noches, pero no detalla lo que se entiende por año, y deducía que la duración del año puede sostenerse que es la de doce meses de treinta días cada uno, o sea: trescientos sesenta días.

El Tribunal Supremo rechaza tal interpretación con los siguientes fundamentos:

Considerando: Que el 2.º de los motivos de uno y de otro recurso, ambos por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil se basan en la interpretación errónea del número 2 del artículo 1.968 del Código civil, en cuanto que, sentada como fecha de interrupción de la acción, el día 17 de julio de 1963, y considerando como la de interposición de la demanda, la ya citada de 16 de julio de 1964, habría transcurrido, en todo caso, más de un año, bien porque el número de días es el de trescientos sesenta y seis, superior en uno al normal del año, o ya al sustentarse la extraña teoría de que el año, a efectos legales, sólo consta de trescientos sesenta días, es decir, doce periodos de treinta días, de acuerdo con el artículo 7 del Código civil; mas ni una ni otra tesis son admisibles, inicialmente, porque el juzgador no ha efectuado labor alguna de exégesis del precepto aludido, lo que excluye la posibilidad de haber incurrido en el vicio que se denuncia. Y, en segundo término, para uno de los supuestos, porque el año ha de entenderse de fecha a fecha, sin alterar esta conceptualización la circunstancia de que, por comprender un año bisiesto, constase de un día más, por lo que es patente que, entre el 17 de julio de 1963 y el 16 del mismo mes de 1964, no ha transcurrido más de un año, que, como plazo prescriptivo, establece el precepto, cuya infracción se denuncia, y respecto

a la tesis última, porque al hablar del mismo de un año, ninguna aplicación puede tener el artículo 7 del Código civil, referido a meses y días, todo lo que hace decaer los motivos examinados.

B. M. B.

## II. DERECHOS REALES

SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1967 (Pezonaga c. Urdazi).—*Deslinde de un camino. Incongruencia y casación. Acción de deslinde y delimitación de un camino como ejercicio del derecho a deslindar su propiedad que tiene todo propietario. Modo de practicar la delimitación. (No ha lugar.)*

*Antecedentes.*—El actor era propietario de una finca adquirida en 1944, a la que se llegaba por un camino de anchura de cuatro metros y medio; posteriormente llevó a efecto el estudio de una parcelación de dicha finca, que por diversas causas no se realizó; construyó solamente dos chalets en las parcelas 5 y 6, a los que se llegaba atravesando las parcelas 1, 2, 3 y 4, mediante un camino delimitado por el mismo, en 1960 vendió al demandado ante Notario las parcelas 1, 2, 3 y 4, con precio figurado inferior al real, y en la escritura no se incluyó el camino en cada una de las parcelas segregadas y vendidas; el demandado, en 1965, agrupó las parcelas 1, 2, 3 y 4 y añadió un exceso de 384 metros cuadrados, con acta notarial en que se hacía constar no había ya camino, salvo en un pequeño trozo; el demandado se negó al deslinde por vía amistosa y se opuso a la demanda en base, primero, a que el terreno de su propiedad estaba perfectamente delimitado y el deslinde era innecesario, y segundo, que tal supuesto deslinde sustraía al demandado un terreno que se proyectó para camino, pero que ni se destinó a camino ni jamás se segregó para este fin.

El *petitum* de la demanda contenía los siguientes extremos: 1.º Que se declare haber lugar al deslinde de la finca del actor en terreno confinante con el demandado y con delimitación del camino que conduce a dicha finca; 2.º Que se condene al demandado a practicar con el actor dicho deslinde y delimitación por medio de peritos o en período o trámite de ejecución de sentencia, con imposición al mismo de todas las costas procesales.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declaró: 1.º Que procede hacer el deslinde de un camino entre las parcelas 1, 2, 3 y 4 descritas, con una anchura de cuatro metros y medio y una longitud de cuarenta y dos metros, en dirección Norte-Sur, para lo que se medirán doce metros y cuarenta y cinco centímetros a partir del lindero del solar señalado con el número 1; 2.º Que dicho deslinde se practicará en período de ejecución de sentencia con la colaboración de perito. No hizo condena en costas.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo no acoge el recurso de casación, basándose en los siguientes Considerandos:

Considerando Que de acuerdo con la constante y reiterada doctrina de esta Sala, la alegación del vicio de incongruencia en que puedan haber incurrido las sentencias de instancia, contraviniendo las exigencias del artículo 359

de la Ley de Enjuiciamiento civil, habrá de ponerse en relación con las infracciones señaladas en los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la misma Ley, único cauce procesal a través del cual puede hacerse la denuncia, que no es posible formular por la vía del número 1.º de dicho artículo, como se pretende en el motivo primero del recurso, porque se va en contra de la claridad y precisión requeridas en el artículo 1.720 de la Ley Procesal, incurriendo en la causa de inadmisión del número 4.º del artículo 1.729 del mismo Cuerpo legal, que en el actual trámite decisorio lo es de desestimación.

Considerando: Que la acción ejercitada por el demandante, que actualmente figura como recurrido y a cuyas pretensiones accedieron en parte los juzgadores de instancia, iba encaminada a solicitar el deslinde de la finca del actor en terreno confinante con el del demandado, así como a delimitar un camino de cuatro metros cincuenta centímetros de ancho, propiedad del primero, que aparece confundido hoy dentro de la finca del segundo—producto de una agrupación posterior y unilateralmente efectuada—, cuya realidad fáctica y titularidad jurídica son incontrovertibles y ni siquiera se discuten en el escrito del recurso, limitándose con ello el propietario recurrido a ejercitar el derecho a «deslindar su propiedad» que le concede el artículo 384 del mismo texto legal, del que, consiguientemente, la sentencia que se recurre practicó la debida aplicación, así como de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala de 14 de enero de 1936 y 13 de mayo de 1959, en contra de lo que, sin razón alguna, se dice en el motivo segundo formulado por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, que, en consecuencia, tiene que ser desestimado.

Considerando: Que para llevar a cabo la delimitación y el deslinde a que se acaba de hacer referencia, el Tribunal *a quo* ha procedido de total «conformidad con los títulos de cada propietario», al modo preceptuado por el artículo 385 del Código civil, de los que resulta con toda claridad la existencia del camino deslindado, no incluido en las distintas parcelas que como fincas segregadas se inscribieron independientemente en el Registro de la Propiedad por el hoy recurrido ni comprendido en la escritura de compraventa efectuada en favor del actual recurrente, donde, por el contrario, aparece perfectamente delimitado y separado, razones todas ellas que demuestran la falta de justificación del motivo tercero y último, en que por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se alega violación del citado artículo 385 del Código, que, consiguientemente, debe ser desestimado, y con él, la totalidad del recurso interpuesto, con los inevitables pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley Procesal.

*Nota.*—El hecho incontrovertido, básico en el litigio, es la existencia de un camino, que el demandado hizo desaparecer posteriormente. Ante esta realidad fáctica, el actor tenía la posibilidad de ejercitar varias pretensiones: la de reivindicar parte de su finca, la de exigir el deslinde de su finca respecto de las colindantes, la de exigir indemnización de daños por la *inmissio* del vecino y las derivadas de su posesión (interdictos). De todas ellas eligió la acción de deslinde y fue un acierto, dada la fundamentación de los hechos y la titularidad jurídica presentada.

La fundamentación del Tribunal Supremo es técnicamente correcta, a la vista de los hechos probados y de los títulos litigante: si en el *petitum* se solicitaba por el actor «la declaración de que ha lugar al deslinde de su finca», parece que, justificada su titularidad, su pretensión debía ser aco-

gida. Quizá podría decirse que las consideraciones que hace el Supremo son muy escuetas, pero ello no supone un defecto en este caso.

En tema de acción de deslinde no podemos decir que el tratamiento de la materia en nuestro país sea excesivo. Lo curioso es la falta de atención que la doctrina ha prestado hasta la fecha a esta materia de inocente apariencia, cuando por lo menos existe una docena de sentencias sobre el tema. Prácticamente tiene una extraordinaria importancia y es materia cuestionable entre los humanos, por serlo, ya desde la antigüedad (recordemos la disputa entre Rómulo y Remo con motivo de la fundación de Roma y de los límites de las propiedades de cada uno). Y modernamente el fenómeno socio-económico del turismo ha traído aparejadas consecuencias de todo tipo en cada uno de los sectores del Ordenamiento jurídico; así, en esa zona tangencial donde confluyen el Derecho privado y el público llamada «marítimo-terrestre», lo cuestionable y lo trascendente es el deslinde de los terrenos. Queda, por tanto, meramente apuntada la importancia de este tema y su trascendencia.

Uno de los grandes aciertos de la demanda lo veo en esa concreción al punto de deslinde. Es conocida la dificultad en tema de prueba que lleva consigo la acción reivindicatoria, aun parcial (como sería en este caso). Además, en reiteradas ocasiones en que había implicadas cuestiones de propiedad con el deslinde, el Tribunal Supremo distinguió unas y otras en base a lo solicitado en la demanda (así, al parecer en sentencias de 30 de abril de 1895 y 23 de noviembre de 1903). La diferenciación entre reivindicación y deslinde sería muy conveniente no sólo en puro dogmatismo, sino en atención a una adecuación política jurídica. Sólo conozco el breve estudio de mi compañero CABRERA HERNÁNDEZ publicado en el Anuario de Derecho Civil (tomo XV-III, pág. 743). La distinción en el litigio comentado es sumamente difícil, ya que el deslinde comportaba una cuestión sobre la propiedad del terreno poseído por el demandado.

Si se presentan dificultades en tema de las diferencias entre deslinde y reivindicación, tampoco son menores las dificultades en cuanto a las diferencias entre deslinde e inmisiones y relaciones de vecindad; cuestión ésta asimismo muy antigua, con agudas polémicas medievales y con sus inevitables conexiones con casi todas las instituciones jurídico-privadas, en especial con la de la responsabilidad extracontractual. La solución que a esta problemática se propone por los autores apunta a la elección por el Juez de un *standard* en que basar su decisión, que debe ser la equidad; sin embargo, la misma doctrina opina que lo decisivo, lo importante, es la tarea de inducir de un litigio concreto una norma generalizadora aplicable posteriormente a casos similares.

No parece necesario referirnos aquí a la posibilidad de acudir a los interdictos, que tan sólo se refieren al hecho de la posesión y no a la cuestión de fondo, que queda reservada para su solución en juicio declarativo ulterior.

Finalmente, las consecuencias penales de los actos tendentes a alterar los linderos son inevitables (arg. art. 518 C.P.), pero no aludidas en el litigio. Quedan aquí apuntadas.

*Conclusión:* el tema del deslinde, huérfano de un planteamiento moderno y tratamiento jurídico total (léase sin esferas, ni compartimentos separados, de lo público y lo privado), bien merecería una atención que no ha tenido. Basada la demanda de este litigio en la pretensión de deslinde, es justa y acertada la decisión por el Tribunal Supremo del litigio: de esta forma la propiedad posible del actor venía a transformarse en propiedad efectiva en base a la equidad.

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1967.—Albert C. Pérez Alfonso: *Acción negatoria de servidumbre (servidumbre de paso de energía eléctrica) contra quien no es propietario de la línea, sino instalador. (Ha lugar.)*

*Antecedentes.*—Los Ayuntamientos de A. y J. interesados en la electrificación de sus términos municipales, convinieron con el señor Pérez Alfonso (demandado) la realización de la instalación, previo el proyecto técnico correspondiente. No se procedió a la tramitación de los oportunos expedientes relativos a la constitución de servidumbres de paso de energía eléctrica sobre las fincas afectadas. El demandado procedió a la instalación del tendido de postes e hilos conductores de la energía eléctrica en los puntos fijados en el Proyecto, entre los cuales estaban cuatro predios rústicos de la actora. Esta dedujo demanda sobre declaración de dominio y negatoria de servidumbre, con los pedimentos siguientes: 1.º, declarar que son de la única y exclusiva propiedad de la actora los predios rústicos descritos, y que éstos no están afectados, sino que se encuentran libres de toda servidumbre de paso corriente eléctrica en favor del demandado; 2.º, declarar que el demandado carece de todo derecho a colocar en las fincas antes aludidas los postes e hilos conductores de fluido eléctrico que se detallan, y, por consiguiente, condenar al demandado para que retire dichos postes e hilos de las fincas de la demandante, y 3.º, condenar al demandado a estar y pasar por los precedentes pronunciamientos, así como imponerle todas las costas de este proceso por su notoria temeridad y por haber dado lugar a él.

El Juzgado acogió en todas sus partes la demanda.

La Audiencia confirmó totalmente la sentencia de Primera instancia.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, que prosperó precisamente por el primero de sus motivos, del siguiente tenor (extractado): «Infracción por violación de los artículos 348 y 1.252 del Código civil y del principio general de derecho de que «nadie debe ser condenado sin ser oído...» Ninguno de los considerandos de la sentencia recurrida contiene la afirmación de que el demandado recurrente sea el propietario de la línea de conducción eléctrica. El demandado actuó como «instalador» de la línea y postes debatidos, y en la sentencia se le hace responsable de las consecuencias de su actuación por no haber exigido a los Ayuntamientos la tramitación de los oportunos expedientes. La acción negatoria de servidumbre no es más que una reivindicatoria parcial, incluida dentro del artículo 348, 2.º, del Código civil, por lo que sólo puede ejercitarse contra quien realiza actos de tenencia, o posesión del derecho de servidumbre sobre la finca ajena; el demandado no es quien ejerce sobre fundo ajeno los actos de gravamen que se tratan de suprimir mediante el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, sino que es un «instalador» de la línea, un mero «servidor de la posesión». No puede haber cosa juzgada, conforme al artículo 1.252 del Código civil, sin que sean parte en el proceso las personas a quienes haya de afectar la sentencia que recaiga, en este caso los Ayuntamientos de A. y J. Y si los postes y la línea pertenecen a los propietarios de la electrificación, o sea los Ayuntamientos, y no al «instalador» de la línea, el pronunciamiento de que sean suprimidos viola el principio de que «nadie puede ser condenado sin ser oído» (sentencias de 8-VII-1902, 1-VII-1887, 13-VII-1928 y 2-III-1929).

El Tribunal Supremo admite el recurso por dicho motivo y establece en su único considerando: Que deduciéndose de forma indudable del estudio de la sentencia impugnada que el demandado ha sido un simple concesionario para la instalación y explotación de las obras de electrificación, y que no ha sido demandada la persona que resulte ser propietaria de la línea eléctrica, parte de cuyo tendido se pide en el suplico de la demanda que sea desmontado, procede declarar mal establecida la relación jurídico-procesal de acuerdo con lo que se pide en el primer motivo del recurso, declaración que incluso puede hacerse de oficio, sin necesidad de entrar en el estudio de los restantes motivos del recurso.

Segunda sentencia del Tribunal Supremo:

Considerando: Que en virtud de lo razonado en la sentencia de casación sobre la deficiente constitución de la relación jurídico-procesal, procede declararlo así, sin entrar en el estudio de las cuestiones de fondo planteadas en el pleito

Fallamos: Que, con revocación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, apelada, por estar mal constituida la relación jurídico-procesal, en el pleito promovido sobre acción negatoria de servidumbre de paso de corriente eléctrica, nos abstenemos de conocer en el fondo de la cuestión que en ella se plantea, con absolución del demandado, y sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

*Nota*—Esta sentencia, de sencilla presentación, plantea una serie de cuestiones que estimo no se han abordado, habiendo quedado marginadas. De ellas, las más se refieren a puntos procesales; otras son de puro derecho sustantivo. Por ello conviene matizar un poco y aludir brevemente a algunas de estas cuestiones: posición de la demandante, nexo jurídico entre los Ayuntamientos y el denominado «instalador» de la línea, causa de los daños y problema de su imputación, legitimación pasiva en el litigio y su conexión con la teoría de la relación jurídica procesal.

#### 1) *Posición de la demandante.*

La actora, como propietaria de las fincas, disponía de varias pretensiones: la de obtener el cese de la perturbación de hecho (interdicto posesorio), la dirigida a hacer constar la libertad de sus predios (negatoria de servidumbre), la de reivindicar parcialmente su propiedad (reivindicatoria) y la de exigir indemnización por daños y perjuicios (responsabilidad extracontractual)

Una vez más puede comprobarse lo peligroso de deducir una determinada acción en el *petitum* de la demanda: al solicitarse la declaración de inexistencia de un gravamen, como tal acción declarativa, sólo puede concebirse entre sujetos personalmente determinados. Sólo cabe una tal declaración de libertad frente a un determinado sujeto de derecho, o sea, el demandado que se irrogue un gravamen a su favor. Esta es la técnica de la acción negatoria de servidumbre. ¿Se irrogaba el demandado a su favor la servidumbre?

No conocemos más datos que los expuestos en los antecedentes del caso. Quizá desde un principio el demandado alegaba ser un «instalador»; curiosa denominación que nos lleva a la segunda de las cuestiones.

## 2) *Nezo jurídico entre los Ayuntamientos y el demandado.*

Conforme a lo dispuesto en la Ley de Régimen Local (arts 156 y siguientes), las formas de prestación de los servicios municipales pueden ser: por gestión directa, por arrendamiento, por concesión o por empresa mixta. Parece que en el litigio había que descartar las hipótesis de gestión directa o empresa mixta. Más dudoso es el caso de concesión.

El Tribunal Supremo—obsérvese que es la Sala de lo Civil—afirma que «el demandado ha sido un simple *concesionario* para la instalación y explotación de las obras de electrificación». Es sabido que las concesiones pueden ser de aprovechamiento de dominio público o cemaniales y de gestión de servicios públicos (véase por todos VILLAR PALASÍ: *Concesiones administrativas*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», IV, 1952, págs. 688 y sigs., y *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en «Revista de Administración Pública, núm. 3, 1950, págs. 74 y sigs.).

Pero lo característico y común en toda concesión, por hipótesis, es que la Administración transfiere a un particular una esfera de actuación en cualquiera de ambos órdenes: tal transeferencia es parcial, comprende una tasa limitada de facultades y no una propiedad plena, pues dominio público y servicio público siguen siendo tales tras la concesión (así, en *Dictámenes del Consejo de Estado*, en especial el núm. 6.683, de 14 de noviembre de 1950) ¿Era la concesión el nezo jurídico entre Ayuntamientos y demandado?

No está muy claro que en el litigio el demandado fuera un concesionario. Y aun siéndolo, no se nos dice el plazo de duración de tal concesión. Durante dicho término, ante problemas relacionados con el Derecho de daños, ¿quién debería responder: la entidad local concedente o el concesionario?

Parece, en suma, a la vista de la escueta presentación de los hechos, que el demandado contrató con los Ayuntamientos la instalación del referido servicio de electrificación. Lo lógico es suponer—por la expresa alusión a que se omitieron expedientes y otros trámites administrativos—que nos encontramos en presencia de un arrendamiento de obra combinado con un arriendo de servicios personales; pero el arrendador—Municipios—seguía siendo el dueño del servicio y de la línea.

De modo que, bien se trate de concesionario, bien de arrendatario, la propiedad del servicio público era de los Ayuntamientos. Con ello el enfoque de los daños causados por la instalación y su necesaria imputación al autor responsable.

## 3) *Daños causados y su imputación.*

La imputación del daño podría hacerse o a los Ayuntamientos o al demandado, por ser el daño consecuencia de un acto administrativo y de la instalación de un servicio público (véanse los arts 405 a 411 de la Ley de Régimen Local; arts. 120 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y concordantes de sus Reglamentos, y art. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Esta disyuntiva inicial en puro Derecho Administrativo, necesita ulteriores aclaraciones.

Si se imputase el daño a los entes locales se nos plantea el problema de si la Jurisdicción competente sería la contencioso-administrativa y no la civil:

entiendo que esta última era la competente, en base a que las relaciones examinadas eran de Derecho privado (arg. art. 41 de la LRJAE).

La imputación del daño al demandado sólo cabía en base a considerarle como concesionario o titular de un derecho real atribuido por los propietarios a modo de las «regalía menor» del Antiguo Derecho: en el sentido de un derecho real similar al censo, separado del dominio.

La imputación del daño a los Ayuntamientos es la efectuada por el Tribunal Supremo; ello presupone la validez de las afirmaciones del primer motivo del recurso (¿cuestión nueva?), de que el demandado era un «servidor» de la posesión de otro. Ahora bien, del art. 432 resulta, es obvio, la compatibilidad del dominio con un *mejor* derecho a poseer de carácter limitado; pero no si hay dolo, violencia o clandestinidad (arg. arts. 444 y 441 del C. c.). En suma, lo cuestionable era si esa posesión «mediata» de los Ayuntamientos merecía o no ser protegida, problema cuyo estudio adecuado no era en un juicio declarativo.

En suma, toda la problemática del Derecho de daños queda marginada.

#### 4) *Legitimación pasiva.*

Parece que el demandado no estaba legitimado pasivamente para serlo. Ello en base a una acción deducida *nominatim*. Lo absurdo es hacer depender de puras fórmulas la solución de un litigio en equidad, porque de haberse pretendido la indemnización de daños, ésta habría sido concedida.

Otra cuestión es si el nexo entre Ayuntamientos-instalador originaba una mancomunidad entre ellos, a los efectos de ser demandados conjuntamente. O de otro modo, ¿había un litisconsorcio pasivo necesario? Me parece muy forzada la tesis afirmativa, y, por otro lado, todo ello nos adentraría en el terreno de si la relación actor-demandado, por el simple hecho de la «inmisión», se convertía o no en relación obligatoria (véase PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, págs. 11 y sigs.).

Lo que sí parece pacífico entre los autores es que existe solidaridad entre los autores de un evento dañoso. ¿Podría esto servir de punto de partida para un enfoque distinto de la cuestión debatida?

#### 5) *Teoría de la relación jurídica procesal.*

Hemos visto cómo era cuestionable la existencia de una relación jurídica *material* entre los interesados en el pleito como partes. El Tribunal Supremo alude a la relación jurídica *procesal*, teoría muy en boga antaño para caracterizar el proceso, si bien hoy está en franco retroceso ante las modernas teorías de la situación jurídica procesal y de la institución. No obstante ello, suele ser usada por el Tribunal Supremo con alguna frecuencia.

Hoy se habla de que tal figura jurídica encierra una enorme variedad de manifestaciones en cuanto a su índole, en cuanto a su contenido (alcance de los vínculos derivados de dicha relación jurídica) y en orden a su exacto significado (si dicha relación es un requisito previo o es más bien una consecuencia del proceso mismo). En el sentido expuesto, GUASP (*Derecho Procesal civil*, 1956, págs. 20 y sigs.).

Hemos de concluir que, procesalmente, el Tribunal Supremo no tenía más remedio que dictar su fallo en el sentido que lo hizo. Ahora bien, materialmente, o sea en el aspecto sustantivo, la demandante tenía un interés protegido jurídicamente de varias formas; pero el procedimiento técnico de la protección no fue bien elegido.

*Resumen final*—Curioso litigio, con densa problemática, que, dado el *petitum* inicial, fue fallado con acierto formalmente. Sin embargo, sustantivamente, continúa en pie y cuestionable el fondo del asunto debatido. Quizá pudiera haberse defendido una solución diferente en base a la equidad.

J. C. G.

---

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1968.—*El ladrillo, baldosa o material de construcción traslúcido, no está, en principio, incluido en los artículos 581 y 582 del Código civil. En cada caso, la situación fáctica determinará la resolución que proceda sobre su admisión o inadmisión.*

El único motivo del Recurso se amparaba en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incidido la sentencia recurrida en infracción por violación de los artículos 581 y 582 del Código civil, al no dar lugar a lo solicitado en los apartados g) declarativo y de condena del suplico de la demanda. Alegaba que el tema del recurso, estrictamente de derecho, consiste en lo siguiente: determinar si el propietario de una pared contigua, no medianera, a una finca ajena, puede utilizar en dicha pared como material de cerramiento de amplios huecos abiertos en ella baldosas de vidrio traslúcido por las que se filtra la luz y a través de los cuales se ven las formas, las siluetas y hasta los colores de lo que está situado detrás de dicho material; o si, por el contrario, la utilización del cerramiento transparente exige guardar las distancias que establece el artículo 582 del Código civil, a menos que quien lo utilice tenga a su favor servidumbre de luces y vistas. La tesis del recurrente contenida en el apartado G) del suplico de la demanda es la de que en la pared contigua no medianera no pueden abrirse más huecos para recibir luces—exclusivamente luces—que los permitidos por el artículo 581 del Código civil, y que si quiere tomar luces con mayor amplitud de la que establece este precepto, mediante la utilización de un material que lo permita y por el que, además, se aprecien los objetos, ha de guardarse las distancias que establece el artículo 582; que la tesis de la sentencia recurrida, compartida por la del Juzgado, es la de considerar que, como sostienen los demandados hoy recurridos, la utilización de material traslúcido como elemento de cierre no está sometida a las limitaciones de los artículos citados; que, a juicio del recurrente, se ha incidido por la sentencia recurrida en la infracción o violación denunciada, ya que el artículo 581 dispone que «el dueño de una pared no medianera contigua a finca ajena puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras o inmediatos a los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro y, en todo caso, con reja de hierro sometida en la pared y con red de alambre. Sin embargo, el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieran abler-

tos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería y no se hubiera pactado lo contrario. También podrá cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dichos huecos o ventanas; que el artículo 582 establece: que no se pueden abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared que se construye y dicha propiedad. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad si no hay 60 centímetros de distancia. Lo dispuesto en dichas normas supone una configuración del derecho de propiedad que, en orden a la relación de vecindad, limita o delimita la extensión dominical sobre el predio contiguo; que el artículo 348 del Código civil define la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes: que, por tanto, estas limitaciones son que acotan en cada caso el contenido del derecho de propiedad; que el propietario puede gozar y disponer de la cosa sometida en su dominio hasta los propios límites que la propia ley marca; fuera de ellos no está amparado por su derecho; que dicho sentido de limitar y configurar el derecho de los propietarios de fincas contiguas en lo relativo a luces y vistas tienen los artículos 581 y 582 del Código civil; que suponen dichos preceptos (como enseñan las sentencias de 25 de febrero de 1944 y 20 de diciembre de 1965) una innovación de nuestro Derecho; que antes, con arreglo a la legislación de Partidas—Ley XV, título XXXI, partida XII—y según el criterio de la doctrina, el propietario de un fundo estaba facultado libremente a abrir huecos para luces y vistas en su pared, aunque fuese en la colindancia con el fundo ajeno, pero sin que tales huecos constituyeran derecho de servidumbre y, por tanto, sin que impidieran al propietario del otro fundo edificar en él, tapando dichos huecos; que a dicho mismo criterio retrocede la sentencia recurrida, ya que resuelve el caso, como si no existieran los preceptos transcritos, delimitadores del derecho de propiedad a los efectos citados; que asimismo se ha incidido por la sentencia recurrida en la infracción denunciada, ya que entre las fincas contiguas del recurrente y recurridos no existe servidumbre de luces y vistas y hay, por tanto, que estar al régimen legal; que es obligado partir de la base cierta tal y como se recoge en los apartados 6.º y 7.º de la diligencia de reconocimiento judicial, que en la edificación alzada por los demandados y en la zona donde la pared es de su exclusiva propiedad, es decir, en la continuación de la que es medianera, siendo aquella edificación contigua a la del sector, existen en dos lienzos o paños de aquella pared que cierra el edificio, construidos con material traslúcido, uno de ellos que va desde la primera planta hasta la quinta o última y otro formando un cuadro de 1,20 metros de lado aproximadamente—considerando séptimo de la sentencia del Juzgado—, admitido por la recurrida; que en la finca de los recurridos está cerrada exteriormente, es decir, en la línea inmediata a la división de las referidas fincas, con un ventanal de hormigón de módulos o abertura para cristal de 20 por 28 centímetros de altura; que los cristales que lo cierran son de tipo impreso, de un grosor aproximado de cuatro milímetros; el ventanal cierra el patio de luces desde su iniciación en planchada o piso de la primera planta hasta dos metros por encima... del techo del piso cuarto... A través de los cristales de cierre del ventanal de hormigón se aprecia desde el inmueble número 44 el colorido y silueta de las prendas de ropa tendida en el interior del referido patio...; que el cerramiento hermético conseguido con material traslúcido impide, ciertamente, como dice la sentencia recurrida, que puedan arrojarse objetos a la finca contigua, pero ésta no es la única

finalidad, ni siquiera la más importante de las perseguidas por el legislador; que si dicho material permite el paso de la luz y de la visión, aunque sea en forma atenuada, está comprendido en la prohibición y, por tanto, sólo podrá utilizarse con las limitaciones de altura en su colocación y dimensiones que fija el artículo 581: que en otro caso habrá de guardar las distancias del 582; que lo contrario haría ilusorio el pronunciamiento primero de la sentencia recurrida, que declara la inexistencia de servidumbre de luces y vistas entre ambas fincas; que el hecho de que las vidrieras citadas no crean derecho alguno a favor de los recurridos, en razón de que el recurrente pueda taparlas construyendo en su finca, excluye servidumbre, pero no la prohibición legal, ya que si el recurrente eleva una pared de las mismas características pegada a la de los recurridos concurriría que dos habitaciones o dependencias de fincas contiguas quedarán sometidas al régimen prohibido, es decir, que la luz de una de ellas penetrará en la otra y la visión, aunque atenuada, se produciría también entre ambas dependencias: que ello es lo prohibido: que el Código civil no contempla en dichos preceptos la solidez o resistencia de los materiales, sino que persigue evitar la inspección, intromisión o interferencia de una finca en otra; que son preceptos que delimitan la extensión del dominio, impidiendo que se extienda, como dice la sentencia de 2 de febrero de 1952, sobre el predio vecino; que la finalidad de dichos artículos queda perfectamente expresada en la sentencia de 25 de febrero de 1944 en su tercer considerando: que la inspección y fiscalización entre ambas fincas no queda impedida por el material transparente utilizado en el presente caso, por lo que al no estimarlo así la sentencia recurrida ha incidido en la infracción que se denuncia en el presente motivo...

El Tribunal Supremo no accede a la casación pedida. Razonó así:

Considerando: Que en el único motivo de que consta el recurso que se resuelve se plantea el problema exclusivamente jurídico de si el material traslúcido que la moderna técnica de la construcción utiliza, cada vez en mayor escala, como elemento de cierre está o no sometido a las limitaciones de los artículos 581 y 582 del Código civil, y para su decisión es preciso tener en cuenta: primero, que dicho Cuerpo legal no establece ninguna servidumbre legal de luces y vistas y si impone limitaciones al derecho de propiedad, reglamentando la posibilidad de tomar luces y poder ver entre predios vecinos cuando se trata de construcciones en límite con el predio ajeno, pues la relación de vecindad impone ciertas normas en aras de una buena y armónica convivencia vecinal, con un carácter absoluto y permanente de reciprocidad; segundo, que la reglamentación legal se circunscribe a la apertura de ventanas o huecos para recibir luces en pared propia contigua a finca ajena, así como al disfrute de vistas, poniendo un límite a la mínima separación necesario para poder disfrutar de ellas, y tercero, que los avances en la técnica de la construcción permiten en la actualidad la construcción de fachadas o paredes con material más o menos traslúcido, permitiendo el paso de la luz, pero con la misión propia de toda pared, cual es el cerrar el edificio.

Considerando: Que estas técnicas modernas, al no poderse equiparar a la apertura de ventanas ni de huecos, no están comprendidas en los términos literales de los artículos 581 y 582 citados, ni tampoco en su espíritu, pues la utilización de esos materiales no es con fines de luz exclusivamente, sino de ornato o resistencia, que se traduce, en definitiva, en belleza y seguridad del edificio, por lo que este progreso, al no estar comprendido en la regula-

ción del Código civil sobre estas relaciones de vecindad, constituyen una laguna legal y para resolverla hay que tener en cuenta que la propiedad no puede llegar más allá de lo que al respeto al vecino determina, por lo que en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta, por lo que será en cada caso concreto la situación fáctica la determinante de la resolución procedente.

Considerando: Que en la sentencia de primera instancia aceptada por la impugnada se declara que el empleo de ese material traslúcido «pasa a formar parte integrante de la pared como un trozo o porción de la misma a la cual aparece unida, guardando la misma línea y haciendo la misión propia del resto de la pared, consistente en cerrar el edificio»; que, impidiendo la visión, permite el paso de luz en intensidad limitada y no permite la inspección o fiscalización del fundo ajeno contiguo, y ese tipo de construcción, por no consistir precisamente en la apertura de huecos que graven el fundo ajeno, no puede entrañar legalmente la adquisición de servidumbre alguna y en cualquier momento se puede edificar contiguamente a la pared del actor con uno u otro material, y ante estos hechos, como el progreso y adelanto en las edificaciones está apoyado en el interés de la sociedad y la intimidad de la vida familiar del recurrente no se inquieta, dadas las características del ladrillo traslúcido empleado, ha de prevalecer el interés social, por lo que, y al no estar el caso contemplado enmarcado en los repetidos artículos 581 y 582, es obligada la desestimación del recurso, con los pronunciamientos del artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1968.—*Acción reivindicatoria ejercitada por el Estado sobre la isla Columbrete Mayor, incluida en el Inventario de bienes municipales por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana. La inscripción en dicho Inventario no tiene carácter constitutivo.*

El señor Abogado del Estado, en la representación que ostenta, formuló demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana, contra el Excelentísimo Ayuntamiento de dicha población, sobre acción reivindicatoria, exponiendo en síntesis. Primero: Frente a las costas de Castellón existe el archipiélago de las Columbretes, formado por varios islotes prácticamente deshabitados, excepto el mayor de ellos, conocido por «Monte Colibre» o «Columbrete Mayor», de una extensión aproximada de 20 000 metros cuadrados. Segundo: Que sobre dicha isla existía: un monumento dedicado a la Santísima Virgen del Carmen, un pequeño cementerio, edificio y torre para el faro, casernas, tres albiges, desembarcadero y escaleras de acceso al faro y unas sesenta «nerayas» o argollas para amarrar de embarcaciones. El faro, edificio, torre, casernas, albiges, desembarcadero, camino y escalera de acceso fueron construidos y atendidos por el Ministerio de Obras Públicas. El monumento, inaugurado en 1954, fue construido con fondos sufragados por la Jefatura Nacional del Movimiento, ignorándose si existieron otras aportaciones. Respecto de las argollas se sabe que fueron puestas por el Ayuntamiento, en colaboración con las entidades sindicales de pesca. Al servicio del faro figura el buque «Aleón», propiedad del Estado. Tercero: La «Columbrete Mayor» no aparece catrastrada ni ins-

crita a nombre de persona alguna en el Registro de la Propiedad. Viene siendo utilizada desde antiguo por pescadores de altura procedentes de Castellón, Vinaroz e islas Baleares y también por pescadores deportivos nacionales y extranjeros. Hace algún tiempo se organizaban excursiones de caza a la isla, pero se suspendieron a raíz de un incidente con la Guardia Civil, del que debe haber constancia en el Juzgado Municipal. También ha recibido otros visitantes, como una reciente expedición científica procedente de Madrid.

Quarto: Dichas islas se encontraban en una situación jurídica anormal, puesto que no habían sido objeto de adscripción a ningún término municipal, hasta que el Excelentísimo señor Gobernador Civil de la provincia, en 9 de febrero de 1955, se dirigió al Excelentísimo señor Ministro de la Gobernación, promoviendo expediente para la determinación del municipio a que podían ser incorporadas, que terminó en 28 de octubre, declarando la incorporación de las islas al Municipio de Castellón de la Plana.

Quinto: En 29 de marzo de 1961, la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Castellón acordó, en sesión ordinaria, que pasase a estudio de la Comisión de Fomento y de Hacienda un escrito de la Compañía Urbanizadora de Levante, S. A., sobre el proyecto de construcción de embarcadero y refugio para los pescadores profesionales de esta región y de un club de pesca internacional. También se acordó, en la misma sesión, elevar escrito a la Dirección General de Puertos, exponiendo la necesidad de proceder a un estudio general de la urbanización de las Islas Columbretes para que dicho centro directivo señalase las obligaciones del Ayuntamiento en relación al plan y a lo que había de supeditarse para su ejecución.

Sexto: En 27 de julio de 1961, el Ayuntamiento acordó ratificar lo adoptado por la Permanente, acordando que pase a la Comisión de Fomento un escrito de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, mediante el que se autoriza a la Jefatura de Puertos de Castellón para el deslinde de los terrenos de dominio público de la isla «Columbrete Mayor», en el caso de que sea solicitado por el Ayuntamiento.

Séptimo: En 5 de mayo de 1962, el Ilustrísimo señor Alcalde del Ayuntamiento de Castellón dirigió escrito a la Jefatura de Puertos, solicitando el deslinde, y al día siguiente, la Corporación Municipal en pleno acordó incluir en el Libro Inventario de Bienes y Derechos los terrenos comprendidos en la isla «Columbrete Mayor».

Octavo: En 4 de junio de 1962, bajo el número 5.269 del Libro Registro, se presentó en la Abogacía del Estado de Castellón, para su liquidación por el Impuesto de Derechos Reales, certificación librada, a los efectos del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, por el Secretario de la repetida Corporación acreditativa de la inscripción en el Libro Inventario de Bienes, Derechos y Acciones de la isla «Columbrete Mayor», en la que se dice que se desconoce la fecha desde la cual se viene realizando actos de dominio municipal, así como el aprovechamiento y disfrute de dicho inmueble por el vecindario, realizándose dichos actos desde tiempo inmemorial, mereciendo el inmueble la calificación de bien comunal, de acuerdo con los artículos 183 y 187 de la vigente Ley de Régimen Local. Dicho documento fue objeto de liquidación por el concepto de informaciones sobre una base de 100.000 pesetas, por un total a ingresar de 8.296,75 pesetas.

Noveno: En 30 de julio de 1962, el señor Registrador dirigió escrito a la Abogacía del Estado, comunicando que se había presentado la citada certificación, solicitando que se le informase sobre la procedencia de la inscripción solicitada, en razón a la posible contradicción de intereses entre el Estado y el Ayuntamiento. La Abogacía del Estado emitió informe, en el sentido

de que el Ayuntamiento de Castellón carece de título alguno de dominio sobre las islas, entendiendo que son propiedad del Estado, por aplicación de la Ley de Mostrencos. Décimo: La Abogacía del Estado dirigió escrito al Ilustrísimo señor Delegado de Hacienda, a efectos de lo dispuesto en el Reglamento de Investigación de Bienes, aprobado por Real Orden de 1902. Iniciado y tramitado el expediente, recayó acuerdo de 15 de noviembre de 1963, por el que se considera probada la propiedad del Estado sobre el inmueble a que se refiere la investigación; pero al no poder ser aquella declarada administrativamente, dada su inscripción en el Inventario Municipal, ordena que se interesase de la Dirección General de lo Contencioso del Estado el ejercicio de la correspondiente acción reivindicatoria, conforme autoriza la Ley de Mostrencos. Décimoprimer: El Excelentísimo señor Ministro de Hacienda, con fecha 20 de junio de 1964, dictó orden, en cuya parte dispositiva se autoriza al señor Abogado del Estado para ejercitar las acciones civiles, conducentes a la declaración del dominio del Estado sobre las llamadas Islas Columbretes. Décimosegundo: Con fecha 27 de abril de 1964, el Ilustrísimo señor Delegado de Hacienda de la provincia dirigió escrito al Ilustrísimo señor Alcalde de Castellón, en el que se le comunicaba lo dispuesto en la Orden Ministerial citada, y se solicitaba de la Corporación el reconocimiento del derecho de dominio del Estado sobre la isla y que ordenase la baja del referido inmueble en el Inventario de Bienes Municipales. Décimotercero: En 25 de junio de 1964, el Ayuntamiento de Castellón comunicó al señor Delegado de Hacienda, que la Comisión Permanente resolvió no acceder a las peticiones dichas, lo que había sido ratificado por el Pleno. Alegó los fundamentos de derecho, y suplica que, previa la tramitación oportuna, se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: Primero: Que el Estado es dueño de la Isla «Columbrete Mayor», del Archipiélago de las Columbretes. Segundo: Condenar al Ayuntamiento de Castellón de la Plana a abstenerse de todo acto perturbador del derecho de dominio sobre la referida isla del Estado. Tercero: Declarar la nulidad de la inscripción de la misma en el Libro Inventario de Bienes, Derechos y Acciones de la Corporación Municipal, a que se refiere el hecho séptimo de la demanda, ordenando la cancelación del correspondiente asiento. Cuarto: Declarar la nulidad, a los efectos de inscripción, en el Registro de la Propiedad de la certificación a que se refiere el hecho octavo. Quinto: Que, caso de que el Excelentísimo Ayuntamiento de Castellón de la Plana hubiera obtenido la inscripción a su nombre del inmueble objeto del presente pleito en el Registro de la Propiedad, con posterioridad a la certificación negativa obtenida por la parte demandante, se declare la nulidad de dicha inscripción y se ordene su cancelación. Quinto: Condenar al demandado al pago de las costas del juicio.

El Ayuntamiento de Castellón de la Plana contestó la demanda, oponiendo a la misma los siguientes hechos: Primero: Se reconoce la certeza del correlativo, añadiendo que la existencia de las Islas Columbretes data desde tiempo inmemorial, y, a pesar de ello, en ningún momento consta que se haya ocupado a nombre del Estado, ni pedido su posesión real, judicial o administrativa. Segundo: Aparte de las instalaciones propias del faro, se han originado todas las demás por iniciativa del Ayuntamiento de Castellón. Tercero: Se destaca del correlativo la afirmación de que la isla viene siendo utilizada desde antiguo por pescadores de Castellón. Se añade que esa utilización se ha venido realizando ininterrumpidamente, sin que en ningún momento encontraran los usuarios la más mínima prohibición u obstáculo por parte del Estado. Lo mismo ha sucedido con respecto a las obras, plantaciones e instalaciones lleva-

das a cabo por el Ayuntamiento Cuarto: Ciertamente, el correlativo, en cuanto a la incorporación de las islas al término municipal de Castellón. Resulta expresivo el hecho de que, por ningún Ayuntamiento de los que comparecieron en el expediente, se pusiera traba a la pretensión de esta ciudad, sino al contrario, fuera reconocida de plano su procedencia. Quinto y sexto: Ciertos, la autorización del deslinde no es ni más ni menos que el reconocimiento de la propiedad del Ayuntamiento, Séptimo al décimo-tercero: Nada hay que oponer a los correlativos. Alega sus fundamentos de derecho, y suplica que, previa la tramitación oportuna, se dicte sentencia, por la que se absuelva al Excelentísimo Ayuntamiento de Castellón de la demanda interpuesta.

El Juzgado de Primera Instancia falló: Primero: Que debo declarar, y declaro, que el Estado es dueño de la isla «Monte Colibro» o «Columbrete Mayor», del Archipiélago de las Columbres. Segundo: Que debo condenar, y condeno, al Ayuntamiento de Castellón de la Plana a abstenerse de todo acto perturbador del derecho de dominio de el Estado sobre la referida isla. Tercero: Que debo declarar, y declaro, la nulidad de la inscripción de la repetida isla en el Inventario de Bienes, Derechos y Acciones del Excelentísimo Ayuntamiento de Castellón de la Plana, ordenando la cancelación del correspondiente asiento. Cuarto: Que debo declarar, y declaro, la nulidad, a los efectos de inscripción, en el Registro de la Propiedad de la certificación expedida por el Secretario de dicha Corporación acreditativa del referido asiento en el Libro Inventario de Bienes, Derechos y Acciones. Quinto: Que debo absolver, y absuelvo, al Excelentísimo Ayuntamiento de Castellón de la Plana de las demás peticiones de la demanda que da lugar a estos autos. Sexto: Sin expresa condena de costas. La audiencia confirmó esta resolución.

El Recurso de Casación no prosperó. Dice la sentencia del Tribunal Supremo:

Considerando: Que el segundo motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, carece de toda consistencia, porque invoca como documento auténtico, para probar el error de la sentencia recurrida, la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento, relativa a que las islas discutidas están comprendidas en el Inventario del Ayuntamiento, y dicho documento sólo da fe del hecho de la inclusión, pero sin legitimar el supuesto derecho que se inscribe; aparte de que, aunque se tratase de documento auténtico, es precisamente su contenido lo que fue objeto de la *litis*, por ello minuciosamente analizado por la Sala de Instancia, antes de dictar su fallo, lo que constituye una razón más para que no pueda invocarse con la finalidad que se hace en este trámite, según una copiosa jurisprudencia. (Sentencia de 5 de abril de 1954 y 30 de mayo de 1958.)

Considerando: Que también hay que desestimar el primer motivo del recurso, que, con apoyo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reputa indebidamente aplicados los artículos 21 y 22 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y el artículo 348 del Código civil, pues, haciendo supuesto de la cuestión, se argumenta en dicho motivo sobre la base de que las islas eran propiedad del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, por el solo hecho de su inclusión en el Inventario de Bienes de dicha Corporación, como si dicha inscripción tuviese carácter constitutivo, y lo que va en contra de los supuestos de hecho de la sentencia recurrida, en la que se afirma que, aunque el Ayun-

tamiento haya practicado algunos actos aislados de posesión, éstos ni han sido los suficientes para acreditarla, ni han transcurrido después de ellos, el tiempo suficiente para adquirir la propiedad por prescripción, y en cuanto a la invocación del artículo 348, es precisamente por esa inclusión, en el inventario municipal, a la que tantas veces se alude en el recurso, por lo que el Estado se vió obligado a ejercitar la acción reivindicatoria en la forma que lo hizo, pues esta acción hay que acompañarla al grado de despojo sufrido, y si corrientemente tiene por objeto rescatar la posesión con los frutos producidos, en el caso presente, como la posesión que ostenta el demandado es meramente tabular fue sólo la inscripción indebida entre los bienes del Ayuntamiento, la que tenía que desaparecer para reintegrar al Patrimonio del Estado el bien en cuestión.

*Entre los antecedentes de este fallo se encuentra el que el Registrador de Castellón de la Plana dirigió escrito a la Abogacía del Estado, comunicando que se había presentado la certificación del Ayuntamiento para que se inscribiera la isla y solicitando se le informase sobre la procedencia de la inscripción pedida, en razón a la posible contradicción entre el Estado y el Ayuntamiento.*

*El Abogado del Estado informó que el Ayuntamiento carecía de títulos de dominio sobre las islas Columbretes, y que entendía eran propiedad del Estado, por aplicación de la Ley de Mostrencos.*

*No hay realmente en la legislación hipotecaria un precepto que concretamente autorice la solicitud de informe cursada por el Registrador al Abogado del Estado. No existía en el Registro asiento contradictorio o dudosamente contradictorio que impidiese la inscripción de la certificación o aconsejase la aplicación del artículo 306 del Reglamento Hipotecario. Las dudas surgían, sin duda, no del Registro, sino de datos o noticias extrarregistrales. El Registrador estimaría que faltaban datos para calificar el documento, y solicitó directamente el informe. Según los antecedentes que constan en la sentencia, la isla no llegó a inscribirse a favor del Ayuntamiento, y el fallo de los Tribunales vino a confirmar la licitud de las dudas del Registrador. Es un caso curioso de acción reivindicatoria triunfante, cuya finalidad principal era que se cancelara esa inclusión en el Inventario de Bienes Municipales.*

B. M. B.

### III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1967 (Sanvalero c. Piera):

*Compraventa de naranjas: Interpretación de los contratos: Riesgos de la cosa vendida en caso de helada. Apreciación de la prueba (No ha lugar).*

*Antecedentes.* 1. El demandante, dedicado a la compra, confección y exportación de toda clase de agrios, convino con el demandado la compra de diversas variedades de naranja de las fincas propiedad de este último, de la cosecha de la temporada 1962-1963. No aparece demasiado claro en la exposición de los hechos, si el contrato se celebró verbalmente (tesis del demandado) o si se otorgó documento privado (tesis del actor). El demandado exponía las formas de contratación usuales en la comarca: bien mediante la compra

«a ojo», o sea, por un *precio alzado*, siendo todos los riesgos a cargo del comprador desde el momento de la compra, y quedando el precio de la definitiva propiedad del vendedor, tanto si existe mayor o menor número de arrobas efectuadas, bien mediante un contrato mixto, en el que el comprador paga una cantidad en firme al vendedor por un número determinado de arrobas de naranja sobre el que ambos están de acuerdo—corriendo, por tanto, de su cargo todos los riesgos del fruto vendido—, pero si la mercancía llega a buen fin, y es recogida y pesada, el comprador paga al vendedor las arrobas de diferencia con las realmente obtenidas. Para el demandado, este último contrato fue el celebrado entre las partes.

El actor presentaba el supuesto documento en que se convino el contrato, del siguiente tenor literal: «El señor Piera recibe del señor Sanvalero la suma de 400.000 pesetas a cuenta de las naranjas..., a razón de 125 *pesetas arroba*, teniéndose que pesar todo el fruto sano y liquidando la compra a sobras o a faltas al final de lo recolectado de las mismas, asegurando la cosecha contra el pedrisco en la Compañía "Previsión", comprometiéndose cada uno a pagar la mitad del importe de la póliza». Obsérvese que dicho documento no fija plazo de recolección. El demandado alegó haberlo firmado por la confianza depositada en el actor y sin leer apenas su contenido: entendía que era un simple recibo entregado al comprador (demandante) como justificante del pago del precio.

El demandado recibió del comprador la suma del precio referido mediante diversas entregas de dinero y, además, mediante un préstamo firmado en el mismo acto de firmarse el otro documento debatido (por valor de 100.000 pesetas), el vencimiento de tal préstamo se fijaba «durante el presente año». Se discutía en el pleito si la citada cantidad fijada como precio había sido realmente entregada, calculada para el número de arrobas aforadas de común acuerdo entre los otorgantes (tesis del demandado), o si el comprador solamente había entregado 300.000 pesetas en metálico, siendo el tal préstamo de 100.000 pesetas simulado (tesis del demandante).

El comprador comenzó en octubre del año 1962 la recolección de las naranjas, fortuitamente se produjo una fuerte helada en toda la región de Levante en las noches de la Navidad de dicho año, sufriendo las naranjas las inevitables consecuencias. Se debatía especialmente por las partes: el actor, que solamente recogió 1.258 arrobas de naranjas, de las 3.200 arrobas aforadas, y que su obligación era «pesar todo el fruto sano», por lo que no siguió con la recolección; el demandado, sobre la base de que las naranjas adquiridas suelen madurar a finales de noviembre, sostenía que tales naranjas pudieron ser recogidas antes de la helada del 24 de diciembre de 1962, lo que implicaba en el comprador negligencia y morosidad en la recolección, al estar la cosecha sana, madura y a su disposición.

La súplica de la demanda, partiendo de la base de que el valor de la naranja recogida ascendía a 157.250 pesetas, y de que entregó 300.000 pesetas, solicitaba declaración del juzgador sobre los extremos alegados y en especial que el actor tenía un saldo a favor de 142.750 pesetas. En la contestación a la demanda se terminaba suplicando se dictase absolución del demandado, dado que el contrato de préstamo era lícito y exigible y que la compraventa fue convenida «a ojo» mediante aforo, por un precio alzado.

2. El Juzgado de Primera Instancia desestimó en su totalidad la demanda interpuesta y absolvió al demandado. Hubiera sido interesante conocer la sen-

tencia en su integridad, pero los datos que de ella aparecen en la exposición de hechos son harto expresivos; parte el Juez de que la interpretación más adecuada de los contratos, dados los artículos 1.281, 1.282, 1.287, 1.289 y 1.258 del Código civil, ha de tener en cuenta: *La intención común y objetiva de las partes*; lo que las partes, atendidas la buena fe, el uso y la Ley, *tuvieren que querer*; la actuación de las partes coetánea y posterior al contrato *verbalmente celebrado* en el mes de agosto de 1962. Algunas de las consideraciones efectuadas por el Juez de Primera Instancia—recogidas en el primer motivo del recurso—merecen ser transcritas como ejemplo de la labor investigadora del Juez para llegar a conocer la intención común de las partes: «un primer acto, coetáneo y posterior inmediatamente al contrato, es aquel en que el comprador se obliga a pagar la mitad del importe de la póliza contra el pedrisco, lo cual no se explica en una venta por arrobas, y si es lógico *en el caso de un contrato mixto*; otro acto posterior es la irrevocabilidad de la entrega de dinero realizada; otros actos posteriores demuestran que la entrega de dinero era *en firme*, hecha como precio de parte de la cosecha en cuya existencia las partes estaban conformes, y que pasó desde el primer momento a ser propiedad del actor y a su riesgo (v. gr.: el actor, después de la helada, recoge en un solo día 370 arrobas, cuando antes de la helada el promedio diario había sido de 98 arrobas; un testigo, después de la helada, pidió autorización *al actor y al demandado* para recoger las naranjas perjudicadas, autorizándole el actor, pues el vendedor dijo que ya no eran suyas; la confesión judicial del actor de que *sólo compra naranjas por arrobas* si están en condiciones de recolección, y hasta que esto no ocurre las compra «a ojo» *mediante aforo por un precio alzado*, y que el actor no tenía dificultades en situaciones similares a la del litigio, según confesó, recogiendo o no la naranja antes o después de la helada...»).

3. La Audiencia, revocando la sentencia apelada y dando lugar en parte a la demanda, condenó al demandado a pagar al actor la cantidad de 242.750 pesetas y absolviéndole de los restantes pedimentos de la demanda. Frente a la tesis final sostenida por el Juez de Primera Instancia—«tal convenio responde a una voluntad efectiva de contratar propia de un cierto momento y es expresión a su vez de una conmutabilidad y reciprocidad de un contrato en el que el agricultor vende en firme, cobra un precio elevado propio de naranjas tempranas o primerizas, asegura el total precio y se desentiende del riesgo, y el comerciante, pagado ya el fruto, adquiere su propiedad»—entiende la Audiencia que el documento firmado por las partes en el mes de agosto de 1962 no necesita interpretación en su claro texto literal (arg. art. 1.281-1.º del C. c.) y que no puede orillarse su valor probatorio (arg. art. 1.248 del C. c.). En consecuencia, al partir de la base de que la venta era *por unidad de medida* (a 125 pesetas la arroba), aplica el último párrafo del artículo 1.452 del Código civil.

4. El demandado interpuso recurso de casación, basándose en los motivos siguientes:

1.º Por aplicación indebida del artículo 1.281 del Código civil y violación por no aplicación del 1.281-2, 1.282, 1.287, 1.289 y 1.258 del Código civil. Resume la tesis del Juzgado (como hemos expuesto antes), y añade que la común intención de las partes indagada por el Juez parece evidentemente distinta de la

que podía deducirse del único documento escrito que en el proceso constaba, por lo que aquella intención debe prevalecer sobre el tenor del documento; y ello, aunque dicho documento fuera el contrato que hay que interpretar, lo que no es así, pues el contrato se celebró verbalmente y el documento es un acto posterior, un simple recibo firmado por el vendedor (que era tío del comprador). El contrato que había que interpretar era el convenio verbal, pacto que es uso en la comarca."

2.º Al amparo del artículo 1.692-7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de las pruebas: al hacer prevalecer el documento firmado en agosto de 1962 sobre las demás pruebas, con lo que se interpreta con error el artículo 1.248 del Código civil y el 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se infringen por violación los artículos 1.232 y 1.234 del Código civil y el 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las pruebas testifical y de confesión judicial del actor pueden y deben prevalecer contra lo que expresa el documento debatido: Como el negocio celebrado suele pactarse verbalmente, cuando existe un «recibo», éste no suele probar más que eso, el «recibo» de cierta cantidad y no las circunstancias del pacto verbal preexistente.

3.º Basado en infracción de Ley y de la doctrina legal, por aplicación indebida del artículo 1.452-3.º del Código civil, y violación por inaplicación de los párrafos 1.º y 2.º del mismo artículo. Cita las sentencias de 15 y 29 de abril de 1947 y 9 de junio de 1949 y la reciente de 6 de octubre de 1965 (sobre un contrato análogo al debatido).

5. El Tribunal Supremo rechaza el recurso, en base a los siguientes Considerandos:

Considerando: Que, al declararse en la sentencia impugnada que el precio estipulado en el contrato litigioso se fijó por *unidad de medida de la naranja que en su día recogiese el demandante*, no infringió por aplicación indebida el párrafo primero del artículo 1.281, ni por falta de ella el segundo inciso de dicho precepto y los 1.282, 1.287, 1.289 y 1.258 del Código civil, cual se pretende en el primer motivo del presente recurso elaborado conforme a lo dispuesto en el número 1.º del 1.692 de la Ley procesal: 1.º Porque semejante doctrina coincide exactamente con el sentido literal del documento de 28 de agosto de 1962, que expresa que «la entrega de dinero en él reflejada se realizó a cuenta del fruto enajenado, que la venta se concertó "a razón de 125 pesetas la arroba" y que al final de la recolección se liquidaría "a sobras o a faltas" la cantidad recibida por el vendedor», por lo que la interpretación de dicho negocio jurídico debe atemperarse a lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 1.281, que contiene la primordial regla de hermenéutica vigente sobre la materia (sentencias de 7 de abril de 1938 y 8 de febrero de 1954), respecto de la cual presentan carácter meramente *subsidiario las restantes* que se especifican en el capítulo 4.º del título 2.º, libro 4.º del referido Cuerpo legal (sentencias de 9 de abril de 1947, 30 de marzo de 1953 y 7 de junio de 1955). 2.º Porque la *labor exegética* de los juzgadores de instancia en orden a las cláusulas contractuales, debe prevalecer frente a la de los contendientes, siempre que, como así sucede, sea racional y no se demuestre su error de forma evidente a través del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, aun cuando cupiere alguna duda acerca de su exactitud (sentencias de 30 de enero de 1950, 20 de octubre de 1956, 10 de octubre de 1959 y 25 de noviembre de 1961). 3.º Porque no se ha justificado, en el supuesto que aquí se contempla, la

*existencia de la costumbre o el uso del lugar* alegados por el recurrente y a que se refiere el artículo 1.287, como es preciso para su aplicación, según las sentencias de 21 de febrero de 1957 y 1 de febrero de 1958.

Considerando: Que tampoco puede prosperar el *segundo* motivo del recurso, dirigido por la vía formal del número 7.º del mencionado artículo 1.692; porque los artículos 1.248 de la Ley civil sustantiva y 659 de la Rituaria, cuya interpretación errónea se denuncia, *no son adecuados para fundamentar un error de derecho padecido* por el Tribunal *a quo*, en la apreciación de la *prueba*, por no contener norma alguna sobre su valoración (sentencias de 3 de mayo de 1944 y 3 de noviembre de 1962); ni la *eficacia en juicio de la confesión judicial es superior* a la de los demás medios probatorios admitidos por el artículo 1.215 del Código civil (sentencias de 14 de octubre de 1960 y 4 de octubre de 1961), cuando, como ocurre en el presente caso, ha sido apreciada en conjunción con ellos y no de forma aislada e independiente.

Considerando: Que igualmente claudica el tercero y último motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.º del repetido artículo 1.692, porque se sustenta *sobre supuestos de hecho contrarios* a los afirmados por el Tribunal *a quo*, y porque, como en él se expresa, *su éxito lo supedita* el propio recurrente al del primer motivo que, como se ha visto, ha sido desestimado.

J. C. G.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1968.—*Existe precio cierto en la compraventa, aunque sea indeterminado, si es determinable, «con arreglo al precio que rigiese en el mercado en cada campaña agrícola».*

La Cooperativa molturadora de la aceituna fue entregando orujo al fabricante de aceite de orujo. No se pusieron de acuerdo a la hora de la liquidación. Surgió el pleito y se planteó por aquélla la nulidad de la compraventa por falta de precio. El fabricante demandado alegó que no se había llegado a determinar el precio por la actitud de la Cooperativa vendedora y demandante, pero que existía precio cierto por ser determinable.

El Recurso que pretendía la nulidad de la venta no prosperó.

Considerando: Dice la sentencia del Tribunal Supremo, que en el primer motivo del recurso se denuncia la infracción, por violación de los artículos 1.445, 1.450 y 1.273 del Código civil, que exigen: el primero, la existencia de un precio cierto en la compraventa; el segundo, que el convenio recaiga sobre la cosa y el precio, y el tercero, que dispone que la indeterminación en la cantidad objeto del contrato no será obstáculo para la existencia del mismo, siempre que sea posible determinarla, sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes; preceptos todos que, en sentir de la entidad recurrente, se violan por la sentencia recurrida, la cual recoge un hecho que acepta el demandado, el de la falta de mutuo acuerdo sobre el precio, pues, al concretar los términos de la *litis* en el segundo Considerando, afirma que, según aduce la parte actora, «el producto fue entregado en la fábrica extractora de aceites de orujos, sin previa fijación del precio..», y que, según aduce la parte demandada, «no había podido llegarse al mutuo y común acuerdo por la acti-

tud de la Cooperativa...», con lo cual viene a sentar la afirmación fáctica de que el perfeccionamiento del contrato litigioso exige, nada menos, que un requerimiento, al efecto de lograr el común y mutuo acuerdo sobre el precio, a pesar de lo cual, dicha sentencia declaró válido y eficaz la aludida convención.

Considerando: Que, aunque nuestro Código civil, en los artículos 1.445 y 1.450, exige que el precio de la compraventa sea cierto, ello no quiere significar que su exacta cuantía ha de ser precisada en el acto mismo de la celebración del contrato, sino que dicho cuerpo legal permite aplazar la fijación de él para un momento posterior, siempre que, al perfeccionarse el contrato, se hubieran convenido unas normas claras y concretas para que se haga la oportuna determinación de dicho precio, sin dejar lugar a dudas, como ocurre en los casos previstos en el artículo 1.447. en los que se hace la referencia a una cosa cierta o se deja el señalamiento del precio al arbitrio de una persona determinada, o, como sucede en los supuestos señalados, en el artículo 1.448, de venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, en las que se señale como precio en el contrato, el que alcanza la cosa vendida, en determinado día, Bolsa o mercado, y por analogía, en determinada época o campaña agrícola, forestal, industrial o pesquera: es decir, que, aunque no quede determinado con precisión cuantitativa en el momento de celebrarse el contrato, el precio se reputa cierto, siempre que sea determinado con subjeción a las normas establecidas en él, sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes contratantes—artículo 1.273—o que se deje al arbitrio de una de ellas su fijación—artículo 1.449—.

Considerando: Que la parte recurrente, para construir con aparente lógica este primer motivo de su recurso, atribuye a la sentencia recurrida unas afirmaciones fácticas y unas valoraciones jurídicas que ésta no contiene, espigando frases de dicha sentencia, de modo fragmentario, que, además, no son considerados predeterminantes del fallo, sino sólo partes de la descripción de las opuestas pretensiones de los litigantes encaminadas a concretar la cuestión litigiosa que, según tal sentencia, quedó reducida a que, por la entidad demandante, se sostiene que es nulo el contrato de venta de orujo, porque se supeditaba la fijación del precio al mutuo acuerdo entre vendedor y comprador, que, al no conseguirse, determinaba la falta de un requisito esencial, mientras que el demandado aduce la validez y eficacia de tal contrato, ya que, al no haberse llegado a ese mutuo acuerdo, había sido por la actitud de la vendedora, la cual, en vez de requerir a aquél al efecto, lo demandó de conciliación, para que se aviniera, sin más, a liquidar el orujo al precio de 0,90 céntimos que ella señalaba unilateralmente.

Considerando: Que, además, frente a cualquier clase de alegaciones que pudiera hacer la entidad recurrente, se alzan las afirmaciones fácticas de la propia sentencia, que, en el Considerando 3.º, proclamaba «que las pruebas practicadas han acreditado que es circunstancia concurrente en el tipo de contratación que nos ocupa, determinada por la entrega del orujo por el que molutura la aceituna, al fabricante extractor, la de que dicho orujo, dada su naturaleza, entre la inmediata disposición del extractorista, para su transformación, así como es, estipulación normal, sabida y de general conocimiento, la de que la fijación de su precio se efectúa de mutuo acuerdo entre vendedor y comprador, finalizada la campaña de moluturación de aceituna, con arreglo a los datos objetivos, ya conocidos, del rendimiento medio obtenido del orujo, según el valor alcanzado por los productos y subproductos extraídos del mismo en la campaña en que se llevó a efecto su entrega por la fábrica de moluturación de

aceituna, atendiéndose igualmente, al dato, también objetivo, del precio medio pagado en otras fábricas extractoras de la comarca o región.

Considerando: Que, como tales afirmaciones fácticas no han sido desvirtuadas por la recurrente, utilizando los medios impugnativos que para ello autoriza la Ley, es evidente que aquéllas han quedado incólumes, y con arreglo a ellas, el precio convenido era perfectamente determinable y cumplía el requisito de ser cierto, en el sentido que admite nuestro Ordenamiento legal, siéndole, por tanto, perfectamente aplicables los preceptos citados por el recurrente, que el juzgador de instancia no ha desconocido ni dejó de tener en cuenta, por lo que no pudieron ser violados.

Considerando: Que, consiguientemente, si en el acto de la celebración del contrato se establecieron, por mutuo acuerdo de las partes, unas normas concretas, con arreglo a las cuales, en momento posterior, se había de determinar con toda precisión el precio, también resultan inoperantes las infracciones denunciadas en el motivo 2.º del recurso, en el que se acusa la violación de los artículos 1.261, 1.262 y 1.274 del Código civil, pues, en el contrato litigioso, han concurrido los tres requisitos esenciales que el primero de aquellos preceptos señala. Hubo concurso de oferta y aceptación sobre la cosa y la causa, y ésta ha sido para una parte el precio, y para otra, el orujo entregado, sin que sea preciso un posterior convenio entre ellos para la determinación del precio, ya que, como también afirma la sentencia impugnada, si no se consigue el mutuo acuerdo de los contratantes para ello, será éste señalado por los Tribunales, teniendo en cuenta los datos que quedan relacionados en el considerando anterior de dicha sentencia.

Considerando: Que el motivo 3.º imputa a la sentencia recurrida, aplicación indebida del artículo 1.258 del Código civil, y violación, de los artículos 5.º y 1.255 de dicho Cuerpo legal; pero para construirse tal motivo, tiene que hacerse supuesto de la cuestión, manteniéndose que no hubo contrato por falta de elemento esencial del precio cierto, y que con esa supuesta costumbre contractual que la sentencia admite, es contraria a la Ley y no puede prevalecer contra ésta, es decir, que, sin haberse desvirtuado las afirmaciones fácticas de la sentencia impugnada, se pretende que valgan las aseveraciones que contienen a la tesis impugnativa.

Considerando: Que, como en un caso análogo ha dicho esta Sala, la relación contractual se halla vigente por la fuerza de la costumbre, de modo singular en regiones españolas o productoras de orujo, especialmente en las provincias andaluzas, donde acaece el supuesto aquí contemplado, y al quedar incólume el dato de hecho de que existió un acuerdo entre las partes hoy litigantes, consistente en que la liquidación de las entregas efectuadas se haría con arreglo al precio que rigiese en el mercado al final de cada campaña agrícola, resulta incuestionable que, desde el punto de vista jurídico y a la manera como dijeron los dos juzgadores de instancia, se está en presencia de una compraventa, en la que existe como cierto un precio, si bien indeterminado, si determinable, utilizando los criterios del artículo 1.448, en relación con el 1.447 del Código civil, especialmente con referencia al mercado de esta clase de producto agrícola, en el día o momento específico final de la campaña—sentencia de 11 de octubre de 1967.

## 2. JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

## II. SOCIEDADES

## SOCIEDADES ANÓNIMAS.

SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1967.

No están legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, por el procedimiento especial del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, los accionistas que hayan entrado en la sociedad, con posterioridad a la celebración de la Junta, en que tales acuerdos se adoptaron, a virtud de una transmisión *inter vivos* (Montero c. «M. S. A.»).

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1967.

El lugar de celebración de las Juntas generales es aquel en que la Sociedad tenga su domicilio, conforme al párrafo 1.º del artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas; regla que es de carácter imperativo, de suerte que no puede considerarse como domicilio a tales efectos cualquiera de los que señala el artículo 41 del Código civil (Galindo c. «V. S. A.»).

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1968.—*Requisitos de validez de los acuerdos limitativos de libre transmisibilidad de las acciones* (Herrero c. «Cia. N. O. S. A.»).

Entre los pactos ilícitos a que hace referencia el número 5 del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, que los socios están imposibilitados de establecer válidamente fuera de los Estatutos, figuran todos aquellos que puedan afectar a las acciones, como índices representativos de la participación en el ente social y, al propio tiempo, como expresión de la cualidad o condición de socio, razones que condujeron a la norma imperativa contenida en el último inciso del artículo 37 de la Ley especial, a cuyo tenor «las acciones de la misma serie o clase serán de igual valor y *conferirán los mismos derechos*», dentro de los cuales no pueden considerarse incluidos solamente los tres señalados en el artículo 39 del propio texto legal, es decir, el de participar en el reparto de ganancias, el de suscribir la emisión de nuevas acciones con carácter preferente y el de votar en las Juntas generales, porque el precepto dice, de modo expreso, que esos derechos son un mínimo que la acción confiere, y dentro de los cuales deben figurar todos los que la misma Ley en otros artículos o los estatutos sociales, puedan establecer, y muy especialmente, los derivados de las cláusulas limitativas de la libre transmisión de las acciones que permite el

artículo 46 de la Ley, y que, en el presente caso, fueron introducidas por uno de los acuerdos sociales objeto de impugnación por el socio (que votó en contra), pero de modo desigual, que supone su ilicitud en cuanto que deja su aplicación a la decisión mayoritaria del Consejo de Administración, a iniciativa de su presidente, estableciendo una norma de carácter genérico que, al margen de su funcionamiento en concreto, va en contra de la igualdad exigida por la Ley, por lo que es obligada la declaración de su nulidad.

### III. TITULOS VALORES

SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1967.—*Cuestión de competencia. Lugar de cumplimiento de la obligación en las letras de cambio* (Margarita c. Leandro).

Conforme a la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la doctrina sustentada con reiteración por esta Sala, es Juez competente para el conocimiento de los juicios ejecutivos derivados de la letra de cambio, cuando no medie expresa sumisión que determine la aplicación preferente de la norma establecida en el artículo 56 de la expresada Ley, el del lugar en que la obligación para cuya efectividad se acciona, debe ser cumplida; lugar que, en virtud de lo que dispone el párrafo 2.º del artículo 478 y el primero del 505 del Código de Comercio, es el de la residencia del aceptante, cuando en la letra no se expresa que el pago ha de efectuarse en otro distinto (sentencia de 13 de noviembre de 1942)

NOTA.—Véase sentencia de 20 de octubre de 1967, inserta a continuación.

### V. MARITIMO

SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1967.

Cuestión de competencia. A favor del Juzgado del lugar de cumplimiento de la obligación, o sea, de entrega de las mercancías, donde, además, debe hacerse efectivo el flete; no siendo obstáculo a ello que se hubiera celebrado acto de conciliación en otro lugar (J. A. L. S. r. c. c. Barreres).

NOTA.—Véase sentencia de 9 de diciembre de 1967, anteriormente extractada.

### VI QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1967.

El convenio de acreedores no libera al avalista del deudor suspenso, porque: a) la doctrina sobre subsistencia de responsabilidad de los terceros, al abono de la letra, con posterioridad al convenio acordado en el expediente, no

admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos, sobre tiempo y forma de hacerlo, sólo afectan a los intervinientes en el convenio, y modelan exclusivamente la responsabilidad del suspenso, de acuerdo con la finalidad del proceso que es abrir cauce a una situación anormal, imponiendo el acuerdo adoptado, incluso a los que, con su voto, no cooperaron a la adopción del mismo; b) que ello resulta aún más patente en el caso de autos, en que se estipuló, de modo claro y preciso, el alcance del convenio, dejando intactas las acciones que, aparte del mismo, pudieran corresponder a los acreedores, para reclamar sus créditos de los responsables subsidiarios, y en que la aprobación del convenio, en tal sentido, fue postulada, en la Junta correspondiente, por el propio demandado, a quien no es lícito ahora desconocer el alcance de la cláusula ni, por ende, mostrarse como un tercero indiferente a las consecuencias de aquél, pudiendo hacer valer lo beneficioso, como miembro de la sociedad suspensa, sin pasar por lo que le perjudique (cita las sentencias de 18 de febrero de 1952, 15 de junio de 1962 y 8 de junio de 1966) (V. S. A. c. Lacanda).

SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1968.—*Los autos del procedimiento que persigue bienes hipotecados no son acumulables a los de la quiebra* (Vidal c. Pombero).

Constituida hipoteca mobiliaria en 1959 sobre un establecimiento mercantil, el juicio ejecutivo seguido en reclamación de la cantidad asegurada (aunque promovido en 18 de abril de 1967), no es acumulable al procedimiento de quiebra del deudor, acordada por auto de 28 de julio de 1967, con efectos retroactivos al 1 de noviembre de 1966, porque, al *perseguirse solamente los bienes hipotecados en el juicio ejecutivo*, ha de aplicarse la norma del artículo 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que excluye la acumulación de autos, cuando sólo se persigan los bienes hipotecados.

SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1968.—*Rehabilitación del quebrado* (Tello c. Martínez).

Declarada fraudulenta una quiebra, aunque el correspondiente sumario absuelva de delito al quebrado, no por ello procederá su rehabilitación (artículos 920, 921 y 922 del Código de Comercio), porque la jurisdicción civil es autónoma en orden a la calificación de la quiebra

S. DE F.

---

## 3. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN LA CONCESION  
DE LICENCIAS

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1968.

## I.—PLANTEAMIENTO.

Esta sentencia de 14 de junio de 1968 (de que fue ponente don Manuel Robres García) acepta la doctrina de la dictada por la Excelentísima Audiencia de Granada el 2 de julio de 1964.

En los Considerandos de esta sentencia se hace un perfecto resumen de los hechos, planteando correctamente la cuestión, a la que se da una solución igualmente correcta.

Los Considerandos 4.º, 5.º, 6.º y 7.º (que son los que abordan la cuestión de fondo) dicen así: «4.º, que, superados los obstáculos iniciales opuestos por la Corporación demandada, el examen del fondo de la controversia exige la puntualización de las siguientes premisas, de hecho, expresa o implícitamente afirmadas por el Municipio: Primero: Que el Plan de Ordenación Urbana de la ciudad de Málaga, vigente por lo menos hasta 1961, contenía, para las edificaciones frontales a la calle Diego de Vergara, la limitación de que cualquier edificio, cuya construcción se autorizase, habría de dejar tres metros de fondo a todo lo largo de su fachada. Así resulta de los propios acuerdos municipales que concretaron en tal exigencia para el edificio de la actora (8 de marzo de 1957, folio 15, en relación folio 70 exp), e idéntica limitación para el iniciado por doña G. O. (acuerdo de 28 de octubre de 1960, folio 69 v), construcción ésta que luego reanunciada por el señor G. Q., bajo el amparo de la licencia otorgada en 1 de marzo de 1963, determina la acción de la recurrente. La evidencia de aquella limitación es, asimismo, patente en la certificaciones y acuerdos del Ayuntamiento de Málaga, obrante en el expediente a los folios 50 al 63, y en la expedida a petición de la Sala (folio 69), de la que aparece dicha zona de la calle Vergara, con la consideración de 'Ciudad Jardín', bajo la vigencia de la Ordenanza correspondiente, aprobada por la Comisión Central de Sanidad Local, el 10 de julio de 1950, sin que la forma, un poco vaga y confusa con que el Municipio contesta a las concretas preguntas A) y B) que, para mejor proveer, le fueron formuladas, pueda tener procesal, y racionalmente pensando, otro efecto que el afirmativo, propio del silencio o las respuestas evasivas. Segundo: Que vigente la Ordenanza referida el 10 de julio de 1950, el Ayuntamiento redactó un proyecto de reducción de las zonas de 'Ciudad Jardín', convirtiendo en casco urbano toda parte Oeste, hasta la Ronda Exterior, el cual proyecto, en el que desaparecían las limitaciones frontales indicadas más arriba, aprobado en principio por el Ayuntamiento en 17 de marzo de 1961, y sometido a información pública, mediante anuncio, publicado en el correspondiente *Boletín* de 14 de abril de 1961, sin que se dedujera ninguna reclamación, fue aprobado provisionalmente en sesión extraordinaria del Ple-

no Municipal, celebrada el 10 de julio de 1961, y en este estado, remitido a la Comisión Provincial de Urbanismo, la cual, habiéndolo visto en sesión de 4 de noviembre del mismo año, tomó como único acuerdo el que literalmente dice así: 'que el Ayuntamiento haga un Plan Parcial de la Zona Oeste, señalando las zonas verdes y el movimiento de meses de edificación con alturas adecuadas', sin que posteriormente la Corporación haya remitido a la Comisión de Urbanismo el pedido Plan Parcial (folios 42 y 66). Quinto: Que, siendo indiscutible la competencia del Ayuntamiento para formular los Planes y Proyectos municipales en materia urbanística, la aprobación definitiva de los mismos está inequívocamente atribuida a la Comisión de Urbanismo—Central o Provincial, según los casos—(arts. 108 de la Ley de Régimen Local, 24 y 28 de la Ley del Suelo), sin que este trámite preciso para soslayarse a lo largo del procedimiento, establecido en la sección 4.ª del capítulo II del título I de este Ordenamiento, contiene la previsión específica de que la Comisión devuelva el plano-proyecto para introducir las modificaciones procedentes. Pero el Plan o Proyecto de este caso, deberá elevarse nuevamente para su aprobación definitiva, según regla general, que sólo tiene la excepción de haber sido relevado de ello el Municipio, y esta relevación, a la preceptiva aprobación, las que justamente faltan, con lo que la pretendida modificación de la Ordenanza de 10 de julio de 1950 no llegó a tener vigencia, y, por tanto, el acuerdo municipal de 1 de marzo de 1963, que autorizó las obras del señor G. Q., en la calle Vergara, sin limitación frontal alguna, por entender, erróneamente, vigente el Proyecto modificador provisionalmente aprobado por el Ayuntamiento en 1961, es, a todas luces, incorrecto, por falta de aprobación y también, por supuesto, por falta de la publicidad del mismo exigida por los artículos 44 de la Ley del Suelo y 7 del Reglamento de Servicio. Sexto: Que el otorgamiento de la licencia sobre la base de un acuerdo legalmente incorrecto, tal como se predica en el anterior Considerando, plantea la situación a que se refiere el artículo 172 de la Ley del Suelo (toda vez que la supuesta desviación de poder que el recurrente arguye no aparece en ningún momento), con la consecuencia prevista en el apartado a) del artículo 171 de la misma Ley, y con el efecto indemnizatorio que para el particular, indebidamente autorizado, otorga el número 2 de aquel artículo 172, con lo que, en definitiva, el destino más oneroso de la declaración de demolición lo soportará, como es justo, el propio Ayuntamiento, que actuó introduciendo un fermento disolvente de la legalidad en vigor y con olvido de los límites de su competencia y de la doctrina proclamada por el artículo 45 de la tan repetida Ley del Suelo, de que las disposiciones sobre ordenación urbana, contenidas en dicha Ley y en los Planes, proyectos, normas y ordenanzas aprobados con arreglo a la misma—y no en forma distinta—, son de inexcusable observancia para todos, incluida la Administración. Séptimo: Que el artículo 228 de la tan repetida Ley del Suelo mandó poner, en conocimiento de la correspondiente Comisión Provincial de Urbanismo, toda sentencia que contenga un mandato demoleedor de obras, con la consecuencia de su posible conservación por motivos de interés público, y, en este caso, con el eventual efecto, que importe señalar, de la posible acción indemnizatoria, a favor ahora de la recurrente (sentencia de 5 de noviembre de 1962), que, por cierto, silencia toda particular postulación en este punto, poniendo la Sala en la situación de dejarlo intocado, conforme al mandato del artículo 43 1, de la Ley de 26 de diciembre de 1956».

Del texto de estos Considerandos se desprende que las cuestiones básicas que en ellos se plantea y resuelve son las siguientes: 1.ª, Ordenación aplicable

a la decisión sobre otorgamiento o denegación de licencias; 2.<sup>a</sup>, entrada en vigor de los Planes y Ordenanzas; 3.<sup>a</sup>, efectos de la anulación de la licencia indebidamente otorgada, y 4.<sup>a</sup>, posibilidad de sustituir la ejecución de la sentencia por la indemnización.

Al estudio de estas cuestiones se dedican los apartados siguientes.

## II.—ORDENACIÓN APLICABLE A LA DECISIÓN SOBRE OTORGAMIENTO DE LICENCIA.

1 Una jurisprudencia reiterada ha declarado el carácter reglado de la potestad que ejerce la Administración al resolver una petición de licencia para ejercer cualquiera de las actividades que enumera el artículo 165 de la Ley del Suelo.

Presupone el ejercicio de una actividad típicamente reglada: se otorgará o denegará en función del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones o requisitos que establecen las normas aplicables; dependerá de que se esté dentro de los límites y cumplan los deberes que establecen la Ley del Suelo y los planes de ordenación (art. 61 del Reglamento de Servicios). «El acto administrativo por el que se concede o deniega una licencia—dice una sentencia de 27 de mayo de 1967—ha de tomarse en ejercicio de facultades regladas..., de acuerdo con las disposiciones legales o de ordenanza que pautan su otorgamiento y condicionan su eficacia, como ha declarado la sentencia de 7 de octubre de 1964.»

Cuando el artículo 165 de la Ley del Suelo sujeta, a previa licencia, las actividades que en él se enumeran, es para impedir que se vulneren los planes, que son obligatorios (art. 45 de la Ley del Suelo). Como dice una sentencia de 14 de junio de 1967, la finalidad de la licencia de obras es controlar si el ejercicio de las facultades dominicales se ajusta a las disposiciones que lo regulan y encauzan para acomodarlo al interés público, constituyendo, por tanto, las licencias de construcción un medio con el que el Ayuntamiento cuenta para hacer efectivo su control en materia de urbanismo, obligando a que la obra se ajuste a los Planes y Proyectos de Ordenación Urbana aprobados. Por ser obligatorios los Planes también para la Administración, ésta no puede denegar una licencia, cuando la edificación para la cual se pida sea conforme al plan de ordenación previsto. La Administración, entonces, no puede, discrecionalmente, concederla o denegarla, sino que debe concederla, sin discrecionalidad alguna. Y en este sentido existe numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, de las que, por no hacer de ella un acopio desmesurado, citaremos sólo las de 29 de diciembre de 1956, 13 de junio, 31 de octubre y 6 de noviembre de 1958, 5 de octubre de 1960 y 9 de abril de 1962. Y la propia jurisprudencia ha subrayado el fundamento de tal vinculación, diciendo que de este modo «quedaría reducido a mera entelequia el derecho, que, como accesorio del dominio, concede a todos los titulares el artículo 388 del Código civil» (sentencia de 23 de enero de 1957), «llevando al absurdo de que un Ayuntamiento pudiera impedir arbitrariamente las actividades constructoras de los particulares, cercenando sustancialmente derechos dominicales» (sentencia de 29 de diciembre de 1956) (1).

(1) Una extensa referencia a esta reiterada doctrina jurisprudencial, en mis *Comentarios a la LS*, Madrid, 1968, págs 893 y sigs

2 Esto supuesto, es de suma trascendencia delimitar cuál es la ordenación a la que están sujetas las autoridades administrativas al adoptar aquella decisión. Sobre todo, ante la relativa frecuencia con que la Corporación—muchas veces por satisfacer intereses de determinados grupos de presión, con el más olímpico desprecio a los intereses públicos—modifican la ordenación urbanística de sus términos respectivos.

En estas fases de transición, en las que está en trance de modificarse la ordenación, ¿qué normativa es aplicable? ¿La que está próxima a desaparecer para ser sustituida por otra? ¿O la nueva?

Parece evidente que, con arreglo a los más elementales principios, sólo una respuesta es admisible: se aplicará aquella ordenación que todavía—aunque sea por poco tiempo—es la vigente.

Como tal doctrina podría dar lugar a verdaderos conflictos, como sería la de erigirse una edificación que va a contravenir una reglamentación urbanística de inminente publicación, la Ley arbitra una solución para conciliar el interés público y los intereses privados: la suspensión de licencias en los términos y con los requisitos que establece el artículo 22 de la Ley del Suelo.

En este sentido, también se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, entre otras, una sentencia de 27 de noviembre de 1961 ya sentó la siguiente doctrina general: «Que las relaciones entre el plan de ordenación parcial y la licencia de edificación están previstas y reguladas en el artículo 22 de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana, de 12 de mayo de 1956, y, con arreglo al mismo, los órganos competentes para la formación del plan pueden acordar la suspensión del otorgamiento de licencias de edificación en las fincas comprendidas en el perímetro del mismo, publicándolo en el *Boletín Oficial* de la provincia, y por término de un año, prorrogable a dos, con indemnización a los peticionarios de licencias anteriores a la publicación de esa suspensión; mas como el Ayuntamiento no usó esa facultad, no había razón para que no pudiera otorgar la licencia, siempre y cuando, con arreglo a los preceptos de la Ley y de la Ordenanza vigente, procediera ese otorgamiento.» En el mismo sentido, sentencia de 29 de octubre de 1965.

Luego, no existiendo el acuerdo de suspensión dictado a tenor del artículo 22 de la Ley del Suelo, los Ayuntamientos respectivos—a los que corresponderá el otorgamiento de licencias, según el vigente artículo 166 de la propia Ley—habrán de atenerse a los planes vigentes en aquel momento, y sólo a tenor de sus normas sería correcta la resolución denegatoria.

3. La sentencia que comentamos reitera esta continuada doctrina jurisprudencial.

### III.—MOMENTO DE ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA ORDENACIÓN.

1. La obligatoriedad de los planes y de las ordenanzas tiene lugar «una vez publicada su aprobación definitiva». Así lo establece el artículo 44 de la Ley del Suelo (2).

2 Es obvio, por tanto, que no puede tener vigencia un plan o una ordenanza cuando únicamente ha obtenido la aprobación inicial de la Corporación respectiva; pero falta la aprobación definitiva, que es el acto que pone fin al

---

(2) Me remito a los *Comentarios a la LS.* cit., págs 250-251 y 282-284

expediente de elaboración del plan y confiere al mismo eficacia y fuerza ejecutiva (sentencias de 2 de diciembre de 1965 y 29 de octubre de 1967).

Antes de la aprobación definitiva no existe plan ni proyecto, ni, por tanto, pueden admitirse los efectos propios de aquellos a que se refieren los artículos 45 y 52 (sentencia de 6 de diciembre de 1965). Sólo existen actos de trámite no susceptibles de impugnación autónoma.

3. La sentencia comentada se enfrenta con el intento del Ayuntamiento de conceder una licencia, con arreglo a una Ordenanza, que, habiendo sido aprobada por el mismo, no había obtenido la aprobación definitiva. Y la conclusión no es otra que la ilegalidad del acto de concesión de licencia y su consiguiente anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, es necesario establecer una distinción fundamental:

a) Que aprobado inicialmente el Plan—o la ordenanza—no hubiere existido la aprobación definitiva. Que falte en absoluto tal aprobación, que la Corporación no hubiere remitido el Plan al órgano correspondiente o que, habiéndose remitido, no hubiese recaído aún la aprobación.

A este supuesto—y sólo a este supuesto—se refiere la sentencia que comentamos. Considera inaplicable una ordenanza porque no ha existido aprobación.

b) Otro supuesto distinto es aquel en que sí ha recaído aprobación definitiva, pero que adolece de algún vicio que la invalida, bien por haberse aportado por órgano incompetente, por infracción de algún trámite especial, etc.

Cuando así ocurra, es obvio que el Plan o la ordenanza surtirán efectos en tanto no sean anulados o revocados por el órgano administrativo o jurisdiccional competente, a través de los procedimientos que arbitra el Ordenamiento. Una vez anulado, los órganos administrativos no podrán otorgar licencia con arreglo a los mismos. Pero hasta que esto no ocurra deberán atenerse a sus preceptos, sin perjuicio del recurso indirecto contra la ordenanza al ser aplicada en un acto concreto.

#### IV.—CONSECUENCIA DE LA ANULACIÓN DE LA LICENCIA.

1. La anulación de la licencia, en cuanto supone su desaparición del mundo del Derecho, determina que la obra ejecutada con arreglo a la misma deviene abusiva, al no estar amparada por el acto legitimador que es la licencia. Consecuencia: que la obra debe ser demolida. Si la licencia se anula en su totalidad, la demolición deberá afectar asimismo a la totalidad de la obra; pero si la licencia únicamente infringía la Ordenación urbanística parcialmente, solamente procederá la demolición en la parte en que concurría la infracción.

2. El problema que plantea y resuelve la sentencia comentada es el de quién debe soportar los gastos de la demolición. Como la obra ejecutada con infracción de la Ordenación urbanística lo ha sido amparada por un acto administrativo, la sentencia (sexto considerando) concluye que será la Corporación que dictó el acuerdo la que debe soportar los gastos de demolición. No es, por tanto, el particular propietario de las obras el que soportará tales gastos, sino la Administración que dictó el acto que infringió el Ordenamiento.

## V—SUSTITUCIÓN DE LA DEMOLICIÓN POR INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS.

1 El séptimo considerando de la sentencia de la Audiencia, que acepta esta sentencia de 14 de junio de 1968 de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, hace una alusión al precepto contenido en el artículo 228 de la LS, que obliga a poner en conocimiento de la Comisión provincial de urbanismo toda sentencia que contenga mandato de demolición, a efectos de la acción indemnizatoria.

2. El precepto supone la atribución de una competencia extraordinaria de inejecutar una sentencia a un organismo provincial o que en la Ley de la jurisdicción se atribuye única y exclusivamente al Consejo de Ministros—y por motivos tasados de relevancia tan excepcional como el peligro de guerra—, en la Ley del Suelo se confía a un simple Organismo provincial de importancia secundaria y por cualquier motivo de interés público que aconseje conservar la obra cuya demolición se ha decretado.

Esta vulneración de los principios básicos de cualquier Estado de Derecho resulta de muy difícil justificación. Que unos cuantos funcionarios o políticos de nivel provincial puedan decir no al cumplimiento del fallo de una sentencia investida de la autoridad sagrada de la cosa juzgada es algo que no casa con el cuadro de instituciones fundamentadas de un Estado de Derecho.

3. Es cierto que el precepto de la Ley del Suelo trata de restablecer el equilibrio roto por aquella prerrogativa al establecer que corresponde fijar la indemnización al órgano jurisdiccional. Pero esto no es suficiente. Porque lo que quiebra es algo tan fundamental, que no puede tolerarse por una indemnización pecuniaria. Parece poder afirmarse que, al menos en materia urbanística, puede pisotearse la Ordenación vigente pagando.

Ahora bien, pagando ¿a quién? Pues es obvio que muchas veces—la inmensa mayoría—las infracciones urbanísticas no determinan una lesión patrimonial directa a personas o grupos determinados. Atentan contra algo más elemental que el patrimonio de un sector. Atentan contra las normas elementales de convivencia.

Un edificio monstruoso, de los que tanto abundan hoy como consecuencia del contubernio entre administrantes y grupos financieros, es un atentado a todos y cada uno de los miembros de ese Municipio que han de soportar cada día el capricho de unas cuantas personas influyentes.

Tolerar que se mantenga cuando los Tribunales de la Nación han declarado que debe demolerse es inadmisibile.

Pero lo cierto es que la Ley lo admite. Y esta sentencia de 14 de junio de 1968 no tiene otro remedio que acatar lo que la Ley dispone.

J. G. P.



LIBROS



BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL: *La propiedad de casas por pisos*, 5.ª edición. Editorial Marfil, S. A., Alcoy, 1967, 246 págs.

Ha aparecido una nueva edición, esta vez la quinta, de la obra ya clásica entre los estudiosos hombres de Leyes, *La propiedad de casas por pisos*, del eminente catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, don MANUEL BATLLÉ VÁZQUEZ.

En primer lugar, y a ello nos obliga la gratitud, hay que dirigir desde estas breves líneas unas palabras de agradecimiento a este eminente catedrático, que si bien no prodiga su inteligencia para con nosotros a través de una extensa profusión de obras, lo cual sería loable, no obstante se viene dedicando desde el año 1933, año en que esta obra vio por primera vez la luz pública, a la ardua tarea entonces—por la escasísima legislación que existía sobre este tema—, y no menos espinosa ahora—debido a la voluminosa extensión que está adquiriendo este tipo de propiedad, y de ahí la cantidad de problemas nuevos que se plantean según van apareciendo nuevas técnicas y nuevos inventos—, de ofrecernos una monografía siempre puesta al día, a través de la preocupación constante del autor, sobre un tema tan frecuente en nuestra vida profesional debido a los cuantiosos problemas de vivienda que plantea la vida social moderna, encuadrados casi todos ellos en la ya célebre forma de propiedad de casas por pisos. Así, pues, vaya desde estas líneas nuestra más sincera felicitación, no sólo mía, sino de todos los estudiosos en general, a este eminente catedrático, merecida por esa constante dedicación, de la que ha sabido hacer gala a través de tantos años.

Poco queda que decir sobre esta obra que no sea conocido por todos. tan sólo unas líneas más para poner de manifiesto la verdadera revisión y actualización de su cuarta edición.

De una manera general, y sin perjuicio de verlo después de una manera más detallada, diremos que toda la obra está frecuentemente ampliada con nuevas disposiciones extranjeras, a las que une siempre un comentario respecto a su posible recogida por nuestro ordenamiento español, o por los estatutos de esta especie de comunidades, dando así una pauta para aquellos que tienen la ocasión de elaborar alguno de ellos. También amplía la cuarta edición con nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre algunas cuestiones debatidas en estos últimos años, dando a conocer el punto de vista que las preside. Y además trata cuestiones nuevas, ampliando al mismo tiempo el tratamiento de otras, ya anotadas, al hacerles un estudio más detallado.

Y viendo la obra de una manera más detallada queda elaborada como sigue:

En primer lugar hace una reelaboración del antiguo primer capítulo, que trataba del desenvolvimiento histórico de la institución, dividiéndolo a su vez en dos capítulos, de los cuales el primero de ellos lo destina al desenvolvimiento histórico antiguo y moderno del Derecho comparado;

dejando el segundo capítulo para el desenvolvimiento histórico español, y para el estudio de la legislación vigente.

Y en segundo lugar lleva las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal a los anexos, formando con ella el anexo I, con lo que hace más fácil su búsqueda y manejo.

En el capítulo tercero trata ampliamente la naturaleza jurídica de la propiedad de casas por pisos, aduciendo las teorías dominantes.

En el capítulo cuarto trata de cómo nace y se configura el régimen de la propiedad por pisos, tratando de una manera detallada del problema del título constitutivo del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, de la cuota de participación y los problemas que plantea en las comunidades ya existentes al aparecer la Ley, y de las normas reguladoras de esta institución. Al mismo tiempo trata más detalladamente la forma de adquisición por construcción, sobre todo en lo referente a las cooperativas de construcción.

En el capítulo quinto trata de todas las cosas comunes a que hace referencia el artículo 396, reformado, del Código civil, ampliando así este capítulo. En este capítulo empieza estudiando los requisitos de las cosas comunes, y con una gran agudeza va viéndolas después detalladamente examinando al mismo tiempo si cumplen o no los requisitos.

En el capítulo sexto trata de los derechos y obligaciones de los propietarios respecto a las cosas comunes. Destaca el tratamiento de la cuestión de la alteración de las cosas comunes por obras realizadas, así como el de las obligaciones, en especial la contributiva, todas ellas tratadas con gran ingenio, y no exentas de interés práctico.

En el capítulo séptimo trata de los órganos y gobierno de la comunidad de propietarios, distinguiendo para ello entre las pequeñas y grandes comunidades. Es de resaltar el estudio que hace del cargo de Presidente, en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio y 11 de diciembre de 1965, sobre todo en orden a su función representativa.

En el capítulo octavo trata de los derechos y obligaciones de cada propietario sobre su piso, siendo interesantísimos los estudios que hace de los problemas de limitaciones al derecho de disponer por razón de condominio y por razón de arrendamiento, donde trata profusamente los problemas del derecho de tanteo y de retracto por parte de los inquilinos.

En el capítulo noveno trata de la extinción de la propiedad de casas por pisos, apuntando una forma nueva, ya prevista por el Código civil suizo, como es la exclusión de propietarios, y a la que da méritos para ser recogida legislativamente en España.

En el capítulo décimo trata de la propiedad por pisos en sus relaciones con el Registro de la Propiedad, haciendo un estudio detallado de los problemas que plantea la inscripción de la finca, en relación con la no inscripción de los pisos en particular, tratando al mismo tiempo sus ventajas e inconvenientes, y propugnando la inscripción de ambas cosas. También trata del problema de la hipoteca en relación al edificio entero o con algún piso en particular.

Incluye después unos anexos a la obra, concretamente tres, que se dedican: el primero de ellos a recoger las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal, como hemos dicho antes, facilitando así su manejo el segundo de ellos a dar un modelo de Estatutos que como dice el autor no tiene otra finalidad que servir de pauta para elaboraciones futuras, y el tercero de ellos da, también a manera de pauta, un modelo de reglamento complementario de los Estatutos.

Y concluye esta interesantísima monografía proporcionando a sus lectores una extensísima bibliografía, tanto española como extranjera, sobre

este tema y sus diferentes aspectos, ampliándola en mucho con referencia a la incluida en la edición anterior.

Así, pues, no constituye esta quinta edición una nueva edición solamente, sino que existe esa revisión y actualización que se anuncia, no exenta de interés práctico para todos aquellos que se dedican frecuentemente a estos problemas. E incluso por la forma clara y sencilla que le da el autor, se hace asequible para todos aquellos que, por la entidad de sus cargos, tienen relaciones con esta forma de propiedad.

No quiero terminar este breve trabajo sin volver a reiterar la gratitud al autor, y hacer patente el deseo, tanto mío como de todos, de que siga periódicamente revisando y actualizando esta obra, que tanta popularidad ha alcanzado ya.

VICENTE ESCRIVÁ MONZÓ,  
Abogado.

CALASSO, FRANCESCO: *Storicità del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, 386 págs.

Cuando Q. GIBSON afirma que ser historiador quiere decir sencillamente que uno se interesa por lo que ocurrió en el pasado (*La lógica de la investigación social*, Madrid, 1964, pág. 247), enuncia una verdad que, sin embargo, no es toda la verdad. El pasado no muere fulminado por el inexorable advenimiento del presente sino que va depositando en éste experiencias, sedimentos, vivencias culturales, conquistas que evitan ese fatigoso «empezar de nuevo» de que habla WIEACKER (*Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, pág. 539). De ahí que la Historia, ciencia del pasado, lo es tanto del presente, del «presente eterno», como nos recuerda la definición unamuniana. CALASSO historiador, ni un solo momento pierde de vista, en sus investigaciones histórico-jurídicas, esa conexión pasado-presente. En constante movimiento pendular se esfuerza por adecuar el Derecho a las nuevas necesidades, pero aprovechando, depurando el bagaje que le ofrece el pasado jurídico. Su obra representa una lucha sin cuartel contra el historicismo estéril, como en un plano general habían hecho los grandes maestros de su país en el arte de la Historia (I. B. Vico, B. Croce), para brindarnos las enseñanzas vivas de la tradición jurídica. Su vocación por la historiografía jurídica parece responder plenamente, como si fuera su lema, a aquella inquietud sentida por POMPOONIO: «*Necessarium nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*» (D. 1, 1, 2).

Surge el libro que comentamos en febrero de 1965, pocos días después de morir CALASSO, fruto de un deseo sentido vivamente por un grupo de discípulos que de ese modo honraban la memoria del maestro común. En él se recogen una serie de escritos pertenecientes a la última etapa de su vida como Profesor ordinario de historia del Derecho italiano en la Universidad de Roma. Todos ellos posteriores a la aparición de su gran obra *Introduzione al Diritto comune* (año 1951), dedicada a sus alumnos de la Universidad de Florencia y, quizá, la obra más querida de CALASSO. Aparecen publicados en la Colección «Civiltà del Diritto», otra gran empresa dirigida por el sabio maestro.

Apunta FIORELLI en la *Promessa* que nos hallamos, ciertamente, ante un volumen que no pretende exponer doctrinas coherentes, aportaciones

científicas tangibles y concretas. Pero tampoco esta obra nos da pauta para hablar de un CALASSO menor, si lo comparamos con el CALASSO de sus libros magistrales (*Introduzione al Diritto commune, Medioevo del Diritto, I glosatori e la teoria della sovranità, il negozio giuridico*, etc.). Quizá en ésta, mejor que en ninguna de sus obras «mayores», se percibe junto a la persona de un gran historiador, su valía como hombre y maestro. A esa «inconsútil túnica—humana y científica—, usando una expresión tan querida por él, quiere ser un homenaje el libro que comentamos. Son *cinco partes*, que tratan de exponer, a través de numerosos epígrafes, en unos casos sus puntos de vista sobre problemas de historiografía jurídica; en otros, y ya en plena madurez científica, su visión metodológica de la historia del Derecho. Escritos varios—discursos, conmemoraciones, relaciones a Congresos, artículos de revista, de homenaje, etc.—, en su mayor parte publicados en el lugar que se indica al comenzar la exposición. De todos modos el volumen *Storicità del Diritto* tiene el mérito de presentar esta variedad de temas en forma coherente y sistemática. Por otra parte, nos brinda publicado algún artículo que en el momento de morir CALASSO aún estaba inédito. No faltan sus recuerdos y el reflejo de vivencias personales sobre grandes maestros, tanto de la época del Derecho común—asi su estudio sobre BARTOLO—como de aquellos que dejaron su impronta en los años juveniles de su formación universitaria (BRANDILEONE, SCIALOJA, S. LEICHT). Su afán de escudriñar el pasado para hallar las raíces del presente le enfrenta con categorías jurídicas siempre nuevas y siempre viejas, como la autonomía privada y la equidad. Una nota verdaderamente sugestiva en CALASSO es que su densidad científica, sus construcciones de gran historiador por salvar las esencias perennes de lo justo, se expone con gran belleza literaria. Basta para advertir el sentido estético de su lenguaje leer el punto referente a *Metodo e poesia*.

En la *primera parte* (págs. 1-90) evoca el recuerdo y el mensaje de algunos maestros que dejaron su huella en el saber histórico del autor. Tiene prioridad la figura venerable de su maestro, F. BRANDILEONE. Tenía CALASSO veinticuatro años y era ya asistente voluntario. La legislación académica italiana prohíbe terminantemente que el Profesor ordinario sea sustituido por su asistente. BRANDILEONE, enfermo de gravedad, no duda en quebrantar la prescripción legal en beneficio de la enseñanza. Al término de las vacaciones de Navidad del año 1928 encomienda a su discípulo predilecto la continuación de la docencia en su cátedra. El viejo maestro muere en abril de 1929, y CALASSO ha sentido por unos días la amargura y el desaliento. Su fuerte vocación universitaria parece tambalearse, pero el joven Profesor triunfa de la crisis. El recuerdo de un BRANDILEONE lleno de humanidad y profundas convicciones, ejemplo de maestro que deja tras sí una escuela y una labor científica imperecedera, le impulsan a continuar su obra. Cabría preguntarse si también en este caso el discípulo no acabó superando al maestro lo que, en definitiva, avala la magnitud de sus enseñanzas.

Evoca, a continuación, la figura de su maestro de Instituciones de Derecho romano en la Universidad de Roma, el gran V. SCIALOJA. Su personalidad, extinguida un día tibio del mes de noviembre de 1933, informa el pensamiento jurídico italiano de los últimos cien años. Tal vez el mejor pensamiento jurídico del mundo. De sus enseñanzas salieron discípulos que él orientó hacia la especialidad más adecuada a sus dotes, con un acierto sin precedentes: RUGGIERO y VASSALLI, al Derecho civil; CHIOVENDA, al Derecho procesal; RANELLETTI, al Derecho administrativo; BONFANTE, al Derecho romano.

P. SILVIO LEICHT es recordado como otro gran jalón de la historiografía jurídica italiana. CALASSO le sucede en la cátedra de la Universidad de

Roma el año 1945. No es una mera sucesión cronológica. Parece más bien que un destino de superación constante se impusiera en esta hilera ininterrumpida de profesores desde aquel lejano enero de 1873, cuando PADELLETTI inaugura la cátedra de Historia del Derecho en aquella Universidad. Y esta primera parte se cierra con una conferencia leída en mayo de 1963 sobre otro gran historiador, P. BOGNETTI, cuyo contacto personal y científico con CALASSO se había iniciado bajo los arcos barrocos de la *Sapienza* en 1930 y que sólo la muerte del primero interrumpió. BOGNETTI pasó a la inmortalidad como el máximo especialista en la historia de la Alta Edad Media italiana.

La segunda parte (págs. 91-173) recoge una serie de trabajos sobre un tema de vital actualidad. La honda cuestión metodológica sobre *historia y dogmática jurídica*, el valor de la experiencia y del concepto en la elaboración del Derecho. Bajo el título, *elogio de la polémica*, CALASSO replica a las observaciones críticas que otro gran historiador, CHECCHINI, le ha dirigido en torno a determinadas categorías históricas. CALASSO no es un historiador que se quede en el dato, en la simple experiencia que, *a priori*, refleja el documento. Parte de él, como primera e insoslayable realidad, pero no es posible eliminar en un segundo momento la libertad creadora del historiador. La ciencia histórica inescindiblemente se apoya en la interpretación o pensamiento valorativo de los datos. Estos, por sí mismos, son piedras sueltas que no forman un edificio. Siguiendo la idea de POINCARÉ, cree nuestro autor que, del mismo modo que un cúmulo de piedras no hacen una casa, así un cúmulo de datos no forman ciencia. Intuición y reflexión, son los ingredientes de la experiencia fáctica, válidos también en la investigación histórica.

El antiguo Profesor de la Universidad de Roma había vivido en el clima del positivismo que también hacia presa en los estudios históricos. Sólo en BONFANTE había encontrado un maestro que le había inculcado afición hacia la metodología histórico-jurídica. Y su reacción fue enérgica y sincera. Marcaría una nueva etapa en la forma de ver los problemas históricos contra el positivismo erudito que ya empezaba a dar señales de esterilidad. Inicia una nueva concepción en el terreno de las fuentes del Derecho, que las corrientes positivistas habían considerado como un rígido inventario de testimonios pretéritos. CALASSO ve en la historia de las fuentes una historia de la producción del Derecho, un momento de vida jurídica. En su opinión, la teoría causalista de los hechos históricos no tiene consistencia: es necesario apelar a la actividad creadora del espíritu humano, que por ser creadora es esencialmente libre. CHECCHINI, en cambio, se muestra partidario del determinismo causalista de las acciones humanas en el devenir histórico. Y la polémica se torna más viva en el momento de concebir el binomio *ius proprium-ius commune*. CHECCHINI defiende la antítesis entre ambas categorías, entre el viejo ordenamiento romano-canónico que lucha por mantener su unidad y originalidad y los ordenamientos nuevos de carácter estatutario, expresión de una vitalidad jurídica desbordante, adaptados a las fragmentaciones del Medievo. CALASSO, por el contrario, sostiene la tesis—tan avalada con argumentos incontestables en sus obras mayores—de que el derecho particular o *statutum* nace ligado al *ius commune*, bien para integrarlo o para modificarlo, corregirlo e incluso presuponerlo.

Los restantes artículos de esta segunda parte ofrecen aspectos de gran interés: en *Metodo y Poesía* sienta la idea de que la ciencia y su método son cosas que no pueden concebirse desunidas y mucho menos en contraste. Algo así como cuando se habla de *poética y poesía*. Poética no es el arte de hacer poesía, sino el problema de ésta en toda su amplitud. Contra la concepción carnelluttiana de la Metodología, como ciencia que se enfrenta con su método, CALASSO hace coincidir el método con el

problema científico. No es posible separar la Historia y su método como dos especialidades distintas. «Un historiador—son sus palabras en pugna con la opinión de CARNELUTTI—sobre el problema de la Historia no es auténtico historiador, sino simple investigador erudito.»

En su *Coloquio con los juristas* denuncia la esterilidad de la «fase romanista» en la doctrina del Derecho civil, que debe ser definitivamente clausurada. Vieja idea ya señalada por SCIALOJA, y que en nuestros días ha destacado con urgencia NICOLÒ. La ciencia romanista, heredera del Pandectismo, se hizo dogmática contra su verdadero significado histórico. Como dogmática—y no como historia—influyó sobre el Derecho civil. Y resulta imposible conciliar dos dogmáticas maduradas en contemplación de mundos profundamente diversos. En *historicidad del Derecho y ciencia del Derecho* nos sitúa CALASSO en problemas de gran actualidad: crisis del Derecho que es la crisis del hombre perdido en el grupo; el desdichado tema de la dogmática jurídica y su entronque histórico con la *scientia legum* emanada de las artes del *trivium*. Destaca, como elemento de primer orden en la formación de la ciencia del Derecho, la obra de IRNERIO y sus continuadores. Se afirma que la dogmática jurídica es obra del Iusnaturalismo racionalista y de su secuela, la ciencia de Pandectas. El autor, sin embargo, apunta el valor de la lógica en los escritos de los glosadores y el laboreo conjunto por espacio de doscientos años entre civilistas y canonistas (*utrumque ius*). Unos y otros han dado vida a una ciencia jurídica racional y ética. Los siglos post-renacentistas vierten en términos modernos aquella exigencia de justicia superior que multiseccularmente había atormentado la conciencia del jurista medieval.

En la tercera (págs. 201-295) y cuarta (págs. 297-337) parte CALASSO aparece como un historiador de gran penetración científica y poderosa originalidad. Una vez más aborda el tema del Derecho común—tan querido y trabajado por él—y su conexión con la tradición romanista. Y es aquí donde el autor ha llegado a ocupar un puesto de primera fila en la historiografía jurídica. Sus estudios sobre el *ius commune*—ese enigma histórico que sobrevive por espacio de setecientos años (siglos XII-XIX)—se revelan decisivos. La exégesis de fuentes, sobre todo en el período que él ha bautizado como «derecho común clásico»—hasta el siglo XV—evidencian un esfuerzo sin parangón. Una parte muy considerable de su vida gastada en descifrar esa larga etapa de pensamiento jurídico, en esclarecer su esencia, fundamento y compleja autonomía. El autor, en definitiva, sale al paso de esa *communis opinio* que arranca de los pandectistas, según la cual el Derecho común no es otra cosa que la reproducción histórica del Derecho romano. BESTA, en este sentido, había afirmado que el *ius commune* es la adaptación de la *lex romana* a los tiempos medievales. RICCOBONO lo considera como «tradición romanista». Sobre todo, BONFANTE y VINOGRADOFF habían concebido el Derecho común como «una segunda vida del Derecho romano». Opiniones todas ellas que se remontan a la famosa obra de SAVIGNY, *Historia del Derecho romano en la Edad Media*. El título es lo suficientemente indicativo. El *ius commune*, en último término, no es otra cosa que una segunda fase histórica del *Corpus iuris civilis* adaptado a los nuevos tiempos. Y la opinión tiene apoyo en época reciente: KOSCHAKER, en su obra *Europa und das römische Recht*, preconiza el *usus modernus pandectarum* y un deseo de que el Derecho romano se inserte en la ciencia jurídica europea, actualizando su pervivencia. Verdad es que los historiadores del momento presente tratan de reivindicar el puesto que le corresponde al *ius commune*, como ordenamiento con propia fisonomía. CALASSO, en este orden de ideas, rechaza la concepción del mismo como «segunda vida del Derecho romano», vida que llama fantasmal y, por ello, inexistente. El *ius com-*

*mune* se presenta en la historia de la civilización europea como el gran acontecimiento histórico del Medievo, tal vez el más grande. Nace con caracteres específicos, destacado de las Leyes romanas, como expresión de la unidad medieval (*unum imperium*). En él confluyen el *utrumque ius*, inseparables como las dos vidas—terrenal y eterna—de que hablaba Santo Tomás, manifestación de la idea dantesca *reductio ad unum humani generis*. En él se inserta la *interpretatio doctorum*, los estatutos particulares mediante la fuerza correctora de la *aequitas*. Dotado de individualidad histórica y de valor universal, viene a ser el Ordenamiento jurídico de la *Christianitas* como sociedad terrena de proyección trascendente.

Frente a la posición de VINOGRADOFF, defiende CALASSO la autonomía del *ius commune*. Diversos factores contribuyen a su configuración independiente del Derecho romano: una civilización en pugna con la romana, la germánica; una nueva fuerza, la Iglesia; frente al pueblo romano, aparece el pueblo itálico, que recibe su derecho para que lo adapte a la propia experiencia, a las necesidades de otros tiempos. De un Derecho nacido en un mundo pagano la nueva conciencia hizo el Derecho civil del mundo cristiano; de un Derecho tendencialmente individualista, pasamos a un Ordenamiento que se abre hacia formas asociativas que habían sido, tal vez, el fruto mejor del encuentro con el mundo germánico; de un Derecho ligado a la economía del latifundio y la esclavitud se va a un sistema normativo de una sociedad nueva, creadora de relaciones y formas de vida jurídica y económica libres en los recintos de las ciudades amuralladas. De este modo, el *ius commune* representó el único fundamento de un mundo que iría hacia sistemas jurídicos modernos.

CALASSO ha hecho esfuerzos inusitados por configurar la autonomía del Derecho común frente al Derecho romano Y con el apoyo de las fuentes lo ha logrado. Pero en ciertos momentos su concepción del problema resulta evanescente, demasiado ideal. Se observa un exceso de abstracción y un cierto sentido mítico en la valoración del *ius commune*. Parece como si se tratara de un ordenamiento trascendente a las realidades sociales del Medievo, colocado en un «empireo sereno», como el propio CALASSO reconoce. La realidad es que su consolidación se opera en el seno de la *Christianitas*, en lucha muchas veces despiadada—y el autor reiteradamente lo pone de relieve—con el Derecho estatutario. Fue un Derecho vivo, aunque conservador, que rigió con eficacia la sociedad desde sus orígenes altomedievales. CALASSO refleja esta idea en ocasiones, si bien frecuentemente parece olvidarla en un afán de vincularlo espiritualmente a la idea del *unum imperium*. Su indudable conexión con esta realidad, y después del siglo xv con las incipientes nacionalidades, no es obstáculo para que en el *ius commune* detectemos las imperfecciones e injusticias normales de un ordenamiento que lucha denodadamente por adaptarse durante siglos a nuevas formas de vida político-sociales.

La *parte cuarta* evoca la obra de dos grandes jurisconsultos—tal vez las más altas cimas del Medievo italiano—y que sintetizan la potencia intrínseca del *ius commune* hasta la irrupción del humanismo jurídico. En primer término, el *Liber Constitutionum* o *Augustalis*, de Federico II, rey de Sicilia, que no duda en considerar como superior incluso a las Partidas del Rey Sabio. Ciertamente es una obra que supera con creces la mentalidad jurídica de la primera mitad del siglo xiii. Extirpación de costumbres feudales y germánicas, igualdad de todos los súbditos ante la Ley, tutela de los derechos subjetivos, valoración de la personalidad del delincuente etc., son principios que hacen del *Liber Augustalis* obra cumbre de la historiografía jurídica. Pero no hay lugar a compa-

rarlo con el Código alfonso. Obedecen a diversas perspectivas, ofrecen una estructuración divergente. El Código federiciano en muchos aspectos es un Código renacentista, que podría servir para un estado del siglo xvi. Surge para un reino separado, al menos teóricamente, del *imperium* y está pensando en una idea de nacionalidad, típicamente moderna. Las Partidas, en cambio, se estructuran sobre la base del Derecho romano, con pretensiones de universalidad. Sus Leyes reflejan la aspiración, tan medieval, del *unum imperium*. Ambos, sin embargo, pero mejor el *Liber Augustalis*, presienten con todas sus consecuencias la idea humanista del *princeps legibus solutus*, reflejan una técnica depurada por encima de la tosquedad jurídica de la Edad Media. El *Liber Augustalis* es un monumento jurídico basado en lo que dos siglos más tarde MAQUIAVELO y GUICCIARDINI llamarán «razón de estados». Las Partidas es otra gran creación que se basará en la idea imperial, llevada a cabo por Carlos V, y en la tendencia a la universalidad jurídica, que más tarde reflejará la legislación de Indias.

El segundo recuerdo es para BARTOLO y su obra. Desde IRNERIO hasta el comentarista de Sasoferato, el Derecho romano ha experimentado una transformación tan honda, que con toda razón puede hablarse del *ius commune* como entidad *a se*. En este proceso de evolución hacia la nueva categoría, BARTOLO es el jurista que deja una impronta más indeleble. No es de extrañar que a sus contemporáneos y a la posteridad su obra apareciera como una cima. Quien no sabía ascender a ella no era digno del nombre de jurista: *nullus bonus iurista nisi sit bartolista*, como sucedía con Dante. El más alto título de honor de un gramático, a partir del siglo xiv, era ser *dantista*.

En la *parte quinta y última* (págs. 339-376), con el título *La túnica inconsútil*, se reúnen tres voces que CALASSO escribió para la *Enciclopedia del Diritto*, esta gran obra que él ha dirigido y coordinado de forma magistral. Son las voces: *alterum non laedere* (vol. I), *autonomia* (vol. IV) y *equità* (vol. XV).

*Alterum non laedere* no integra un principio independiente en la triada de ULPIANO. Los tres preceptos son interfuncionales, comunes a todas las normas de convivencia humana: *honeste vivere* (eticidad del Derecho), *alterum non laedere* (uso funcional de los derechos subjetivos), *suum cuique tribuere* (respeto a la esfera de juridicidad ajena) se cohesionan en todos los tiempos para modelar la *societas iuris* según principios de justicia superior. El *alterum non laedere* resurge en el Derecho medieval simplificado, como base del *Decretum* de GRACIANO en conexión con los principios del amor entre los hombres conforme a los esquemas evangélicos. ACCURSIO lo sintetiza en el principio: «No hagas a otro lo que no quieres te hagan a ti» (*Glossa laedere*, ad Díg. 1, 1, de *iustitia et iure*, 10, 1).

*Autonomia* es el mágico vocablo que sella la evolución secular del Derecho privado. En nuestros días es símbolo de una realidad sobre la que se estructura el tráfico jurídico de los particulares, la *ratio* del Derecho civil, pese a las limitaciones por razón de los intereses comunitarios. El siglo xii señala el momento álgido de la autonomía: comunes, reinos, feudos, ciudades, villas, etc., dictan sus propias normas, frente a la universalidad inflexible de la Compilación bizantina. Va fraguándose la autosuficiencia de los ordenamientos particulares—*statuta*—, su compatibilidad con el *ius commune* romano-canónico a través de la idea de *iurisdicção* que prolifera por influencia de los comentaristas—BALDO, BARTOLO, etc.—y contribuye a estructurar los derechos de cada agrupación humana en compatibilidad con la *iurisdicção* primaria del emperador.

La autonomía privada, como voluntad del particular reguladora de los conflictos de intereses, obedece a un fundamento causal, como la volun-

tad del ordenamiento que tampoco puede ser arbitraria. Cuando aquélla logre objetivación suficiente, posee eficacia vinculante por su conexión con los fines perseguidos por la norma. He aquí el germen de la moderna construcción pandectista del negocio jurídico que ya vemos enunciado por ANDREA D'ISERNIA: *In re sua quilibet etiam privatus est moderator et arbiter ut sibi placet*.

En breves páginas nos ofrece CALASSO, finalmente, una idea de *equidad*, como «manifestación de justicia concreta», según el pensamiento aristotélico. Fue su escrito último, redactado unos días antes de morir. La *aequitas* presenta en el Derecho romano un matiz especial, como elemento imprescindible para comprender su devenir histórico: principio mediador del dualismo *ius civile-us honorarium*, más tarde, en el Derecho romano-cristiano, sinónimo de *ius naturale* como ordenamiento *divina quadam providentia constitutum*. En el Medievo, la *aequitas* se presenta como «razón existencial de la propia norma jurídica» o como «consecuencia de la armonía jurídica inmersa en el *utrumque ius*». *Aequitas effectus unitatis*, señaló LUCA DA PENNE. La codificación y su proceso preparatorio han provocado la crisis de la equidad. La Ley es la fuente primaria y suprema del Derecho. La justicia del caso concreto cede ante el dogmatismo de la pandectística y el positivismo de los Códigos y de las escuelas que lo apoyaban. La «guerra entre el Derecho positivo y la equidad» que señaló V. SCIALOJA en 1879, acaba por convertir la vieja «epiqueya» en un esquema personal del jurista. CALASSO propugna su vuelta al lugar de donde surgió: a la categoría integral de la justicia, «túnica inconsútil» que no es lícito dividir ni sortear.

Vale la pena leer estas páginas, cargadas de sugerencias, observaciones y enseñanzas de la mejor calidad. Una obra que nos muestra, con una belleza formal rayana en la poesía, la inoperancia del historicismo. El hombre y el científico se unimisman en una sucesión de perspectivas llenas de atracción. Sus discípulos nos dan la medida de un CALASSO que ha sabido hacer de la historia del Derecho una colaboradora insustituible de la dogmática jurídica.

MARIANO ALONSO PÉREZ.

DE FERRA, GIAMPAOLO: *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Mián, 1967.

Estudia DE FERRA en esta obra la problemática planteada por la cotitularidad de la relación obligatoria, especialmente en atención a las lagunas del régimen legal referente a la materia.

Parte en el capítulo primero de una serie de premisas, rechazando la expresión frecuente y técnicamente inexacta de calificar como contrato de sociedad a la estructura de las relaciones obligatorias caracterizadas por la complejidad subjetiva de una de las partes; pone de relieve que siempre que varios sujetos concurren en la estipulación de un contrato lo que se origina es un haz de relaciones obligatorias regulado en todo o en parte por las normas de la solidaridad, de las obligaciones indivisibles o de las divisibles. Asimismo destaca cómo en el Derecho italiano mientras se disciplina la cotitularidad de los derechos reales se ignora, siguiendo las huellas de la tradición romanística, la comunión del crédito; cuando el derecho a la misma prestación corresponde a una pluralidad de sujetos, se fracciona según las normas de la solidaridad activa o pasiva.

En la comunión de derechos reales, hay unidad de derecho fraccionado entre los comuneros, en cuotas ideales; en el de la cotitularidad de la relación obligatoria, una pluralidad de derechos con idéntico contenido.

Mas, aunque conceptualmente separada, como quiere la doctrina de la mayoría de los autores, la pretensión de los acreedores *in solido*, por el hecho de hacer referencia al cumplimiento de una misma prestación, requiere una coordinación a la que la Ley atiende con criterios que no siempre, a juicio de los autores, son unívocos, bien para regular las relaciones de los acreedores *in solido* y el deudor o los deudores *in solido*, bien la relaciones entre los acreedores *in solido* entre si y que hacen referencia al cumplimiento y a la división de la prestación conseguida.

En algún caso el legislador reconoce autonomía a la pretensión de cada acreedor, admitiendo que pueda disponer de aquella parte de la prestación que, seguida a la división interna prevista en el artículo 1.298, le sea atribuida.

Análogos términos para el supuesto de solidaridad pasiva, aunque en este caso el legislador haya previsto y disciplinado, por ejemplo, las consecuencias que produce la transacción estipulada con uno de los acreedores *in solidum*, etc., siguiendo unos criterios que DE FERRA califica de empíricos y que dejan al intérprete perplejo en cuanto a la individualización de la estructura de la relación solidaria, dado que se tiene a considerarla configurada como una pluralidad de vínculos.

Resumiendo, el legislador italiano, como el español, no ha creído oportuno disciplinar con normas de carácter general el concurso de posiciones obligatorias de varios sujetos respecto a un bien. En el caso de la cotitularidad del crédito se ha limitado casi exclusivamente a regular el momento extintivo de la obligación. La razón parece descansar en que mientras la extinción de la obligación puede ser unitariamente disciplinada, la del régimen de la relación obligatoria entre el momento de su nacimiento y el de su extinción, tiene frecuentemente distinta naturaleza, según la fuente de la obligación.

Se hace precisa, por tanto, la adecuación al supuesto de pluralidad de sujetos, de la normativa de las obligaciones entre partes subjetivamente simples. Esto da lugar a un delicado problema teórico y tiene además abundantes consecuencias prácticas. Algunas veces hallamos en la Ley la solución explícita, otras se limita a plantearse la eventualidad. Ejemplo, entre los propuestos por DE FERRA: el de la situación producida cuando dadas arras confirmatorias por los acreedores *in solido* e incumplida la prestación, los acreedores se dividen en cuanto a la oportunidad de abandonar el contrato, reteniendo las arras, o de exigir el cumplimiento o la resolución del mismo.

En cualquier caso se impone la necesidad de coordinar múltiples posibilidades de iniciativa de las partes, incluso incompatibles las unas con las otras, cada una de las cuales goza abstractamente del mismo rango para ser preferida. La exigencia de coordinación en la situación de solidaridad activa aparece inmediatamente, la impone el hecho de que cada uno de los acreedores puede reclamar el cumplimiento total de la prestación. Tampoco cabe sostener el argumento contrario, de que en defecto de solidaridad activa no venga impuesta en ningún caso la necesidad de coordinación de las partes subjetivas plurales. Pone DE FERRA ejemplos que ilustran sus argumentos.

Todavía más, la exigencia de coordinación entre las diversas posibilidades de elección individual puede existir fuera del conflicto entre acreedores solidarios o prestación indivisible. Esta posibilidad de conflicto depende en definitiva de la conexión funcional de posiciones acreedoras, tales que la iniciativa de un acreedor sea susceptible de proyectarse en la esfera patrimonial de otro.

Al intérprete le cumple la función de individualizar los principios que regulan los aspectos no disciplinados expresamente por el legislador, preguntándose cuál sea la *ratio* de la disciplina del cumplimiento de las obligaciones subjetivamente complejas, sin desdeñar, porque en ella se resuelve una problemática (al menos aparentemente análoga de organización de grupo), el régimen de la comunidad de derechos reales.

Se plantea el problema del conflicto entre los acreedores solidarios en orden a la elección del medio de tutela, olvidado por la doctrina (en todo caso ésta se ha limitado a cuestionarlo sumariamente con ocasión del estudio del cumplimiento de la obligación solidaria, planteándose la hipótesis de la aplicación del criterio de la prevención del artículo 1.296.

Como la legitimación para obtener el pago pertenece al acreedor solidario que primero haya reclamado judicialmente su cumplimiento, así la alternativa entre los varios instrumentos de tutela se decide con la elección operada por este acreedor; si frente al incumplimiento del deudor uno de los acreedores propusiese demanda de resolución del contrato, los otros deberán sufrir las consecuencias en cuanto que los efectos de la sentencia harán referencia a la relación contractual total. DE FERRA señala que el litis consorcio no puede explicar algunos supuestos de demanda autónoma, estando, sin embargo, constreñidos los demás a sufrir los efectos de la demanda interpuesta por el deudor más diligente.

En este orden de ideas parece ser que las tentativas de solución se fundamentan en la exigencia de salvaguardar la unidad de la relación contractual, lo cual en ocasiones conduce a consecuencias inaceptables. Y todo basado en una interpretación del artículo 1.296 del Código civil italiano que DE FERRA considera opinable, estimando que amplía su natural alcance que es sólo el de la identificación del acreedor legitimado para recibir el pago. Procede en consecuencia al análisis del artículo 1.296. La regla de que la legitimación para recibir el pago pertenece al acreedor que haya adelantado al deudor con demanda judicial, se recibe en el Derecho italiano a través del francés, quien a su vez, a través de POTHIER, la toma del Derecho romano. De los principios romanistas se deriva la eficacia de la anticipación de la demanda judicial, excluyéndose que el poder de iniciativa de cada uno de los acreedores derive de una pretensión suya de disponibilidad del crédito.

De todo lo cual concluye DE FERRA cómo la iniciativa del acreedor juega únicamente para la individualización del legitimado para recibir el cumplimiento.

La legitimación del acreedor solidario para pedir el cumplimiento se fundamentó en la teoría del mandato; en la doctrina posterior al Código civil de 1942 se rechaza, ligando mejor el poder de iniciativa individual al hecho de que cada uno es acreedor por el todo, no obstante la manifiesta preocupación del legislador de tutelar a cada acreedor en relación a la cuota que en definitiva les pertenece, de dónde, todo el régimen relativo a los efectos de la remisión, transacción, etc.

Todavía aporta argumentos fundamentados en consideraciones de carácter sistemático para limitar el significado del artículo 1.296 a la resolución del eventual conflicto entre acreedores en orden a la legitimación para recibir la prestación.

DE FERRA no sólo intenta la justificación restrictiva del artículo 1.296, sino que además entiende necesario verificar si es posible la reconstrucción por otra vía menos apartada de los principios generales de la disciplina del grupo, cuyas exigencias de organización se imponen al legislador precisamente bajo el perfil negativo de impedir o limitar la proyección de la iniciativa individual de los coacreedores en los demás sujetos del mismo.

En el capítulo segundo se analiza la organización de la parte subje-

tivamente compleja que, a la manera como sucede con cualquier tipo de agrupación, tiene dos aspectos fundamentales: el relativo a la disciplina de las relaciones internas entre los componentes del mismo y el modo de hacer valer ciertas situaciones frente a terceros. Mientras que en el aspecto externo la regla de la solidaridad es que cada acreedor está legitimado para exigir el cumplimiento de la prestación por entero, en el interno se basa en la norma fundamental de la atribución de cuotas. De ambos principios se induce la disciplina total de la relación: legitimación individual para pedir el cumplimiento, disponibilidad parcial del crédito.

La regla clara y de simple aplicación a las vicisitudes del puro crédito, es de más problemática aplicación, pone de relieve DE FERRA, a las que afectan a la relación por entero. Planteándose la duda de si serán limitables a la cuota del actor los efectos de su iniciativa en cuanto al crédito, duda sobre la legitimación para actuar el singular crédito solidario.

Es bien interesante la argumentación en la que basa la inadmisibilidad de fraccionamiento de los efectos de la demanda de resolución no obstante la complejidad subjetiva de la parte que no cumple. Iria contra los principios de la solidaridad, que tratan precisamente de evitar el fraccionamiento, impidiendo al deudor extinguir parcialmente la deuda; al acreedor a que constriña al deudor al cumplimiento parcial de la misma.

De los supuestos de extinción en los que se hace referencia a una sola parte del crédito no cabe deducir que cada componente del grupo pueda no sólo remitir el propio crédito, sino además desistir del contrato. Una cosa es remitir el crédito y otra renunciar a la cualidad de parte de un contrato sinalagmático.

Analiza a continuación, haciendo una crítica de la misma, la opinión contraria que como la anterior, representan el ensayo de la jurisprudencia y la doctrina frente a la ausencia de una disciplina específica de las hipótesis de cotitularidad de las relaciones obligatorias. Lo cierto es que de las normas de legitimación para recibir el crédito a favor del acreedor que primero actúa judicialmente no se puede deducir un criterio de anticipación generalmente válido para dirimir los conflictos entre los coacreedores que hubiesen propuesto solicitudes diversas. Por todas estas razones, que exprime cuidadosamente en el texto, se puede pensar en acudir a los principios generales, lo que siempre habrá de hacerse con toda cautela (ejemplo, el régimen aplicable al supuesto de que un menor sea parte de una relación subjetivamente compleja).

Concluye la inaplicabilidad al problema estudiado del criterio de la anticipación para resolver el conflicto entre los acreedores solidarios, criterio utilizado por el legislador en supuestos en los que se reflejan interferencias de posiciones individuales sólo funcionalmente contrapuestas, esto es, que miran a conflictos entre pretensiones que vinieron a ser conflictivas en la actuación de la relación obligatoria o en el curso del procedimiento ejecutivo, etc., pero que eran originariamente independientes, por lo que cada una aparece con sus características peculiares. Aquí sí que cabe la posibilidad de distinguir y establecer una jerarquía entre las mismas aunque sea con carácter ficticio y ocasional. En las obligaciones solidarias el supuesto es totalmente diferente. El conflicto que se plantea no está en ningún caso originado por la incompatibilidad de las singulares pretensiones de cumplimiento. Miran a iniciativas que, frente al incumplimiento o a otros hechos, legitiman a un acreedor, iniciativas que repercuten sobre un idéntico y perfectamente coexistente interés de todos los acreedores al cumplimiento.

Lo que importa destacar es que el problema es, en definitiva, el de

los posibles conflictos entre intereses paralelos y homogéneos, no organizados en el cuadro de la disciplina de las sociedades o de otros grupos previstos por el legislador. Intereses dignos de la misma tutela, lo que le da al conflicto una especial fisonomía.

Hace una relación de los conflictos hipotizables en el caso de la cotitularidad de la relación obligatoria. La solución de los conflictos entiende De FERRA que habrá de intentarse después de haber demostrado la inaplicabilidad de los principios de la cotitularidad de los derechos reales, tema al que dedica el capítulo III. En él concluye la diferencia entre la problemática de ambos supuestos, cotitularidad de derechos reales y solidaridad. La primera regulada dentro del Código, en tanto que no se regula la comunidad del derecho de crédito, que, sin embargo, es admisible desde un punto de vista lógico, cuando el derecho a la misma prestación pertenece a los mismos sujetos. Estudia la aplicabilidad de las normas sobre las obligaciones solidarias e indivisibles a la relación de los cotitulares de un derecho de goce. Importa poner de relieve cómo por derecho personal de goce se entiende una categoría diferente a la tradicional de derechos reales y de crédito, y en ella se comprenden aquellos que hacen referencia al arrendatario, comodatario y acreedor anticrético... se inclina por la aplicación a la misma del régimen de los artículos 1.298, 1.317 y 1.319 del Código civil, la parte que a cada uno corresponderá en el parámetro de la utilización de la cosa misma. Hay, pues, una afinidad entre la disciplina de la comunión de derechos reales y la de la cotitularidad de la relación obligatoria de goce, limitada a la coincidencia de que en ambos casos la cuota individual representa la medida del poder de cada uno y de que las cuotas se presumen iguales.

Analiza los conceptos de «cuota» y «parte» utilizados en el Código Civil italiano, en un caso para la comunidad, en el otro para la solidaridad; conceptos distintos con un aspecto común: ser índices de una unidad de medida respecto de una entidad unitaria, unitaria ficticia o efectivamente considerada. Las normas sobre la comunidad disciplinan hipótesis de cotitularidad, las de las obligaciones solidarias hipótesis de concurso entre créditos distintos (aunque unitariamente considerados). El recurso a un mismo instrumento—cuota, parte—para coordinar cuantitativamente las facultades que corresponden a cada uno no autoriza la aplicación por vía analógica de los principios que rigen en tema de comunidad a las hipótesis de solidaridad. Diferencia estructural, diversidad de disciplinas, imposibilidad de integración recíproca.

Todavía se plantea si por vía analógica será aplicable la disciplina de la administración de la cosa común.

Hace una crítica del tradicional defecto de sistemática en el estudio de los conflictos entre los componentes de la parte compleja generados de un sinalagma contractual, de su derivación en el ámbito del BGB, etcétera.

En el capítulo IV analiza la disciplina de los grupos organizados, caracterizados por la existencia de un fondo común, para terminar, así mismo, negando la posibilidad de aplicarla al supuesto objeto del estudio. En éste no existe la premisa que el legislador tiene en cuenta para establecer el régimen de aquéllos, de la existencia de un fondo común. Incluso cuando no existe fondo común, siempre puede hablarse de interés común para que el grupo sea disciplinado como tal (p. ej., organización de las obligaciones; asamblea de acreedores en el concordato, etc.). Insiste, rebatiendo las posiciones doctrinales que llevan a cabo un intento de equiparación, en cómo en la relación obligatoria caracterizada por la correlatividad de posiciones subjetivas se estructura la armonización de las relaciones entre las partes en atención a la necesidad de satisfacer

una pretensión esgrimida por un individuo en confutación con otro sujeto, del cumplimiento del cual derivará la extinción de la relación.

Son muchos los supuestos concretos analizados con ocasión de la cuestión que tienen un interés más allá del tema, supuestos que hacen referencia a situaciones de pluralidad de partes y actuación por las mismas del derecho que les pertenece.

El problema, por lo demás, no es el de decidir si la relación entre partes subjetivamente complejas es una relación única que hace referencia a varias personas o si hay tantas relaciones obligatorias como sujetos componen cada una de las partes. Lo que importa es si uno de los componentes de la parte subjetivamente compleja puede, con su iniciativa, resolver, por ejemplo, el contrato con eficacia también para los otros, lo cual se producirá en cualquiera de las dos anteriores hipótesis.

Finalmente, en los capítulos V y VI se plantea la problemática concreta, respectivamente, de la invalidez del contrato con partes subjetivamente complejas y de la resolución del mismo.

En la mera enunciación de los epígrafes de estos capítulos se pone de relieve el interés de la materia; especialmente la distinción entre las varias hipótesis de conflicto entre los cotitulares de la relación obligatoria, que no pueden ser ni siquiera parcialmente disciplinados con la aplicación de las normas peculiares aplicables a la comunión. La legitimación a la demanda de nulidad y de anulación y la solución dada a la misma por la doctrina, así como su crítica. El supuesto de invalidez parcial del contrato. La realizabilidad de la regulación de intereses parcialmente inválidos. La invalidez del vínculo individual y la invalidez total del contrato.

En orden a la resolución del contrato, la reacción contra los vicios fundamentales de la relación. La revocación por justa causa del mandato colectivo. El análisis del supuesto de resolución del contrato plurilateral y su analogía con el problema de la resolución de la relación obligatoria con partes subjetivamente complejas.

El supuesto de la legitimación individual para proponer la demanda de resolución. El del conflicto entre demanda de cumplimiento y demanda de resolución. Los efectos de la demanda de resolución. Los problemas particulares que cabe que la misma plantee: el de la resolución por excesiva onerosidad, el de la acción redhibitoria y la acción por rescisión, el de las arras confirmatorias, la resolución de la donación modal. El tema importa, en todo caso, porque dentro de nuestro Derecho no solo nos encontramos con la falta de sistematización de una materia cuya muestra más evidente es la contradicción entre los artículos 1.141 y 1.143 de nuestro Código civil, sino con la de los fundamentos necesarios para resolver algunos problemas de los en esta obra señalados. DE FERRA, a través del análisis del tema, va delimitando la idea de la solidaridad, la posibilidad de aplicación del régimen legal propuesto para materias con las que guarda analogía la misma. El planteamiento y solución en la línea de sus conclusiones de algunos de los problemas más interesantes que la cotitularidad de la obligación plantea, en términos concretos.

FLAMME, MAURICE-ANDRÉ, y LEPAFFE, JACQUES: *Le contrat d'entreprise*, Bruselas, 1966.

La obra de FLAMME y LEPAFFE tiene un evidente interés. El contrato de arrendamiento de obra o contrato de empresa ha adquirido en nuestros días un relieve que impone la reestructuración de un régimen que en los Códigos clásicos es totalmente insuficiente.

En nuestro Derecho positivo carecemos, como en el régimen belga, de una normativa capaz de resolver todos los problemas que plantea la aparición progresiva de las distintas modalidades del contrato de empresa, especialmente en la esfera de la construcción. Cualquier trabajo que, como el comentado, aporte una sistematización de la jurisprudencia en torno a los diversos problemas del contrato de obra, tendrá siempre un evidente valor para el estudioso de los problemas de esta esfera del derecho.

La obra está dividida en dos partes. En la primera se estudia, en términos generales, el contrato de arrendamiento de obra. En la segunda, de manera especial, las reglas referentes a los arquitectos y contratistas. Tanto en la primera como en la segunda parte el estudio se hace en base a una cuidada jurisprudencia, de acuerdo con las modernas tendencias pragmáticas de la investigación jurídica.

En la primera parte, al llevar a cabo el estudio del contrato de empresa, en términos generales, proceden los autores en primer lugar a deslindarlo de otras figuras afines o con las que tiene relación especial. Tradicionalmente se le opone al contrato de arrendamiento de servicios. Lo cierto es, a nuestro juicio, que sólo una justificación de tipo histórico hace que el contrato de obra aparezca como una variedad del arrendamiento. De la misma manera que resulta más técnico hablar de contratista y dueño, o de empresario y dueño que de arrendador y arrendatario. En ocasiones cabrá que surja la duda de si estamos ante un arrendamiento de servicios. Pero lo cierto es que la delimitación del contrato de obra no ofrece dudas. También se contraponen el contrato a los de mandato, depósito y venta. Tiene más interés la delimitación del contrato de obra frente al de venta, ya que algunos supuestos del mismo pueden llevar a dudar si estamos ante uno u otro tipo de contrato: cuando el contratista, además de llevar a cabo la actividad encaminada a conseguir la obra contratada, suministra también los materiales. La solución no siempre es fácil. Criterios delimitativos pueden ser el del precio, que en la venta es elemento esencial, mientras que en el contrato de obra puede ser fijado posteriormente. La transferencia de la propiedad y de los riesgos, que se entiende hecha en el contrato de obra con la entrega de la cosa. Excepción hecha de la responsabilidad decenal de los arquitectos y contratistas, no existe en materia de arrendamiento de empresa nada parecido a la garantía por vicios, etc.

No obstante, el problema ofrece dificultades y en estos supuestos la doctrina ha calificado el contrato de verdadera compraventa, lo que es interesante en cuanto a que el régimen jurídico a aplicar es fundamentalmente diferente. Este ha sido, por ejemplo, el criterio de ENNECERUS-WOLF.

Los autores ponen de relieve como contemplado el supuesto de contrato de obra con suministro de materiales por parte del empresario, en

los dos aspectos que se suceden en el tiempo; sería un contrato de arrendamiento de servicios hasta que llega el momento de la entrega, en el que se convertiría en una venta.

También es criterio determinante para calificar el contrato la importancia que se le conceda a los elementos que contiene: entrega de la materia y prestación de trabajo. Recogen el criterio de los Tribunales, que califican de psicológico: teniendo en cuenta si el empresario «vendedor» trabaja bajo sus propios planes, iniciativa y vigilancia. Todavía se destaca cómo para un sector de la doctrina estamos ante un contrato mixto, justificado por la razón de que en ocasiones el contrato reviste especiales caracteres que imponen el régimen de distintos contratos.

A continuación se estudia el régimen jurídico del contrato de obra en términos generales; formación del contrato, poniendo de relieve cómo el consentimiento habrá de hacer referencia a todas las cláusulas esenciales del mismo, objeto a ejecutar, plazos de ejecución, estipulación de cláusulas penales, etc. Merece destacar la referencia al valor de los acuerdos previos cuyo contenido sea una abstención de licitar en una adjudicación de obra, establecer un precio determinado, conceder ciertas ventajas, etc. Y todo en cuanto a que la validez del contrato de obra dependerá de la validez de estos convenios.

Se analiza el objeto del contrato, poniéndose de manifiesto la gran variedad de objetos que pueden serlo del contrato de obra: construcción de inmueble, trabajos manuales, mecánicos, artísticos, científicos, que den lugar a una obra o resultado.

Fijación del precio, que en este tipo de contratos puede serlo *a posteriori*. Fórmulas típicas de fijación a *forfait*, a *forfait* absoluto o relativo, precio sobre presupuesto, precio por administración o americano, etc.

Modos de adjudicación de las obras, adjudicación pública o restringida, adjudicación por concurso con los problemas, de cuándo en cada caso se entenderá perfeccionado el contrato.

La cuestión de la interpretación del contrato y las cuestiones de la prueba y de la competencia son objeto de detenido análisis. En especial se analiza la cláusula compromisoria en cuanto que cumplidas las condiciones de existencia y validez tiene fuerza de ley entre las partes.

Importa especialmente, en régimen de obligaciones de las partes, la del contratista de ejecutar la obra en términos del contrato, de manera que la imposibilidad de llevarlo a cabo dentro de las condiciones pactadas le desvinculará del contrato. Ejecutarlo siguiendo el pliego de condiciones del trabajo, los presupuestos, «las reglas del oficio», tan interesantes en nuestros tiempos de especialización de las profesiones. Y también en relación con la competencia profesional, que determina la elección del empresario por el dueño de la obra o arrendatario; estas reglas del oficio, que son módulo para apreciar si se lleva a cabo tal como se pactó la obra ejecutada.

Siendo un contrato de resultado, si la obra resulta de calidad inferior a la pactada, o con defectos, se entenderá que no se ha ejecutado la obligación. Y no será preciso probar la falta del contratista, sino la inejecución, la ejecución no conforme. Sólo la prueba del contratista de que en este resultado interviene una causa extraña a su actividad le liberará de la ejecución defectuosa. Apenas si puede hablarse de álea en este tipo de contratos. Hay una promesa de prestación determinada de límites materiales y jurídicos concretos. Todo ello íntimamente unido a la idea de profesionalidad, de capacidad profesional, idea que falta en Ordenamientos jurídicos como el nuestro. El deudor soporta, en todo caso, una prestación de resultado. En los casos en los que, sin garantizar

el fin esperado, el contratista se reserve una libertad más o menos amplia de acción, su prestación es indeterminada y no estará el deudor sometido sino a las reglas relativas a las obligaciones de medio.

Los contratos de investigación son un campo de elección para la obligación de medios. Igual que los concluidos con los «organisations-conseils» y los contratos de «consulting engineering», es decir, los contratos que consisten en un suministro de consejos y de concepciones basadas en el estudio de un proyecto y que tienen por objeto la transformación de ideas y de capitales en equipos y en procesos industriales, aunque estos contratos no versen sino (a diferencia de los de investigación), en la adaptación de los informes de datos, de principios y técnicas existentes a situaciones concretas, pudiendo eventualmente comportar la garantía de un resultado en cierto número de dominios precisos.

Se examinan también aquellos contratos de obra que no dan lugar a una obligación de resultados, sino de medio: ejemplos típicos toda la gama de contratos de entretenimiento y reparación de ascensores, calefacción, etc., tan generalizados en nuestros días. Es la jurisprudencia la que delimita el contenido de estos contratos, especialmente interesante en cuanto al régimen de responsabilidad por accidentes del contratista. Una vez más, la profesionalidad califica el contrato. La empresa que se encarga del entretenimiento y reparación tiene obligación de garantizar al dominus las consecuencias de accidentes debidos a averías técnicas que son objeto de supervisión. Una seleccionada jurisprudencia va relatando el régimen de responsabilidad en estos supuestos.

Hay una obligación para el contratista que suministra los materiales de garantizar la calidad de los mismos.

Y una obligación de previsión, siempre en relación con los materiales utilizados, con las consecuencias de la colaboración de los terceros que pueden intervenir en la obra por razón de sus exigencias técnicas, etc.

También es importante la obligación de la ejecución de la obra en el tiempo convenido, y en todo caso en el tiempo útil. Incluso se destaca por la jurisprudencia belga que el plazo de entrega obliga, aun cuando sea notoriamente insuficiente para terminar la obra, ya que el contratista lo conoció y aceptó, lo que le fuerza a prever los medios para superarlo. En ausencia de plazos, la obra habrá de ejecutarse dentro del plazo razonable, teniendo en cuenta su naturaleza y circunstancias. Se hace referencia al problema de la mora.

De la fuerza mayor, que libera al contratista, salvo que haya habido negligencia por su parte. De las convenciones pactadas a todo evento, que privan al contratista de la facultad de justificar el retraso. De las faltas del dueño como causas de exoneración de responsabilidad del retraso para el contratista.

Se analiza el régimen contractual de las cláusulas penales y su licitud. Las cláusulas penales son estipulaciones a *forfait* del retardo en la ejecución de la obra. El dueño en estos casos, está dispensado de probar la realidad y extensión del daño que le ha ocasionado el retardo.

La obligación de entrega de la cosa y de restitución de los materiales enlazada con el problema de la propiedad de la misma. Si los materiales son suministrados por el dueño, éste es el propietario desde que el contrato se formaliza y puede reivindicar la cosa *in natura*, en el caso en que el contratista se niegue a entregarla. En ningún caso el contratista puede pretender conservar la cosa objeto del contrato del arrendamiento de obra ofreciendo dar su valor.

Entre las obligaciones del dueño, las de facilitar el trabajo al contra-

tista, pagar el precio en la forma pactada—asi en pagos parciales cuando se pacta—, etc., está la obligación de recibir la obra, que supone su conformidad con la misma. Siendo, además, en general, el momento de transmisión de la propiedad. Importa destacar que la recepción no se confunde con la entrega y la toma de posesión. Que puede tener lugar antes de la entrega, cuando el dueño de la obra declara expresamente admitirla. Y puede ser posterior la recepción a la entrega cuando, en el momento de la entrega, no ha podido verificar la obra. Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la importancia de la recepción en los contratos de obra o empresa. Muy especialmente los efectos de la recepción en cuanto a los vicios ocultos de la obra.

Se estudia también en la obra el contrato de subempresa, tan frecuente en nuestros días y que es posible siempre que las partes no hayan pactado el contrato de empresa *in tuitu personae*. La entidad de los problemas técnicos que la construcción tiene hoy hace necesaria esta colaboración de terceras personas, a través de la subempresa. Cabe que el dueño ignore o que conozca la subempresa. En el primer caso estamos ante un supuesto típico de *res inter alios acta*. Los autores estudian, siempre en base a resoluciones jurisprudenciales, el funcionamiento de la subempresa en todos sus aspectos.

Se lleva a cabo un análisis de la teoría de los riesgos en el contrato de obra, que supone esencialmente saber cuándo en el contrato se torna imposible una de las prestaciones como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, qué suerte correrá la prestación correlativa. Y se distingue entre los riesgos de la cosa y los riesgos de la mano de obra incorporada. Así como entre los dos supuestos de que el empresario o contratista suministre o no los materiales para la ejecución de la misma.

Finalmente, se analizan los supuestos de extinción del contrato, muy especialmente los que son específicos de este tipo de contratos: el concedido por la ley al dueño de la obra de apartarse unilateralmente del contrato, excepción a la regla típica de que en materia de obligaciones *pacta sunt servanda* y el de la muerte del empresario como motivo de disolución en un contrato en el que son determinantes las condiciones personales, en el sentido de conocimiento y pericia profesional del encargado de llevar a cabo la obra.

El examen realizado es especialmente interesante, en cuanto que los supuestos jurisprudenciales utilizados se refieren a contratos de contenido muy diverso y de gran utilización en la actualidad, que entre nosotros carecen de una normativa y cuya realidad impone su estudio para un intento de delimitación.

No es fácil tampoco unificar el criterio con que han de estudiarse contratos de contenido tan diverso, basta pensar que dentro del contrato de obra cabe la que tiene lugar como resultado de una actividad artística, científica, de construcción, de entretenimiento de maquinaria, de fincas, etc. No obstante, es posible, en términos generales, establecer un régimen genérico teniendo en cuenta el denominador común de estos contratos.

En la segunda parte del libro se lleva a cabo un estudio del régimen relativo a los arquitectos y empresarios de obra, o contratistas. Comenzando por la sistematización del régimen jurídico de la profesión de arquitecto, la del contrato y misión del mismo en el contrato de construcción; se hace también referencia, paralelamente, a todo tipo de contratista o empresario del contrato de construcción. Finalmente, es objeto de detenido análisis todo lo referente al régimen de responsabilidad contractual de los constructores, régimen de derecho común, res-

ponsabilidad decenal, participación de la responsabilidad entre los constructores. Y, por último, la responsabilidad aquiliana del arquitecto y empresario en general. Responsabilidad de los subempresarios. Responsabilidad cuasi delictual por la guarda de una cosa que tiene un vicio, etc.

A través de las resoluciones jurisprudenciales se han llegado a delinear una serie de principios o notas de los diferentes tipos de contrato de obra, y especialmente del contrato de construcción.

Hemos hecho referencia a los mismos a través de este análisis de la obra de FLAMME y LEPAFFE, pero conviene destacarlos: la cualidad de profesionales de los contratistas o empresarios, que califica fundamentalmente las relaciones de los mismos con el *dominus* de la obra que confía en esta profesionalidad, llevándole a exigir lo que en la jurisprudencia belga se llaman «règles de l'art», es decir, algo más que la simple actividad de la obra. Y que da lugar tanto a un deber de información con relación a la obra, como al de previsión, que tiene un alcance más amplio, como puede verse en los supuestos jurisprudenciales aducidos. Conocimiento del contratista de todo lo relativo a la obra, calidad de los productos empleados, competencia de la mano de obra, previsión de riesgos, etc.

Protección a los profesionales de la construcción, como contrapartida a estos deberes que pesan sobre los mismos. La jurisprudencia es también interesante en punto al artículo 1.793, y las construcciones de edificios a *forfait*. La severidad del régimen positivo está reñida con las condiciones actuales de la construcción; la jurisprudencia y la doctrina se manifiestan favorables a la protección de los profesionales de la construcción en estos supuestos. También se tiene en cuenta la necesidad de protección al constructor de las injerencias del dueño en la realización de la obra, que en este campo de la construcción pueden revestir consecuencias económicas cuantiosas.

También es importante el estudio del reparto de responsabilidad entre los profesionales de la construcción, relaciones entre el contratista y el arquitecto, etc. Relaciones que concretan la responsabilidad de cada uno de ellos en la obra.

La jurisprudencia ha decidido también en materia de perturbaciones anormales de vecindad con motivo de la construcción, recogiendo los autores algunas sentencias de verdadero interés.

Las fórmulas modernas de la construcción, aparición de la figura de los promotores, superación de lo que los autores denominan «triángulo clásico», dueño-contratista, arquitecto, plantea nuevos problemas que hay que tener en cuenta por su generalización. El ánimo de especulación produce frecuentes quiebras en el campo de la construcción de edificios, apareciendo fórmulas delictuales no conocidas por el Código penal.

Como puede verse, los problemas que se analizan o se apuntan en la obra multiplican el interés de la misma, especialmente entre nosotros, que apenas si tenemos una doctrina y una jurisprudencia sistematizada que cubra el defecto de una normativa a todas luces insuficiente en un campo tan interesante como éste.

TERESA PUENTE MUÑOZ,  
Profesor Acjuntado de Derecho Civil.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Comentarios a la Ley del Suelo*, edición «Boletín Oficial del Estado» 1968, 1.465 págs.

Con gran satisfacción he leído los *Comentarios* de JESÚS GONZÁLEZ. Por experiencia conozco las dificultades en que se encuentra quien ha de estudiar los problemas urbanísticos, interpretar o aplicar la legislación especial. Es cierto que contamos con bastante bibliografía, y entre ella, obras monográficas realmente importantes. Pero faltaba una visión pormenorizada, y esto es lo que ahora se nos ofrece.

JESÚS GONZÁLEZ ha seguido un procedimiento clásico: el examen ordenado de los artículos de la Ley del Suelo; tal vez el más práctico para los profesionales, arraigado en nuestras costumbres al manejar el *Manresa*, el «Mutius» o el *Morell*. Claro que la clave radica en saber en qué artículo de la Ley puede encontrarse el meollo de un asunto, y no es floja tarea en la legislación urbanística.

La Ley del Suelo ha tenido sus «hinchas» y sus detractores. Para algunos, el Derecho inmobiliario moderno nació en España el 12 de mayo de 1956; para otros, aquella es una pieza de museo legislativo o un mamotreto ininteligible. Y algo de todo eso hay.

Tenemos a los que claman que no ha sido capaz la Ley de cortar la especulación del suelo y propugnan nuevas medidas legislativas con soluciones para todos los gustos: desde la nacionalización o municipalización del suelo, mediante expropiación o expoliación, a la «Fiscalidad» de cierto olorillo más recaudatorio que social.

Lo cierto es que muy pocos han tenido ocasión de meditar a fondo sobre los problemas que el urbanismo jurídico plantea. Recordemos que CHARLES ABRAMS, ilustre abogado urbanista, profesor de la Universidad de Columbia, afirma que la regulación del aprovechamiento del suelo urbano «constituye un problema ingente que todavía *ninguna ciudad en todo el mundo* ha sido capaz de resolver a su entera satisfacción».

Pero no estamos ante puros *divertimentos* de gabinete, sino frente a una realidad acuciante. Obsérvense las colecciones de Jurisprudencia contenciosa y se verá crecer de año en año el número de sentencias sobre urbanismo. Generalmente no se trata de cuestiones de pequeña cuantía, sino de muy elevada, en las que juegan muchos intereses y el siempre superior de la colectividad.

Si esto es evidente, hay que celebrar la publicación de los *Comentarios* de JESÚS GONZÁLEZ como una buena nueva, pues constituyen elemento de ayuda indispensable para los profesionales del Derecho, para quienes invoquen o apliquen la Ley.

En la obra resalta su claridad y orden lógico. Se ha cuidado especialmente el estudio del procedimiento urbanístico desde la formación de los Planes de Ordenación Urbana, en sus diferentes clases, hasta los Recursos. Es excepcional la aportación de Jurisprudencia que matiza ya muchos artículos de la Ley y que, extractada, permite acudir cuando hace falta a sus textos completos en los que los hechos contemplados tantas veces aclaran la doctrina. Se cita numerosa bibliografía y tiene un útil índice alfabético.

Se observa el esfuerzo de síntesis que ha tenido que realizarse para compendiar en un solo tomo el Derecho urbanístico. Ciertamente en algunas materias nos hubiera gustado mayor desarrollo, que seguramente en otras ediciones tendrán. Por ejemplo, los beneficios fiscales, artículos 189 a 193 de la Ley. La peor amenaza para el urbanismo—junto a las donosas «cuestiones de competencia» entre los órganos administrativos, que

pone en la picota el autor—radica en el excesivo celo recaudatorio. Si las nuevas figuras jurídicas van a «exprimirse como un limón, el urbanismo morirá a manos del Fisco. Paradójicamente, se habrá abortado el nacimiento de riqueza y la Administración perderá saneados ingresos.

Descubro un secreto a voces si digo que la Ley del Suelo apenas si ha sido «recibida» hasta hace muy poco tiempo. Pero tal vez sea una novedad afirmar que ahora la actividad administrativa se interesa especialmente por la aplicación jurídica de la Ley del Suelo, sin la cual las técnicas del planeamiento son paños calientes.

JESÚS GONZÁLEZ mantiene que el Registro de la Propiedad debe ser el eje fundamental de la política del suelo, y estima que para ello ha de ponerse al día en cuanto sea necesario. Creemos que los Principios Hipotecarios son perfectamente compatibles con la nueva normativa; es ésta la que necesita, para poder vivir, de la vieja solera del Registro de la Propiedad. Pero no es lógico, ni tal vez posible, adoptar una pura posición contemplativa. La modernización funcional del Registro, su coordinación con la descripción gráfica de los inmuebles son posibles y urgentes. Quienes aborden la tarea cuentan ahora en el orden urbano con un poderoso medio de trabajo: los *Comentarios* de JESÚS GONZÁLEZ.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ.

**LÓPEZ MEDEL, JESÚS: *Estudios de Sociología y Derecho Sindical*, Ediciones y Publicaciones Populares, Madrid, 1968, 281 págs.**

En la colección «Cuadernos», de la Organización Sindical, y con el número 10 de la serie 3.<sup>a</sup> se ha publicado el II tomo de *Estudios de Sociología y Derecho sindical*, del que es autor el profesor LÓPEZ MEDEL.

Se trata de una obra, ciertamente, extensa, de unas 300 páginas, en la que se exponen monográficamente una serie de estudios concretos y actuales que afectan al mundo de la producción y del trabajo, en tres de las modalidades o ámbitos en que se mueve la institución sindical. Nos referimos a la Organización Sindical Agraria, lo profesional y el mundo de la Cooperación. Si en el tomo I de esta obra publicada hace dos años se esbozaban los principios institucionales, los medios y los fines y la acción y dinámica sindicales, en este segundo volumen se proyecta sobre aquellos tres aspectos concretos de lo sindical, que ciertamente tienen características propias, pero que por eso mismo ponen a prueba todo un régimen jurídico sindical.

Los trabajos cobran así unidad intelectual y científica, si bien su tratamiento es estrictamente jurídico y se proyectan indirectamente en consideraciones constitucionales y políticas. Destacan entre otros estudios los temas sobre «Personalidad y legitimación de las Hermandades de Labradores», «La Asociación de Crédito y Caución», «Los Créditos Agrícolas», «Los Colegios Profesionales Sindicales», «Sobre la unidad y autonomía constitucional del Sindicalismo», «Una polémica con A. García Trevijano», «La Representación Sindical», «Sindicación de funcionarios», «El orden jurídico cooperativo», entre otros.

Junto a los estudios fundamentales, tratados con fina sensibilidad de jurista, se publican unas notas sobre cuestiones sindicales, que explican y ambientan los resortes socio-jurídicos que configuran un sindicalismo integrador, que adquiere su fuerza y su responsabilidad dentro de un marco jurídico, y que se proyecta en toda la vida social y económica del país.



# REVISTAS



## ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio de 1968.

*Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor,*  
por Juan Roca Juan, págs. 283  
a 314.

El análisis del párrafo 2.º del artículo 1.163 del Código civil ofrece al autor diversas sugerencias que podemos concretar así: supuesto que el pago en cualquiera de sus versiones como realización total de la prestación o como medio extintivo de la relación obligatoria (acto de ejecución y acto de extinción), implica que el acreedor determine por sí mismo el sujeto receptor de la prestación, dicho precepto contiene la anomalía de atribuir al deudor la facultad de determinar dicho receptor en persona distinta del acreedor y sin el concurso de su voluntad. Otro aspecto interesante del precepto radica en el hecho de que entre deudor y tercero receptor de la prestación no existe vínculo obligatorio que legitime el cobro con los efectos extintivos del pago, dando origen a un *indebitum* subjetivo muy peculiar. Sugiere también interesantes cuestiones en orden a su aplicabilidad. Por último, se pregunta el autor de qué modo opera esa validez del pago de que habla el precepto, o lo que es lo mismo, cómo se subsana la falta de legitimación del tercero receptor.

*La acumulación y el proceso ejecutivo,* por José María Reyes Monterreal, págs. 315 a 368.

*Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción.*  
II. *El adoptado,* por Francisco Castro Lucini, págs. 369 a 411.

*Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público,* por Joaquín Madrugá Méndez, págs. 413 a 448.

Estudio sobre ciertos aspectos parciales de las fundaciones privadas desde un doble punto de vista teórico y práctico. En un orden expositivo, se hace referencia, en primer lugar, al concepto moderno de fundación benéfica, destacando la conveniencia de excluir de ella la nota de gratuidad, cuyo requisito se exige para que una fundación pueda ser calificada de beneficencia, pero que no se cumple en la práctica al percibir estas instituciones cantidades por sus servicios en proporción a lo que los beneficiarios puedan aportar. En segundo término se delimitan las fundaciones públicas de las privadas y de las pertenecientes a la Iglesia. Especial interés reviste el examen de las limitaciones a la voluntad del fundador. Atención del autor merece también el modo de constitución de las fundaciones, intervención del Estado y clasificación y beneficios estatales derivados del acto clasificatorio.

# REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Número 60, abril-junio de 1968.

*Señoríos y escribanos. Riesgos y desventuras del tener que estar allí*, por Vicente Florez de Quiñones y Tomé, págs. 11 a 54.

*Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial*, por Alfredo García-Bernardo Landeta, páginas 55 a 214.

Aborda el autor los siguientes aspectos: despacho, revisión de aranceles y residencia del Notario; sustituciones, excedencias, concursos y duplicidad de clientela; turno, grafía y subsanación de errores; modernización de la Notaria; lectura de la escritura; licencia marital, representación, ratificación y adhesión; juicio de identidad; actas de notificación, requerimiento y notoriedad; sufragio activo y pasivo.

*Los regantes en el Derecho español*, por Julio Maestre Rosa, páginas 215 a 272.

La evolución del Derecho Administrativo en materia de aguas permite afirmar, según el autor, que el tratamiento jurídico futuro de esta materia exigirá diferenciar un doble aspecto público y privado con su correspondiente ámbito de competencia. El aspecto jurídico del agua pública destinada a riegos en España hay que centrarlo esencialmente en el dominio sobre las aguas, las concesiones demaniales y la prescripción adquisitiva de los derechos de aprovechamiento y uso; y

en la constitución y funcionamiento de las Comunidades de Regantes. Lo privado en el derecho de aguas tenderá a regular, a través de normas de Derecho común, los aprovechamientos de aguas que manan o se alumbran en un predio privado y las servidumbres legales o pactadas sobre dichas aguas.

*El usufructo «ex testamentis» en su regulación positiva*, por Luis Martínez Calcerrada, págs. 273 a 399.

Persigue el autor contrastar los antecedentes del Derecho comparado con el Código civil español, pero, admitiendo la indubitada asignación de nuestro derecho positivo a los de procedencia latina, limita su estudio a los códigos francés e italiano con breves citas a las legislaciones portuguesa e hispanoamericana.

# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre de 1968.

*De la propiedad al capitalismo anónimo y a la propuesta de reforma de la empresa*, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 719 a 738.

La incidencia del capitalismo ha influido decisivamente en el régimen jurídico de los bienes. Este influjo se manifiesta en la formación del concepto de la empresa. El autor examina algunas de las reacciones derivadas del carácter rentista de la mayor parte del capital de las sociedades anónimas y del deseo de separar poder y propiedad en la empresa, aportando algunas interesantes reflexiones sobre la reforma de ésta y la crisis de la sociedad anónima.

*La dicotomía, obligación personal-obligación real de contribuir en el Impuesto general sobre la renta de las personas físicas*, por José Menéndez, págs. 738 a 743.

Examen crítico del artículo 13 del texto regulador específico para Guinea del Impuesto General sobre la renta de las personas físicas y de las normas sobre su exacción contenidas en el artículo 6.º La coexistencia de las dos vías impositivas, personal y real, sólo tiene sentido, a juicio del autor, pensando en que la acción impositiva española puede alcanzar a rentas provenientes del extranjero por quienes, nacionales o extranjeros, se hallen domiciliados en territorio español. En realidad, bajo la dos formas de imposición, alienta un denominador común: el criterio del domicilio. En un caso se atiende al domicilio de las personas y en otro al domicilio de las rentas.

### REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 9, julio-septiembre 1968.

*La reglamentación de las zonas industriales en la región parisina*, por Jacques E. Godchot, págs. 13 a 25.

*El suelo y su problema*, por Mario Gómez-Morán y Cima, págs. 27 a 96.

Opina el autor que el problema del suelo no es sólo un caso de especulación abusiva y fraude de impuestos que pueda resolverse con una intervención del Ministerio de Hacienda. Es algo mucho más grave que impide el desarrollo urbano y la solución del problema de la

vivienda. Problema urbanístico, fiscal y de política económica que exige una solución de conjunto que abarque los tres aspectos. La Ley del Suelo proporciona una sistemática y unos medios suficientes para resolverlo, pero es preciso terminar de reglamentarla, proceder a su aplicación y modificarla en algunos aspectos que le den mayor agilidad y técnica burocrática. El proyecto de ley sobre Fiscalidad del Suelo dejará el mercado de solares vinculado a un sistema fiscal sin evitar la especulación y acarreará, a juicio del autor, dos daños irreparables: derogación práctica de la ley del Suelo y densificación mortal en los cascos de nuestras ciudades. Siendo absolutamente necesario reformar el régimen fiscal del suelo, esto no debe representar una dependencia del urbanismo al sistema de impuestos, sino todo lo contrario. Urge encontrar un procedimiento fiscal que respete el interés del capital y la estabilidad de la inversión con la repercusión de plusvalías ajenas al esfuerzo de la propiedad.

### REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 63, abril-junio de 1968.

*La explotación agraria cara al futuro*, por Luis G. de Oteyza, páginas 7 a 32.

*Problemas de la transformación en una comarca rural*, por Víctor Pérez Díaz y Arturo Pina González, págs. 33 a 86.

*Estudio de la función de producción en la huerta de Murcia a través de datos «entre-firmas»*, por José Egea Ibáñez, págs. 87 a 100.

**REVISTA GENERAL DE DERECHO**

Número 286-287.

*El procedimiento sancionador del Ministerio de Información y Turismo.* por Jesús Pellicer Valero, págs. 606 a 621.

**REVISTA JURIDICA  
DE CATALUÑA**

Julio-septiembre de 1968.

*Regionalidad del extranjero que adquiere nacionalidad española,* por La Revista, págs. 559 a 590.

*La caducidad cambiaria.* por José María Reyes Monterreal, páginas 591 a 609.

*Cuestionabilidad del testamento otorgado en peligro inminente de muerte,* por Luis Martínez Calcerada y Gómez, págs. 610 a 662.

*Concepto y efectos de los actos administrativos irregulares,* por Tomás Pou Viver, págs. 663 a 678.