

DICTAMENES

Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.^o del artículo 1.056 del Código civil y otras cuestiones

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de
Sevilla y antes en la de Santiago de Compostela

ANTECEDENTES:

PRIMERO.—Don E. B. F. falleció en estado de casado con doña M. M. C., bajo testamento que había otorgado el día 5 de diciembre del año 1958; cuyo testamento contiene, entre otras que no interesan, las siguientes cláusulas:

I. Nombra albacea, con facultad de administrar la herencia, representarla en juicio y fuera de él, a su esposa M. M. C.

II. Manifiesta que de su matrimonio con la albacea tiene siete hijos llamados: V., J., A., M., C., D. y R. B. M.

III. Es su voluntad que su esposa sea usufructuaria vitaliciamente de todos sus bienes, derechos y acciones.

IV. Que constituyendo sus bienes una explotación agrícola que desmerecería mucho con su división, y haciendo uso de la facultad que le concede el párrafo segundo del artículo 1.056 del Código civil, instituye heredera universal a su hija R. B. M., con la obligación de abonar a los demás hijos, sus seis hermanos: V., J., A., M., C. y D. B. M., la legítima corta o estricta en metálico.

V. Que, no obstante lo consignado en la cláusula anterior, es su voluntad que su hija y heredera R. entregue a cada una de sus hermanas V., A., M. y C. veintisiete mil pesetas a cada una, y a sus hermanos J. y D. veintidós mil pesetas a cada uno, aunque valorados justamente los bienes de su propiedad el importe de la legítima corta no asciende a dicha cantidad; pero si alguno de sus hijos no se conformase con este su testamento o hiciera la más mínima oposición, entonces sólo recibirá, y en metálico, el importe de su legítima corta o estricta, acreciendo el exceso a la hija y heredera R.

SEGUNDO.—Ante el mismo Notario y el mismo día, o sea, el 5 de diciembre de 1958, don E. B. F. y doña M. M. C., de ochenta y seis años el primero y de ochenta y uno la segunda, otorgaron escritura de donación a favor de su hija R. B. M., cuya R. compareció en dicha escritura intervenida de su esposo don S. S. F. aceptando la donación; la escritura de donación dice:

«EXPONEN :

I. Que los cónyuges don E. B. F. y doña M. M. C., son dueños de las siguientes fincas:

(Seguidamente se describen cuarenta y seis fincas y se hace constar que pertenecen las partidas número cuarenta, cuarenta y una, cuarenta y tres y cuarenta y cuatro a doña M. M. C.; que la cuarenta y seis tiene la condición de ganancial, siendo las restantes de la propiedad de don E. B. F.).

II. Que por testamento otorgado ante mí en esta villa, en el día de hoy, don E. B. F., haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código civil, ha instituido heredera de todos sus bienes a su hija R., con la obligación de abonar a sus hermanas V., A., M. y C., veintisiete mil pesetas a cada una, y a sus hermanos J. y D., veintidós mil pesetas a cada uno.

III. Igualmente, doña M. M. C., por testamento otorgado en el día de hoy ante mí en esta villa, ha instituido heredera de todos sus bienes a su hija R., con la obligación de abonar a sus hermanos, V., J., A., M., C. y D., tres mil pesetas a cada uno.

OTORGAN :

I. Don E. B. F. y doña M. M. C. hacen donación perfecta e irrevocable de todas y cada una de las fincas descritas en la parte expositiva de esta escritura, con todos sus derechos, usos y servicios, a su hija R. B. M., con la obligación de cumplir lo dispuesto por ambos en sus respectivos testamentos y que se deja consignado en la exposición de esta escritura.

II. Los donantes se reservan el usufructo simultáneo y vitalicio de los bienes donados y, por tanto, no se consolidará la plena propiedad hasta el fallecimiento de ambos, quienes manifiestan que, con este usufructo y otros bienes que poseen, tienen lo suficiente para su decorosa subsistencia.

III. Acepta la precedente donación doña R. B. M., muy agradecida a la liberalidad de sus padres.

IV. Esta donación se valora a efectos fiscales en treinta y cinco mil pesetas».

TERCERO.—Los donantes, o sea, don E. B. F. y doña M. M. C., vivían en la casa donada, que es la primera partida que se describe en la donación, y poseían todas las fincas de que eran dueños, si bien tenían arrendadas las que radican en los Ayuntamientos de A. y B., ya que las de la donación están todas en el de C.; y con ellos vivían ayudándoles en el cultivo de las fincas, la donataria, su esposo e hijos.

CUARTO.—Al fallecimiento de don E. B. F. continuó doña M. M. C. en la casa con R., su esposo e hijos, hasta que a los cinco meses se le hizo imposible seguir viviendo con R. y familia, en cuya fecha dejó la casa y llamó a conciliación a R., intervenida de su esposo, para que se allanase a dejar libre y a su disposición para administrarlos, la totalidad de los bienes que constituyen la herencia de don E. B. F., por ser usufruc-

tuaria vitalicia de tales bienes, según el testamento de dicho causante; que R. hiciese entrega de todos los frutos percibidos y que la repetida R. señalase, dentro de los ocho días siguientes al de la celebración del acto conciliatorio, día, lugar y hora para hacerle entrega de los bienes y frutos. Doña R. compareció a celebrar el acto conciliatorio, intervenida de su esposo, y contestó lo que sigue: «Que si bien doña R. es nudopropietaria de los bienes que constituyen la herencia de don E. B. F., fallecido el 15 de noviembre de 1959, en virtud de la escritura de donación y testamento abierto otorgado por dicho causante ante el Notario de C. el día 5 de diciembre de 1958, en cuya escritura y testamento dejó usufructuaria a su esposa doña M. M. C., la demandante, sin embargo, el poseedor de los bienes que fueron del causante don E. B. F., es el esposo de la donataria y heredera, don S. S. F., en virtud de los acuerdos anteriormente ya existentes entre el finado don E. B. y su esposa doña M. M. C., de una parte, y el señor S. F. de otra, y especialmente del convenio entre los mismos celebrado el mismo día del otorgamiento de la referida escritura de donación y testamento, cuyos acuerdos y convenios está dispuesto a cumplir bien y fielmente como hasta la fecha lo viene haciendo».

QUINTO.—La herencia de don E. B. F. está formada por las cuarenta y una fincas que se describen en la escritura de donación, una finca en B. y unas treinta fincas que radican en el Ayuntamiento de A., éstas adquiridas en constante matrimonio con doña M. M. C., y cuyas treinta fincas aparecen vendidas por don E. B., con intervención de su esposa, al marido de la donataria, doña R., o sea, a don S. S. F., hijo político, por escritura otorgada en C. ante el mismo Notario, el día 16 de febrero de 1959, por precio equivalente a la sexta parte de su valor.

Las fincas que se describen en la escritura de donación están bastante distantes unas de otras; y la de B. y las que radican en A. nunca formaron una explotación agrícola, ya que las relacionadas en la donación siempre las cultivó el donante causante, y las otras casi siempre estuvieron arrendadas.

SEXTO.—Durante el matrimonio de don E. B. F. y su esposa doña M. M. C., el don E. vendió diferentes fincas con pacto de retro, fincas que luego retrajo.

SÉPTIMO.—Al fallecimiento de don E. B. F. quedaron diferentes cabezas de ganado de distintas clases, cosechas y muebles.

CONSULTA:

Se interesa dictamen en relación a los siguientes extremos de los antecedentes que quedan consignados:

PRIMERO. a) Si es válida la institución de heredero efectuada por don E. B. F. en su testamento a favor de su hija R., con preterición de seis hijos que son herederos forzosos.

b) Si hay que considerar como una explotación agrícola los bienes del causante, formados por más de setenta fincas que distan bastante unas de otras y sitas en diferentes Ayuntamientos, algunas a más de veinte kilómetros del domicilio del causante, y que fueron explotadas aisladamente.

c) Si al no constituir los bienes del causante una explotación agrícola, al momento del otorgamiento del testamento, es nula también la institución de heredero, a virtud de la cual deja todos sus bienes e instituye heredera universal a su hija R., con la obligación de abonar la legítima corta o estricta en metálico a sus hermanos, cuando sus bienes valen más vendidos por fincas independientes.

d) Si tiene aplicación la cláusula penal consignada en la quinta del testamento.

e) Si al no haberle legado el causante a doña R. el tercio de libre disposición, ni haberla mejorado en el tercio de mejora, tendría doña R., caso de ser válido el testamento, mayor participación en la herencia que sus hermanos.

SEGUNDO.—Si al no efectuarse la donación con cargo a los tercios de mejora y de libre disposición, hay que tenerla hecha con cargo a la legítima que a doña R. le pertenece en la herencia de su padre don E. B. F.

TERCERO.—Si es impugnable por simulación la venta realizada por don E. B. F. a su hijo político don S. S. F.

CUARTO.—Si han de considerarse gananciales las fincas vendidas por el causante con pacto de retro, y luego retraídas en estado de casado con doña M. M. C.

QUINTO.—Si han de considerarse gananciales los ganados quedados al fallecimiento de don E. B. F., partiendo del hecho cierto que él aportó al matrimonio un número igual de cabezas de ganado; pero sin que pueda acreditarse que con el precio obtenido por la venta de aquellas cabezas se comprasen las que quedaron a su fallecimiento.

SEXTO.—Qué procedimiento tiene que seguir la viuda para posesionarse de los bienes quedados al fallecimiento de don E. B. F., de los que es administradora y usufructuaria.

DICTAMEN

I

¿PRETERICIÓN?

Como es sabido, la preterición es la omisión en el testamento, de alguno o algunos de los herederos forzosos; supone, por tanto, el silencio del testador.

Los presupuestos de la preterición (art. 814 C. c.) son:

- 1.º Que haya omisión de alguno de los herederos forzosos;
- 2.º Que los herederos preteridos sobrevivan al testador;
- 3.º Que la omisión sea total.

Si los herederos forzosos no han sido omitidos, sino que han sido insuficientemente favorecidos, sólo tendrán derecho a entablar la *actio ad suppleendam legitimam* (art. 815 C. c.). Esta acción la puede ejercitar todo heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título (legal) menos de la legítima que le corresponda. Así, pues, si el testador usó legalmente de la facultad que en el supuesto específico contemplado por la norma otorga a los padres el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. —supuesto en el cual, en defensa de un interés familiar, cabe por excepción satisfacer en metálico su legítima a los demás hijos—, no hay evidentemente preterición, aunque dichos hijos puedan, en su caso, ejercitar la acción de complemento de legítima, si la atribución dineraria consentida por el referido artículo resulta inferior a lo que les corresponda *ex lege* (en nuestro caso, la veintinueve parte de la herencia).

Ahora bien, si el testador usa *ilegalmente* de la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c., ¿habrá preterición, con sus consecuencias legales de provocar la nulidad de la institución de heredero y de dar lugar a la apertura de la sucesión intestada, quedando a salvo las mandas no inoficiosas (art. 814 C. c.)?

Parece —si bien con ciertas dudas— que el abuso de la indicada facultad implica preterición, porque en ese caso no es ya que los herederos forzosos queden sólo insuficientemente favorecidos desde el punto de vista *cuantitativo*, sino que son privados *cualitativamente* de su legítima y, por tanto, prácticamente y desde el punto de vista legal, omitidos como legítimarios. El principio de la intangibilidad *cualitativa* de la legítima (vid. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, pp. 46. y ss., esp. 63 y ss. y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1958, entre otras), del que el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. constituye una hipótesis excepcional, apoyaría esta conclusión, pues la legítima, por regla general y fuera de ciertos casos singulares y predeterminados (arts. 829, 839, 840, 1.056, ya citado, y 1.062 C. c.), es concebida en el artículo 806 C. c. como *pars bonorum*, y no como *pars valoris bonorum*.

II

¿ABUSO DE LA FACULTAD PREVISTA EN EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 1.056 C. c.?

Los requisitos necesarios para que entre en juego la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. son:

- 1.º La existencia material de una «explotación agrícola»;
- 2.º Que el padre o testador quiera conservarla indivisa.

El requisito de la voluntad del testador de conservar indivisa una explotación agrícola no necesita más fundamento que esa voluntad, lo cual aparece en nuestro caso con toda claridad por emplear el padre en la cláusula cuarta del testamento casi las mismas palabras del artículo 1.056 mencionado.

En cuanto a la existencia de la explotación agrícola, también afirmada por el testador, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo

de 1951 que, «constando ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que por el contrario son los que la impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen su impugnación, en virtud del principio recogido en el artículo 1.214 del C. c.». De modo que la unidad de la explotación no necesita una prueba terminante para que la facultad del párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. pueda entrar en juego. Afirmada por el testador, se presume, cabiendo no obstante prueba en contrario (presunción *iuris tantum*). Pero, ¿constituían los bienes del causante una explotación agrícola?

Para responder a esta fundamental pregunta hemos de precisar qué es lo que debe entenderse por explotación agrícola.

Nada impide utilizar el término de empresa agraria como sustitutivo del de explotación agrícola. Propiamente, la hacienda o explotación agrícola es la organización de bienes puestos al servicio de la agricultura, aunque sólo consistan en el fundo o fundos con sus pertenencias (*instrumentum fundi*); la empresa agraria es la organización de la actividad económica en el campo. La primera no es más que el antecedente o presupuesto de la segunda. Pero allí donde hay hacienda o explotación agrícola, forzosamente hay también empresa agraria.

Existe una empresa agraria, en frase de ZULUETA (*La empresa agraria en el Derecho español*, en «Atti del Primo Convegno Internazionale di Diritto agrario», vol. II, Milán, 1954, p. 212), «allí en donde hay una unidad económica y de gestión en la producción agrícola».

El concepto de explotación agrícola, como sinónimo del de empresa agraria, aparece claramente perfilado en nuestro Derecho positivo. Según el número 2.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, se inscribirá como una sola finca, bajo un mismo número, «toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una *unidad orgánica*, aunque esté constituida por predios no colindantes». Este precepto se halla desenvuelto por el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, que, en su número 2.º, considera como una sola finca «los cortijos, haciendas, labores, masías, dehesas, cercados, torres, caseríos, granjas, lugares, casales, cabañas y otras propiedades análogas que forman un cuerpo de bienes dependientes o unidos con uno o más edificios y una o varias piezas de terreno, con arbolado o sin él, aunque no linden entre sí ni con el edificio, y con tal de que en este caso haya *unidad orgánica de explotación* o se trate de un edificio de importancia al cual estén subordinadas las fincas o construcciones». El número 3.º del mismo artículo considera también como una sola finca «las explotaciones agrícolas, aunque no tengan casa de labor y estén constituidas por predios no colindantes, siempre que formen una *unidad orgánica*, con nombre propio, que sirva para diferenciarlas y una *organización económica* que no sea la puramente individual».

La resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de octubre de 1947 manifiesta que «la jurisprudencia de este Centro directivo ha impuesto en este punto ciertas limitaciones, llegando a declarar que *el hecho de hallarse situadas varias porciones de tierra dentro de un término municipal y pertenecer a un solo dueño, no basta para considerar como una finca todas aquellas porciones*, y que no equivale a conexión econó-

mica el subterfugio de denominar el propietario a las fincas con el mismo nombre, ni tampoco el expresar que se encuentran en dependencia con otra casa sita en poblado».

Evidentemente, como dice ROCA SASTRE («Derecho Hipotecario», t. II, 5.ª ed., Barcelona, 1954, p. 68), «ha de tratarse de una unidad orgánica derivada de un régimen de *empresa organizada*, aunque no sea colectiva, con tal que no tenga carácter rudimentario. Esto es lo que quiere significar el artículo 44, número 2.º, del Reglamento. De lo contrario, en los pueblos rurales la mayoría de las fincas serían agrupables en varias pocas».

La Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 sigue esta misma tendencia en relación a la expropiación de bienes que constituyan una *unidad económica*, entendiéndose por tal, si se trata de fincas rústicas o urbanas, cuando se hallen inscritas o fueren susceptibles de inscripción bajo un mismo número, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (apartado 1 del art. 27 de la citada Ley de expropiación forzosa).

A la luz de los preceptos transcritos, entendemos que el concepto de explotación o empresa agraria también ha de ser tomado aquí en consideración. Con referencia a este punto, nos permitimos transcribir las siguientes palabras de ZULUETA (op. et loc. cit., p. 213): «Generalmente la empresa agraria cultiva una sola unidad de explotación (una explotación familiar campesina, una gran finca mecanizada de un poderoso propietario, por ejemplo), pero no faltan muchos casos en que la empresa consta de varias unidades de explotación, situadas a veces en lugares distantes. Ahora bien, para que en este caso exista una sola empresa se necesita que estas unidades técnicas de explotación formen *verdadera unidad económica y de gestión*, bien porque produzcan el mismo artículo (varias fincas cerealistas, por ejemplo) o porque produzcan artículos que se complementen (una explotación que produzca forrajes y una explotación ganadera que los consuma, por ejemplo). *Si no existe dicha unidad, se tratará de varias empresas independientes, aunque pertenezcan a un mismo propietario*».

Dado lo que antecede, parece que los bienes del causante no constituían una explotación agrícola o empresa agraria. En efecto, las fincas que componen la herencia de don E. B. F. no forman un «lugar acasado», que es la forma típica de explotación agrícola en la región gallega. Esas fincas, distan bastante unas de otras, están sitas en diferentes Ayuntamientos y algunas a más de veinte kilómetros del domicilio del causante. Falta en nuestro caso la unidad económica y de gestión en la producción agrícola. No hay una unidad orgánica de explotación, ni la correspondiente organización económica. Las fincas fueron explotadas aisladamente, siendo unas cultivadas directamente por el causante y las otras casi siempre estuvieron arrendadas a diferentes colonos. No se ve por ninguna parte la unidad económica ni el régimen de empresa agraria organizada que caracterizan al «lugar acasado», aun constituido por predios no colindantes y de distintas procedencias, aglutinados entre sí por una organización económica unitaria en torno a una cabeza o centro de la explotación (casa de labor). En fin, la mejor prueba de que todos los bienes del causante no constituían una explotación agrícola está en que el mismo testador dispuso luego de los mismos en forma no unitaria, donando por un lado cuarenta y una fincas

propias y vendiendo por otro unas treinta gananciales, sin duda alguna con el fin de asegurar así los efectos de su disposición de última voluntad.

Así, pues, parece evidente que don E. B. F. se excedió abusando de un poder o facultad que el Código civil en su artículo 1.056, párrafo 2.º, tan sólo concede al testador con relación a una *explotación agrícola*. Por consiguiente, las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. deben tenerse por inválidas o ineficaces, según el artículo 4.º del Código civil, a cuyo tenor «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez». A este respecto, es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959, que con motivo de las operaciones particionales, realizadas por la testadora, de sus bienes, de los de su marido y gananciales, declaró —siguiendo al Tribunal *a quo*— la nulidad de las mismas en atención a que el párrafo 1.º del artículo 1.056 sólo autoriza al testador a efectuar la partición de sus bienes propios. En este caso, de cierto modo análogo al presente y sobre el que tuvimos ocasión de dictaminar (vid. nuestro dictamen *Validez de partición contenida en testamento*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, pp. 233 y ss.), la nulidad pretendida tenía el mismo fundamento: abuso de la facultad concedida por el artículo 1.056, invocándose expresamente por la parte demandante el artículo 4.º del C. c.

III

¿ERROR DEL TESTADOR?

La nulidad, invalidez o ineficacia de las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. podría resultar, además, de la circunstancia de que el testador, al disponer de la manera en que dispuso, incurrió en error, ya sea de hecho, por creer equivocadamente que todos sus bienes constituían una explotación agrícola, o ya sea de derecho, por creer erróneamente que le estaba permitido proceder como procedió.

En cualquiera de los casos, tendría relevancia el error en los motivos, ya sea de hecho o de derecho —como entiende la mejor doctrina (CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol 1.º, 8.ª ed., Madrid, 1951, pp. 380-381; CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1955, pp. 590-591)—, con tal que aquél sea esencial, esto es, que constituya la causa principal o determinante de la disposición de última voluntad, y ello a través del cauce del artículo 767 del Código civil, que en la tesis de ALBALADEJO («*El error en las disposiciones testamentarias*») y «*De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*», en «Estudios de Derecho civil», Barcelona, 1955, pp. 447 y ss. y 467 y ss.), compartida por VIÑAS («*Los vicios de la voluntad testamentaria*, en «Curso de conferencias 1948» del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, pp. 433 y ss., esp. pp. 461-462) y LACRUZ (Anotaciones al *Derecho de sucesiones*, de BINDER, Barcelona, 1953, pp. 88-89), exigiría no sólo la constancia íntegra de la causa (motivo) en el mismo tenor del testamento, sino también que su carácter determinante resulte del propio contexto testamentario. Tal ocurre en el supuesto que estamos considerando, pues no sólo resulta el motivo del mismo testamento,

sino también su carácter determinante, al ser manifiesto, a la vista de las cláusulas testamentarias, que el testador no habría dispuesto como lo hizo si hubiera sabido que el artículo 1.056 no le facultaba para ello o que materialmente no existía una explotación agrícola. Según la tesis que venimos examinando, el artículo 767 C. c. no eleva a fundamento de impugnación el simple error en los motivos, sino aquel error que, por haberse manifestado la causa (motivo determinante) en el testamento y deducirse de él que la institución o el legado dependen de la realidad de aquélla, produce igual efecto que la deficiencia de una condición de presente o de pretérito. Un motivo, aun determinante, que no resulta del testamento, sino a través de la interpretación de la voluntad del testador, recurriendo a medios extrínsecos de prueba, no influiría sobre la validez de la disposición (vid., no obstante, lo que dejamos escrito en nuestro libro *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 51-52). El Tribunal Supremo entiende que la mera *demonstratio* o indicación (*falsa demonstratio non nocet*) no puede ser equiparada con el motivo, exigiendo, para que la falsedad de la causa lleve consigo la insubsistencia de la disposición, la prueba de que el testador no hubiera dispuesto como lo hizo de haber conocido dicha falsedad (sentencias de 10 de febrero de 1942 y 26 de junio de 1951). En nuestro caso, el carácter determinante del motivo resulta del mismo testamento, porque a través de su propio contexto puede demostrarse que el motivo fue determinante de la voluntad del testador, en el sentido de que, no constituyendo sus bienes una explotación agrícola, no habría hecho, ni podido hacer, la disposición tal como la hizo. Obsérvese que el único camino legal viable para dicha disposición era el cauce ofrecido por el párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c., puesto que, como tendremos ocasión de ver en seguida, el camino cifrado en el recurso a una mejora tácita en cosa determinada, a favor de doña R. B. M., era legalmente impracticable.

IV

¿MEJORA TÁCITA?

Hemos de plantearnos ahora el problema de si la disposición contenida en las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. implica o no una mejora tácita en cosa determinada a favor de doña R. B. M., conforme a los artículos 828 *in fine* y 829 del Código civil y sentencia del T. S. de 19 de mayo de 1951, a tenor de la cual constituye mejora el legado, a favor de uno de los hijos, de todos los bienes raíces del causante, que por no caber en el tercio libre, tiene que ser imputado, en lo que exceda de este tercio libre, en el de mejora, viniendo a constituir una de las mejoras tácitas que, por excepción, admite el Código civil, según la sentencia del T. S. de 27 de diciembre de 1935.

El principio *utile per inutile non viciatur* permitiría salvar así de la nulidad a las repetidas cláusulas en caso de que se resolviera afirmativamente la cuestión planteada.

Mas no vemos cómo esa disposición a favor de doña R. B. M., contenida en las cláusulas cuarta y quinta del testamento de su padre, pueda constituir una mejora en cosa determinada, no sólo porque en parte algu-

na del testamento se llama a doña R. «hija mejorada», sino además porque no encaja en los artículos 828 y 829 del Código civil, pues ni se trata de manda o legado, sino de *institución hereditaria a título universal*, ni la disposición versa sobre cosa concretada al referirse a *todos los bienes del testador*, sin excepción alguna, si bien bajo la falsa cobertura de afirmar que constituyen una explotación agrícola.

Nótese que nuestro supuesto es radicalmente distinto al contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1951. En el caso entonces debatido, la disposición del testador al amparo del párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. era a *título singular* (legado, conforme a los artículos 660 y 768 C. c.) por referirse tan sólo a sus *bienes raíces*, que constituían una explotación agrícola, según afirmación del mismo testador no contradicha mediante prueba en contrario, existiendo en cláusula aparte una institución de herederos, a partes iguales, de todos los hijos en el remanente de la herencia (incluso las maderas). Por el contrario, en nuestro supuesto la disposición *ex* artículo 1.056 párrafo 2.º, comprende *todos los bienes del testador, sin distinción* (!), que materialmente no constituyen una explotación agrícola, y dicha disposición es *omnicomprensiva, a título universal*, abarcando la totalidad de la herencia *sin que exista remanente alguno*.

El artículo 829 C. c., como excepción singular y predeterminada al principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima (vid. *supra*, I), no admite interpretación extensiva ni analógica. De otra suerte aquel principio sería letra muerta.

V

VALOR DE LA CLÁUSULA PENAL CONTENIDA EN LA QUINTA DEL TESTAMENTO

A nuestro modo de ver, la cláusula penal contenida en la 5.ª del testamento cae también bajo la sanción del artículo 4.º del Código civil.

Terminantemente dispone el párrafo 2.º del artículo 675 C. c. que «el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley».

La cláusula penal en cuestión viola directamente el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima (vid. *supra*, I) al establecer que «si alguno de sus hijos no se conformase con este su testamento e hiciere la más mínima oposición, entonces sólo recibirá, y en metódico, el importe de su legítima corta o estricta, acreciendo el exceso a la hija y heredera R.».

Tal cláusula o condición hay que calificarla como contraria a las leyes (art. 792 C. c.), y ello, porque, si toda condición es, en definitiva, sólo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole carácter, por una doble circunstancia, la de la licitud sustancial del acto u omisión de aquello que en sí consistía, y por la del designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a Derecho, como si la finalidad perseguida es hacer posible lo que la Ley no permite realizar, es evidente que la condición o cláusula que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a Derecho, y por ello, como no puesta ni de posible perjuicio de quienes, al no poder obtener tal declaración de ili-

cidad que dejase sin efecto la disposición sobre bienes que no constituyen una explotación agrícola, sino recurriendo a los Tribunales de justicia, no pueden ser sancionados por utilizar el único medio adecuado para el logro de su justa pretensión (en parecidos términos se expresa la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959, aunque con referencia a un supuesto de hecho distinto.)

VI

LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS CUARTA Y QUINTA DEL TESTAMENTO Y SUS CONSECUENCIAS

Instada y declarada la nulidad de las cláusulas cuarta y quinta del testamento con base en la preterición (art. 814 C. c.) (aunque este fundamento es, según ya se dijo, de dudosa aplicación), en la infracción del párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c. o abuso de la facultad prevista en el mismo, por imperio del artículo 4.º C. c., o en el error del testador (art. 767 C. c.), procede la apertura de la sucesión intestada (arts. 814 y 912, n.º 1.º, *in fine*, C. c.), quedando a salvo las restantes cláusulas del testamento, entre ellas la tercera referente al usufructo vitalicio universal de la viuda. De suerte que serían llamados por la ley como herederos nudopropietarios *ab intestato*, a partes iguales, los siete hijos del causante don E. B. F. (arts. 930 y 932 C. c.).

Respecto del usufructo vitalicio universal de la viuda, contenido en la cláusula tercera del testamento, que permanece en pie, sería de aplicación lo establecido en el número 3.º del artículo 820 C. c., esto es, los herederos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar a la viuda la parte de la herencia (un tercio) de que podía disponer libremente el testador.

Están legitimados para impugnar el testamento por las causas indicadas los que, en virtud de una expectativa sucesoria, resulten favorecidos con la declaración de nulidad, como son los herederos legales o *ab intestato*. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1934 afirma que basta el carácter de presunto heredero *ab intestato* para poder ejercitar la acción de nulidad de testamento. Carácter que cualquiera de los hijos de don E. B. F. ostenta.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1914 manifiesta que no infringe los artículos 978 y ss. de la L. E. C. la resolución judicial que en pleito sobre nulidad de testamento, a instancia del actor, manda en la sentencia abrir el juicio de *ab intestato* y declara herederos a los que entiende deben ser declarados tales. Así, pues, según esta sentencia, es permitido admitir, como el Tribunal Supremo ha hecho ya en varias ocasiones, que el Juzgado primero y después la Audiencia sentenciadora puedan hacer la declaración de herederos *ab intestato* en el mismo juicio declarativo ordinario. También cabe solicitar en éste que se abra el juicio de *ab intestato* para la declaración formal de herederos, en caso de que se estime necesaria por el juzgador, y para la correspondiente adjudicación material —en nuda propiedad y en usufructo— de los bienes hereditarios, en todo caso.

VII

EFICACIA DE LA DONACIÓN CONTENIDA EN LA ESCRITURA DE 5 DE
DICIEMBRE DE 1958

La validez de la donación contenida en la escritura de 5 de diciembre de 1958, por lo que se refiere a bienes propios de don E. B. F. y gananciales, suscita serias dudas.

En primer lugar, el hecho de que se otorgara por don E. B. F. el mismo día y ante el mismo Notario que autorizó el testamento, con un contenido igual y versando sobre idénticos bienes, hace pensar en que tal donación es, en el fondo, una *donatio mortis causa*, ya que cuesta trabajo admitir que se dispusiera *mortis causa* e *inter vivos* al mismo tiempo y con relación a idénticos bienes. Más bien parece que la donación se hizo asimismo por causa de muerte, hecha en el temor o en la inminencia de un peligro de muerte (*propter mortis suspicionem*), en previsión de muerte, es decir en la *aestimatio* de tener que morir, e incluso para que tuviera *pleno* efecto después de la muerte, al reservarse el donante el usufructo vitalicio de los bienes donados.

Admitiendo tal conceptualización *mortis causa* de la donación, sería de aplicar el artículo 620 C. c., a cuyo tenor «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria». Y, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que sea valedera la donación *mortis causa* tiene que revestir cuantos requisitos de forma exigen los testamentos (sentencias de 21 de octubre de 1896, 28 de enero de 1898, 13 de junio de 1900, 3 de enero y 8 de febrero de 1905, 24 de abril de 1909, 10 de junio de 1912, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 23 de marzo de 1948, etc) (en contra, VALLET DE GOYTISOLO, *La donación «mortis causa»* en el Código civil, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. V, pp. 633 y ss., cuya aislada tesis ha sido suficientemente refutada por FUENMAYOR, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1951, pp. 1082 y ss.).

Por ese camino sería posible mantener la nulidad de la escritura de donación, por lo que se refiere a bienes propios de don E. B. F. y gananciales, siempre que resultara clara su calificación *mortis causa*, lo que no es del todo seguro, pues al paso que sentencias del Tribunal Supremo como las de 19 de junio de 1956 y 8 de marzo de 1957 permitirían sostener en nuestro caso dicha calificación, otras sentencias del mismo Tribunal, cuales las de 5 de noviembre de 1956 y 7 de junio de 1960, la rechazarían terminantemente, sobre todo la última citada (vid. también las sentencias del T. S. de 6 de marzo de 1945, 23 de marzo de 1948 y 30 de mayo de 1955).

Pero, aun cuando se estimara que la donación no es *mortis causa*, dicha donación sería igualmente nula por ilicitud de su causa.

Los derechos de los herederos forzosos pueden ser burlados por el testador por distintos procedimientos. El ataque a la intangibilidad cualitativa de la legítima (*supra*, I) por parte del *de cuius* puede revestir la forma de actos *mortis causa* o tener lugar a través de negocios *inter vivos*.

En nuestro caso, la nulidad de la donación —negocio elegido por el

causante para reforzar o asegurar el ataque a la intangibilidad cualitativa de la legítima, inferido en el testamento— puede fundamentarse en la ilicitud de la causa, por tratarse de donación hecha con el fin de perjudicar y defraudar los derechos de los legitimarios.

Apuntamos, pues, la misma orientación que, en tema de legítimas, han seguido decididamente las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1944 y 12 de abril de 1946, entre otras.

En uno de sus considerandos, la citada sentencia de 12 de abril de 1946 dice:

«Que el tema tan discutido de la causa en los negocios jurídicos, a la vez sugestivo e intrincado, fue objeto de examen por esta sala en múltiples sentencias, entre las que cabe citar como más recientes la de 2 de abril de 1941 y la de 12 de abril de 1944, declarando que, aun dadas las dificultades para delimitar el ámbito de la causa del contrato y el móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se confunden y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, apreciada en su conjunto; por lo que, aplicada al caso de autos esa doctrina que, en definitiva, proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, *se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legitimarios de la mujer e hijos del donante la causa que domina y la razón de ser del contrato, y ha de ser calificada de ilícita, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275, en relación con el 636 y con el 806 del Código civil*, ya que contraría la prohibición legal enderezada a velar por la defensa de la legítima, según tiene reiteradamente dicho esta Sala en casos análogos, entre otras sentencias en la de 12 de junio de 1941 y en la de 12 de abril de 1944».

Y en el siguiente considerando añade:

«Que por lo expuesto no es correcto el calificativo de contrato con causa falsa que el Tribunal de instancia ha dado a la donación, ni por esta vía se podría mantener la tesis de que el contrato es meramente anulable cuando la causa, aun siendo verdadera no es lícita, pues la ilicitud vicia sustancialmente el negocio y le vuelve radicalmente nulo, según se desprende de los términos en que están concebidos los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil, siquiera no sean tan expresivos como los del artículo 985 y concordantes del Proyecto del año 1851, que incluye explícitamente la licitud de la causa entre los requisitos esenciales del contrato, dando así mayor luz en materia de nulidad y anulabilidad, aunque en realidad no sea dudoso que los artículos 1.300 y 1.301 del Código vigente excluyen de su ámbito el contrato con causa ilícita, tanto porque la ilicitud

equivale a carencia de causa según el artículo 1.275, como porque para nada se menciona el caso de ilicitud en el cómputo de los cuatro años que dura la acción de anulabilidad».

La donación de que se trata en nuestro supuesto es claramente una donación con causa ilícita, toda vez que su causa no es el mero ánimo de liberalidad del donante (*animus donandi*), sino también su propósito de burlar los derechos legitimarios de los hijos (motivo ilícito determinante), propósito en el que se ha de ver la causa que domina la donación y la razón de ser del contrato (causa ilícita, según el art. 1.275, en relación con el 636 y con el 806 del C. c.).

Salta a la vista que la finalidad de la donación otorgada el mismo día que el testamento es la de respaldar o reforzar a éste. En el número II de la exposición de la escritura de donación se hace referencia al contenido del testamento otorgado poco antes por el donante. Y en la cláusula primera de la misma escritura de donación don E. B. F. y su esposa hacen donación de las fincas descritas en la exposición a su hija doña R. B. M., «con la obligación de cumplir lo dispuesto por ambos en sus respectivos testamentos y que se deja consignado en la exposición de esta escritura».

Estamos ante una donación modal o con causa onerosa (art. 619 *in fine* y 622 C. c.) teñida de una ilicitud manifiesta, pues la obligación o carga impuesta al donatario, que actúa como concausa de la donación, es directamente contraria a la ley, por chocar contra el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima (vid. *supra*, I). Además, viciando o corrompiendo el *animus donandi*, concurre un motivo ilícito, causalizado, impulsivo y determinante, consistente en el propósito de defraudar y perjudicar los derechos de los legitimarios, según hemos razonado ya ampliamente.

Pero aun en el supuesto de que hubiera que considerar a la donación como válida, cosa que no nos parece probable, dicha donación no se reputaría mejora al no haberse declarado por el donante de una manera expresa su voluntad de mejorar (art. 825 C. c.), debiéndose imputar (art. 819 C. c., que regula la imputación *ex se*) en la legítima larga (dos veintinuevas partes de la herencia) de la donataria doña R. B. M. y luego en la porción disponible (un tercio de la herencia), como una donación más. Encuadrada así la liberalidad en la porción forzosa y libre de la herencia, resulta que el causante no respetó las legítimas, pues imputada la liberalidad a la porción libre es evidente que sobrepasa los límites de la misma. Las liberalidades son inoficiosas cuando no caben en la porción libre de que podía disponer el testador (art. 636 C. c.), como ocurre en nuestro caso, debiéndose reducir la donación conforme a los artículos 636, 654-656 y 820 del Código civil.

Por tanto, en el peor de los casos, es decir, reputando como válida la donación, ésta sería reducible por inoficiosidad, quedando subsistente tan sólo en la medida en que no perjudique la legítima larga de los demás hijos no donatarios, herederos nudopropietarios *ab intestato*, dada la nulidad de las cláusulas testamentarias cuarta y quinta. De modo que la donación, en última instancia, sólo sería eficaz en cuanto cupiera en el tercio libre más dos veintinuevas partes de la herencia, sin perjuicio de la obligación de colacionarla según los artículos 1.035 y siguientes del Código civil.

VIII

IUPUGNABILIDAD DE LA VENTA REALIZADA POR DON E. B. F. A SU HIJO
POLÍTICO DON S. S. F.

Entendemos que la venta realizada por don E. B. F. a su yerno, don S. S. F., es impugnabile por simulación.

«La simulación —dice FERRARA (*La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926)—, como divergencia psicológica que es de la intención de los contratantes, se sustrae a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan».

Doctrina que recoge el Tribunal Supremo al referirse a diversas presunciones de simulación de los contratos, entre otras muchas, en las sentencias de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 24 de septiembre de 1934, y que ha sido reiteradamente aplicada por la Audiencia Territorial de La Coruña en sus fallos, tales como los de 14 de octubre de 1946, 12 de diciembre de 1947, 21 de mayo, 5 de abril y 8 de octubre de 1949, 9 de junio y 16 de octubre de 1950, etc.

Según resulta de los antecedentes, en nuestro caso, el ambiente en que nació el contrato y circunstancias que lo acompañan, puesto en conexión con el testamento y la donación, otorgados dos meses antes; las relaciones que median entre las partes, unidas por el vínculo de parentesco (primer grado de afinidad en la línea recta descendiente) y convivientes en la misma casa; la exigüedad del precio (equivalente a la sexta parte del valor real de los bienes que se dicen vendidos); y, en fin, la inexistencia de motivo para la enajenación, son indicios que acreditan suficientemente la simulación habida (cfr. 1.253 C. c.).

Ahora bien, el hecho de que el referido negocio de compraventa sea simulado no quiere decir que lo sea absolutamente, puesto que debajo del mismo puede ocultarse un negocio diferente, como sería la donación (hipótesis de simulación relativa). En efecto, al amparo del artículo 1.276 del Código civil, podría esgrimirse de adverso que si el negocio celebrado no fue compraventa, fue donación.

Pero esa posible alegación no salvaría al negocio de la nulidad, porque el pretendido negocio disimulado de donación sería también nulo por defecto de forma (vid. CASTRO, *La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1953, pp. 1003 y ss. y sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 12 de julio de 1941, 23 de junio de 1953, 7 de octubre de 1958, 15 de enero, 11 de febrero y 19 de octubre de 1959 y 30 de abril de 1960; en contra, la aislada sentencia de 29 de enero de 1945), y por ilicitud de su causa, atendida la finalidad a la que fue destinado: burlar los derechos legítimos de los hijos (vid. a este respecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias de que ya nos hemos hecho eco en el capítulo inmediatamente anterior de este dictamen). Por consiguiente, el negocio de compraventa sería inexistente o radicalmente nulo por simulado, tanto si lo fue absoluta como relativamente, dada la falsedad e ilicitud de su causa y aún por la falta del requisito de forma en la donación de cosas inmuebles.

A pesar de que el causante ideó una serie o cadena de negocios jurídicos (testamento, donación y compraventa) para conseguir su propósito y burlar los derechos de los herederos forzosos, no reparó en su precipitación que tanto el testamento como la donación simultánea y la venta subsiguiente podían ser objeto de impugnación conjunta, y que torpemente concurría con toda claridad a llenar los requisitos que señala la doctrina y reiterada jurisprudencia para los negocios jurídicos ilícitos (*contra legem*) y simulados.

Y, así, porque nos encontramos frente a una serie de figuras jurídicas, ilícitas y simuladas, que conjuntamente concurren a la finalidad de lograr para el patrimonio de doña R. B. M. y don S. S. F. un resultado económico vedado por la ley, nos parece adecuada la vía impugnativa de instar la nulidad no sólo del testamento (cláusulas 4.^a y 5.^a) y de la donación, sino también de la pretendida venta, figuras todas ellas concatenadas entre sí, y ello de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, las normas generales sobre falsedad e ilicitud de la causa (arts. 1.275, 1.276 y 1.300 del C. c.), y el progresivo criterio mostrado por la jurisprudencia en las sentencias más arriba recogidas.

De no ser así, y de admitirse tales o parecidas maniobras ilícitas y simulatorias, siempre sería fácil encontrar un medio para hacer ilusorios en la práctica los derechos de los legitimarios; bastaría con montar un tinglado de negocios simultáneos o sucesivos como el que montó el causante, en confabulación con uno de los hijos y el cónyuge de éste, con lo cual la ley sería defraudada y los restantes hijos se verían burlados en sus legítimos derechos como herederos forzosos.

IX

CARÁCTER DE LAS FINCAS VENDIDAS CON PACTO DE RETRO POR DON E. B. F., EN ESTADO DE SOLTERO, Y DESPUÉS RETRAÍDAS EN ESTADO DE CASADO, Y DE LOS GANADOS QUEDADOS A SU FALLECIMIENTO

Las fincas vendidas con pacto de retro por don E. B. F., en estado de soltero, y después retraídas en estado de casado con doña M. M. C., han de considerarse como bienes propios del marido al ser adquiridas por derecho de retracto convencional perteneciente al mismo (art. 1.396, núm. 3.º, C. c.), debido al juego de la subrogación real, que supone que la situación jurídica que califica o afecta a un bien determinado, pasa a calificar o a afectar en igual sentido al bien que reemplaza o sustituye a aquél: el bien subrogado adquiere la naturaleza jurídica del bien sustituido (cfr. el art. 1.337, núm. 2.º, Código civil, a propósito de la adquisición del carácter dotal por subrogación).

No parece que para que se produzca la subrogación real en caso de ejercicio del derecho de retracto (legal o convencional) perteneciente a uno de los cónyuges con carácter exclusivo (como bien parafernial o como bien propio del marido), sea menester probar la procedencia privativa del dinero empleado en la adquisición (vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, volumen 1.º, 8.ª ed., Madrid, 1960, pág. 270).

Así, pues, cabe afirmar que las fincas vendidas con pacto de retro por don E. B. F., en estado de soltero, y después retraídas en estado de casado con doña M. M. C., son bienes propios del primero por ser adquiridas mediante ejercicio del derecho de retracto convencional perteneciente al mismo.

aunque el dinero empleado en la readquisición no sea privativo del marido, sino ganancial en virtud de la presunción del artículo 1.407 del Código civil. En el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, se traería a colación la cantidad pagada por ésta para rebajarla del capital del marido, como un crédito más de la sociedad de gananciales contra la masa de los bienes propios de aquél (arg. art. 1.419 C. c.) (vid. VALLET DE GOYTISOLO. *Carácter dentro del patrimonio conyugal de la participación de finca adquirida por retracto*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. II, 1949, págs. 1521 y ss., esp. pág. 1526).

Respecto de los ganados quedados al fallecimiento de don E. B. F., entendemos, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.405 del Código civil, que dichos ganados forman parte del capital de la propiedad del marido por ser igual el número de cabezas de ganado que fueron aportadas al matrimonio y el número de las que existían al disolverse la sociedad de gananciales, aunque no pueda acreditarse que con el precio obtenido por la venta de las cabezas originarias se comprasen las que quedaron al fallecimiento de don E. B. F. Sólo serían gananciales las cabezas de ganado que excediesen de las que fueron aportadas al matrimonio. Así, pues, lo decisivo es el número, no la identidad o la subrogación real (*res succedit in locum pretii et pretium succedit in locum rei*), que se presume *iuris et de iure*. Las cabezas excedentes se reputan gananciales por ser consideradas como frutos de las originarias.

X

PROCEDIMIENTO A SEGUIR

La nulidad de las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F., así como de la donación y venta, debe ser instada, en el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda, por doña V., don J., doña A., doña M., doña D., y doña C. B. M., o por cualquiera de ellos, ejerciendo acumuladas las acciones de nulidad de testamento, donación y venta, y de petición de herencia, en beneficio de la comunidad hereditaria formada por el accionante o accionantes, doña M. M. C., como usufructuaria vitalicia universal *ex testamento*, y demás presuntos herederos nudopropietarios *ab intestato* con derecho a la herencia de don E. B. F., contra doña R. B. M. y su esposo don S. S. F., y, para mayor seguridad, también contra doña M. M. C., por su intervención, respecto de los gananciales, en la donación y en la venta. Subsidiariamente, para el caso de que no sea estimada la nulidad de la donación, se ejercitará la acción de reducción de la misma. Y se solicitará en el mismo juicio declarativo ordinario que se abra el juicio de *ab intestato* para la declaración formal de herederos, en caso de que se estime necesario por el juzgador, y para correspondiente adjudicación material —en nuda propiedad y en usufructo— de los bienes hereditarios, en todo caso.

En el supuesto de que prosperase el procedimiento así entablado, aparte de resultar favorecidos más equitativamente sus hijos en la herencia del padre, doña M. M. C. conseguiría prácticamente lo que pretende (poseionarse de todos los bienes quedados al fallecimiento de su esposo, de los que es usufructuaria vitalicia), pudiendo prestar como demandada una valiosa ayuda para el éxito del pleito allanándose a las pretensiones de la parte actora.

Y, en la hipótesis de que fracasara ese pleito, la viuda podría seguir contra doña R. B. M. y su esposo, don S. S. F., el juicio declarativo ordinario que por su cuantía correspondía para obtener como usufructuaria universal y vitalicia la posesión y disfrute de los bienes de la herencia de don E. B. F. También cabe seguir ambos pleitos a la vez sin esperar al resultado del primero. La acción a ejercitar sería la acción real (innominada) propia del derecho de usufructo, que implica el *ius utendi fruendi* y, por tanto, el *ius possidendi*. Hoy no cabe hablar de la *actio confessoria* amplia, según el régimen de las acciones típicas del antiguo Derecho.

Naturalmente, el éxito de la acción a ejercitar por doña M. M. C. dependería de la existencia y realidad de esos «acuerdos y convenio» a que se refiere doña R. B. M. al contestar en el acto de conciliación que le promovió la primera.

Finalmente, no creemos que el procedimiento adecuado a seguir por doña M. M. C. para posesionarse de los bienes quedados al fallecimiento de su esposo y de los que es administradora y usufructuaria vitalicia, sea el juicio de testamentaria, improcedente no habiendo nada que partir caso de ser válido todo el testamento de don E. B. F., sino el juicio declarativo ordinario que por su cuantía correspondía, según dejamos ya dicho, pues sólo en éste cabe pedir y conseguir la plena efectividad del derecho de usufructo universal y vitalicio, con todas sus consecuencias legales, como son la obtención de la posesión inmediata de los bienes de la herencia a título de usufructo y la entrega de todos los frutos percibidos y debidos percibir de los bienes hereditarios. El juicio de testamentaria, en ninguna de sus fases, consiente tales peticiones y pronunciamientos.

CONCLUSIONES

Primera.—Las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. son nulas, con base en la preterición (art. 814 C. c.) (aunque este fundamento es de dudosa aplicación), en la infracción del párrafo 2.º del artículo 1.056 o abuso de la facultad prevista en el mismo al no constituir los bienes del causante una explotación agrícola, por imperio del artículo 4.º del Código civil, o en el error del testador (art. 767 C. c.), procediendo la apertura de la sucesión intestada (arts. 814 y 912, núm. 1.º, *in fine*, C. c.) y quedando a salvo las restantes cláusulas del testamento, entre ellas la tercera referente al usufructo vitalicio universal de la viuda, respecto del cual sería de aplicación lo establecido en el número 3.º del artículo 820 del Código civil.

Como herederos nudopropietarios *ab intestato*, serían llamados por la ley, a partes iguales, los siete hijos de don E. B. F. (arts. 930 y 932 C. c.).

Segunda.—La disposición contenida en las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F. no constituye ni implica una mejora tácita en cosa determinada a favor de doña R. B. M., al no encajar en los artículos 828 *in fine* y 829 del Código civil. Nuestro supuesto es radicalmente distinto al contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1951.

Tercera.—La cláusula penal contenida en la quinta del testamento cae también bajo la sanción del artículo 4.º del Código civil. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley (art. 675, párrafo 2.º, C. c.). La cláusula penal en cuestión viola directamente el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima. Y tal cláusula o condición hay que calificarla como contraria a las leyes (artículo 792 C. c.).

Cuarta.—La validez de la donación contenida en la escritura pública de 5 de diciembre de 1958, por lo que se refiere a bienes propios de don E. B. F. y gananciales, suscita serias dudas por constituir, en el fondo, una *donatio mortis causa* (art. 620 C. c.) (si bien esta calificación no es del todo clara ni segura conforme a cierta jurisprudencia). Pero, aun cuando se estimara que la donación no es *mortis causa*, dicha donación sería igualmente nula por ilicitud de su causa, por tratarse de donación hecha con el fin de perjudicar y defraudar los derechos de los legitimarios o herederos forzosos, según conocida orientación jurisprudencial.

Quinta.—En el peor de los casos, es decir, reputando como válida la referida donación, ésta sería reducible por inoficiosidad (arts. 636, 654-656 y 820 C. c.), quedando subsistente tan sólo en la medida en que no perjudique la legítima larga de los demás hijos no donatarios, herederos nudopropietarios *ab intestato*, dada la nulidad de las cláusulas testamentarias cuarta y quinta. De modo que la donación, en última instancia, sólo sería eficaz en cuanto cupiera en el tercio libre más dos ventinavas partes de la herencia, sin perjuicio de la obligación de colacionarla según los artículos 1.035 y siguientes del Código civil.

Sexta.—Entendemos que la venta realizada por don E. B. F. a su yerno don S. S. F. es impugnabile por simulación, habida cuenta de los vehementes indicios que existen en tal sentido. El negocio de compraventa sería inexistente o radicalmente nulo por simulado, tanto si lo fue absoluta como relativamente, dada la falsedad e ilicitud de su causa y aún por la falta del requisito de forma en la donación de cosas inmuebles.

Séptima.—Nos encontramos frente a una serie de figuras jurídicas ilícitas (*contra legem*) y simuladas, que conjuntamente concurren a la finalidad de lograr para el patrimonio de doña R. B. M. y don S. S. F. un resultado económico vedado por la ley, pareciéndonos, por tanto, adecuada la vía impugnativa de instar la nulidad no sólo del testamento y de la donación, sino también de la pretendida venta, figuras todas ellas concatenadas entre sí, y ello de acuerdo con las anteriores conclusiones, las normas generales sobre falsedad e ilicitud de la causa (arts. 1.275, 1.276 y 1.300 del C. c.) y el progresivo criterio mostrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Octava.—Las fincas vendidas con pacto de retro por don E. B. F., en estado de soltero, y después retraídas en estado de casado con doña M. M. C., han de considerarse como bienes propios del marido al ser adquiridas por derecho de retracto convencional perteneciente al mismo, debido al juego de la subrogación real (art. 1.396, núm. 3.º, C. c.).

Novena.—Respecto de los ganados quedados al fallecimiento de don E. B. F., entendemos, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.405 del Código civil, que dichos ganados forman parte del capital de la propiedad del marido.

Décima.—En cuanto al procedimiento a seguir, aconsejamos que la nulidad de las cláusulas cuarta y quinta del testamento de don E. B. F., así como la de la donación y venta, debe ser instada, en el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda, por los hermanos B. M., o por cualquiera de ellos, ejerciendo acumuladas las acciones de nulidad de testamento, donación y venta, y de petición de herencia, en beneficio de la comunidad hereditaria formada al fallecimiento de don E. B. F., contra doña R. B. M. y su esposo don S. S. F., y, para mayor seguridad, también contra doña M. M. C. Subsidiariamente, para el caso de que no sea estimada la nulidad de la donación, se ejercitará la acción de reducción de la misma. Y se solicitará en el mismo juicio declarativo ordinario que se abra el juicio de *ab intestato* para la declaración formal de herederos, en caso de que se estime necesario por el juzgador, y para la correspondiente adjudicación material —en nuda propiedad y en usufructo— de los bienes hereditarios, en todo caso.

En el supuesto de que prosperase el procedimiento así entablado, aparte de resultar favorecidos más equitativamente sus hijos en la herencia del padre, doña M. M. C. conseguiría prácticamente lo que pretende.

Y, en la hipótesis de que fracasara ese pleito, la viuda podría seguir contra doña R. B. M. y su esposo, don S. S. F., el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda, para obtener como usufructuaria universal y vitalicia la posesión y disfrute de los bienes de la herencia de don E. B. F., ejercitando la acción real propia del derecho de usufructo.

También cabe seguir ambos pleitos a la vez sin esperar al resultado del primero.

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado. Santiago de Compostela, a 25 de octubre de 1960.