



Doctorat en Dret del comerç i de la contractació

Departament de Dret privat

Facultat de Dret

Tesi Doctoral

"EL JUDICI DE PETICIÓ DE LLEGÍTIMA"

Santiago Orriols Garcia

Director:

Manuel Cachón Cadenas

Bellaterra (Barcelona)

Setembre 2015

- El judici de petició de llegítima -

- El judici de petició de llegítima -

"EL JUDICI DE PETICIÓ DE LLEGÍTIMA"

- El judici de petició de llegítima -

INDEX

<i>SIGLES</i>	11
<i>1.- INTRODUCCIÓ</i>	15
<i>2.- EL DRET DE LLEGÍTIMA CATALANA</i>	21
2.1.- Història succincta de la regulació legislativa de la llegítima a Catalunya. .	21
2.2.- Naturalesa actual de la llegítima.	29
2.3.- Regulació en el Llibre Quart, de les successions, del Codi civil de Catalunya.....	29
<i>3.- LA SITUACIÓ DEL DRET PROCESSAL CIVIL CATALÀ</i>	31
3.1.- El dret processal civil.....	31
3.2.- Competències de la Generalitat de Catalunya en matèria processal.....	31
3.3.- Normes de dret processal contingudes en el CCC.....	37
<i>4.- LES PARTS EN EL JUDICI DE PETICIÓ DE LLEGÍTIMA</i>	43
4.1.- Introducció.....	43
4.2.- Legitimació activa i passiva.....	43
4.3.- Lliurament de l'herència per part del que no ha acceptat però en te la possessió.....	47
4.4.- Acceptació expressa i tàcita.....	54
4.4.1.- L'acceptació de l'herència.....	54
4.4.2.- Acceptació parcial, d'una part dels hereus.....	64
4.4.3.- Acceptació a benefici d'inventari.....	65
4.4.4.- Legitimació i concurs de l'herència.....	65

4.4.5.- Supòsits de litisconsorci passiu necessari.....	66
a) Necessitat de demandar a tots els hereus. Obligació mancomunada o solidària.....	66
b) Necessitat de demandar a tots el legitimaris.....	71
c) Necessitat de demandar al Notari autoritzant de l'escriptura.	78
4.4.6.- Intervenció de l'art. 150.2 LEC.....	79
4.4.7.- Preterició errònia i intencional.	80
4.4.8.- Inoficiositat de les donacions, a qui demandar i com demanar-ho.....	89
4.4.9.- Sobre la necessitat d'impugnar els negocis simulats.....	94
5.- LA DEMANDA.....	96
5.1.- Jurisdicció i competència	96
5.2.- Quantia de la demanda. Aspectes generals.	97
5.3.- La fixació de la quantia de la demanda.....	99
5.4.- Fixació de la petició. Art. 219 de la LEC.....	100
5.5.- El suplement de la llegítima.....	106
5.6.- Possibilitat d'ampliació de la demanda.....	110
5.7.- Determinació de la quantia de la llegítima.....	113
5.7.1.- Fixació del <i>quantum</i>	113
5.7.2.- Actes propis del causant.	115
a) Computació de les donacions. El <i>donatum</i>	138
b) Reducció de les donacions per inoficiositat.....	138
c) Necessitat de declarar nul·les les donacions dissimulades per compraventa.	138
d) Computació dels contractes de vitalici	152
e) Sobre la computació de les accions de les societats patrimonials.....	163
f) Computació de l'assegurança de vida i altres productes financers.	163

g) Valoració dels béns expropiats.	164
h) Reducció de llegats inoficiosos.....	170
i) La llegítima i el càlcul de la quarta falcídia.....	170
5.7.3.- La imputació.....	176
5.8.- Acumulació de l'acció de petició de llegítima i nul·litat de testament...	176
6.- LA OPOSICIO A LA DEMANDA.....	180
6.1.- Contestació a la demanda.....	180
6.1.1.- Termini per contestar-la en cas de pluridemandats.	180
a) La situació anterior a la LEC 2000.	181
b) Situació actual amb la LEC 2000.	187
6.1.2.- Simulació de litigar separats.....	196
6.2.- L'aplanament parcial i les costes.	201
6.2.1. Introducció i plantejament	201
6.2.2. L'objecte i la condemna en costes en l'assentiment parcial.....	204
6.2.3. El pronunciament sobre condemna en costes s'ha d'incloure en l'Acte de l'art. 21.2 de la LEC o acumular-lo en la sentència definitiva?	213
6.2.4. No condemna en costes en casos de satisfacció extraprocessal, art. 22 LEC	216
6.3.- L'aplanament parcial i l'execució.....	217
6.4.- Satisfacció o compliment extraprocessal. Compliment judicial.	224
6.5.- No necessitat de manifestar en la demanda la forma de pagament.....	225
7.- RECONVENCIO.....	227
7.1.- Necessitat de reconvenció.....	227
7.2.- Liquidació <i>versus</i> compensació.	230
7.3.- Prescripció de les excepcions. Prescripció de la compensació, legal i judicial.....	234
7.4.- Possibilitat de reconvenció subsidiària.	235

7.5.- Impossibilitat d'aplanament i reconvençió a la vegada.	236
7.6.- Prohibició general de <i>reconventio reconventionis</i>	239
7.7.- L'article 400 de la LEC i la reconvençió.	239
8.- ASPECTES ESPECÍFICS DE LA PROVA EN EL JUDICI SOBRE LLEGÍTIMA	243
8.1.- Inversió general de la càrrega de la prova.....	243
8.2.- Interpretació de l'article 265.3 de la LEC.....	245
8.3.- La prova i les diligències preliminars	252
8.4.- La prova de la valoració dels béns.	256
8.6 Sobre la prova d'informe jurídic, elaborat, per exemple, per professors d'universitat.....	259
8.7.- La prova d'interrogatori de parts.....	260
9.- LA SENTÈNCIA.....	265
9.1.- Interessos.....	265
9.3.- Costes i justícia gratuïta.	270
10.- MESURES CAUTELARS	273
10.1.- Les mesures cautelars.....	273
10.2.- Mesures cautelars previstes i no previstes en el Codi de Successions..	273
10.3.- L' anotació preventiva de llegítima.	274
10.4.- L' anotació preventiva de llegat.	276
10.4.1.- Introducció.....	276
10.4.2.- Panorama de l' anotació preventiva de llegat.	278
10.4.3.- Petició de l' anotació preventiva de llegat davant el Registrador de la propietat.	280
10.4.4.- Procediment judicial per demanar l' anotació preventiva de llegat de la LH i el RH.....	283

10.4.5.- Procediment judicial de la mesura cautelar de l' anotació preventiva de llegat.....	284
a) Legitimació per demanar la mesura cautelar.	284
b) Procediment judicial de l' anotació preventiva de llegat.	290
c) Procediment de la LEC com a procediment rector.	292
d) No necessitat d'acreditar el <i>periculum in mora</i>	293
e) No necessitat de justificar la urgència o necessitat de l' anotació.	294
f) Inaplicació de la preclusió dels 20 dies prevista en l'article 730.2 LEC.	295
g) Sobre l'exigència de caució.....	295
h) La interpretació flexible de l' apartat 730.4 de la LEC.	295
i) Manteniment de la mesura cautelar fins l'execució.	296
j) Manteniment de la mesura cautelar si es desestima la demanda.	300
k) Legitimació per demanar la mesura cautelar si és demandat.....	309
10.5.- <i>Fumus Boni iuris</i>	310
10.6.- El <i>periculum in mora</i>	311
10.7.- La caució.	311
10.8.- Possibilitat d'altres mesures.	313
10.9.- Acció de petició de llegítima com acció subsidiària a una altre de principal.....	315
10.10.- L' anotació preventiva de sentència.	315
11.- EXECUCIÓ DE LA SENTÈNCIA.....	319
11.1.- Execució en general.	319
11.2.- Supòsit específic en que la llegítima s'atribueix per mitjà d'un llegat (article 451-15.3 CCC.	319
11.3.- Estimació parcial de la sentència. Fermesa parcial.	321
11.4.- Alguns problemes en casos d'herència jacent.....	328

11.5.- Pagament de la llegítima	330
a) Plantejament general.....	330
b) Sobre la vinculació en el pagament en béns o diners.	333
c) El sorprenent procediment judicial de pagament en béns d'equitat i de jurisdicció voluntària de l'art. 451-12.1 CCC.	336
d) La no menys sorprenent prova pericial del segon apartat de l'article 451-12 CCC.	337
e) La valoració dels béns als efectes del pagament	338
f) Els requisits del pagament en béns.....	340
g) La transacció després de la sentència.	341
<i>CONCLUSIONS</i>	<i>¡Error! Marcador no definido.</i>
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	358
<i>ANNEXE I.- LLISTAT D'ARTICLES DEL LLIBRE IV DE SUCCESSIONS DEL CCC QUE CONTENEN ASPECTES PROCESSALS</i>	370
<i>ANNEXE II.- ÍNDEX DE JURISPRUDÈNCIA CITADA</i>	381

SIGLES

AP	Audiència Provincial
AT	Audiència Territorial
BGB	Codi civil Alemany
CC	Código civil
CE	Constitució Espanyola
CS	Codi de Successions per causa de mort a Catalunya
CCom	Codi de Comerç
CCC	Codi civil de Catalunya
CGPJ	Consell General del Poder Judicial
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DGRN	Direcció General de Registres i del Notariat
EAC	Estatut d'Autonomia de Catalunya
I	Interlocutòria
LA	Llei d'Arbitratge
LEC	Llei d'Enjudiciament Civil
LECr	Llei d'Enjudiciament Criminal
LH	Llei Hipotecària
RDP	Revista de Dret privat
RGLJ	Revista de
RH	Reglament Hipotecari
RJCat	Revista de Jurídica de Catalunya
S	Sentència
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Suprem
TSJCat	Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala civil i penal)

- El judici de petició de llegítima -

AGRAÏMENTS.

L'any 1999 vaig començar els cursos de doctorat a la Universitat Autònoma de Barcelona. L'activitat professional d'advocat és absorbent i per tant la tesi ha estat un treball interromput, sincopat.

No pretenc amb aquest treball fer el que no soc, és millor parlar del que, en alguna mesura, m'ha aportat l'experimentació de l'ofici que he fet aquests anys com advocat i la sistemàtica que aporta la universitat. Aprofitar la inèrcia de la feina per poder aportar des del cas concret, ja sigui amb pensaments de *lege lata* i propostes de *lege ferenda* en alguns casos.

La inquietud intel·lectual pel dret me la va despertar l'Advocat Manuel Maynés en el despatx de Barcelona del carrer Londres 96, un artesà del dret i un senyor d'aquells que, com deia la meua mare, hauria d'estar protegit per perill d'extinció. En Maynés, doncs, va ser qui em va ensenyar a mi el dret i la vida, si és que són coses diferents. Aprendre d'en Maynés és molt fàcil, però avui no sempre tenim la paciència que requereix aprendre les coses realment importants.

Aquesta inquietud es va afinar al conèixer el professor Manuel Cachón. Quan vam començar els "paseos ordinarios", sempre pensava que aviat hi hauria bufetades per poder passejar amb ell.

També agraeixo a la meua mare la feina feta, és ella qui va decidir i permetre que a partir dels 17 anys estigués amb en Maynés; als companys del despatx, Montse Forcada Navarro, Consuelo Ruiz de la Fuente, Lluís Rodríguez Torres, Ramon Clapés Torrens, Josep Fibla Pascual, també al Xavi Cunill Solà (d. e. p.), als amics, com l'Albert Xiol Ríos que s'han quedat sense tennis; al Francisco Ramos Romeu, al Vicenç Morera Morral i a tota l'àrea de dret processal de la UAB. Especialment al Prof. Manuel Cachón Cadenas.

La Carme és qui finalment m'ha ajudat i animat a acabar la tesi doctoral, qui ha permès que tot el demés ho tingui ben resolt, sense ella no te sentit.

- El judici de petició de llegítima -

1.- INTRODUCCIÓ.

Per explicar la raó de fer un treball que parla de dret processal i dret civil, és a dir, lligar el que els clàssics han distingit com el procés i el dret, cal iniciar aquesta Introducció, dient que el dret, si compartim la concepció processal monista, es vincula al resultat, és a dir, a la decisió, a la resolució judicial. El que és just és la possibilitat de tenir una resolució justa. La teoria concreta de l'acció de Chiovenda com un dret a obtenir una sentència favorable¹. Estudiar el dret al marge del judici, del procés, seria com diagnosticar malalties sense curar. El que compte més és curar el malalt, no el saber quina és la malaltia i perquè apareix. De la mateixa manera, el que és realment important de la raó no és pas el fet de tenir-la, sinó que el realment important per nosaltres és que serveixi d'alguna cosa, tenir la raó sense més no interessa, o si més no, perd interès. La medicina –per sobre de tot- és resoldre el problema, curar.

L'acció judicial és substantiva i processal a la vegada, des del nostre punt de vista no pot existir acció sense procés (sobretot des d'un punt de vista utilitarista, pràctic). La raó és guanyar el plet. El procés és el dret i viceversa. Sense procés no hi ha dret, o no hi ha el tipus de dret que a nosaltres ens interessa. Ens interessa l'acció de les parts (la demanda, la prova, el que dir en conclusions, etc...), i la jurisdicció o enjudiciament del jutge (el judici, la sentència, i com no,

¹ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona 1979, pp. 68 i 162.

l'execució)², i per tant el judici. En el nostre cas el judici de reclamació de la llegítima. La demanda, el seu *petitum* sobretot, s'ha de redactar pensant en l'execució. Interessa el dret-procés, ens interessa el cirurgià i concretament l'operació, i no pas la teoria del diagnòstic. Ens interessa el que és just en el sentit que explica Vallet, és a dir, el que és lògic i jurídic³.

Per tant, aquesta tesi s'ha de mirar des del prisma del judici, per obtenir el resultat del que es demana a la demanda i per concretar i decidir sobre aquest resultat.

² RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, p. 165.

³ VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de derecho civil*, Barcelona, 1973, pp. 86 a 87.
“Queda expresado con lo dicho aquello que sinceramente creemos que constituye la base fundamental de toda interpretación jurídica. En ella ha de jugar el sentido común un lugar preponderante. El sentido común muchas veces es una apreciación sintética, en cánones de justicia natural, de la misma naturaleza de las cosas, de la realidad vital. La interpretación que repugne a ese sentido común ha de ponernos en guardia contra ella. Generalmente será una mala aplicación del derecho, probablemente una aplicación debida a un mérito equivocado. Aconsejamos revisar entonces todos los razonamientos, volverlos a repetir y volver a analizar. El Derecho no puede llevar a un resultado absurdo ni a un resultado injusto ni debemos convencernos de que cuando nos lleva a este resultado es porque hemos seguido un camino equivocado, porque hemos errado en nuestros razonamientos.
Recordemos lo dicho por Biondi. El absurdo jurídico no es el absurdo lógico, es lo injusto. Por lo demás, creo que cuando un absurdo, una injusticia se da, el absurdo jurídico es absurdo lógico también, porque aun cuando sea perfectamente lógico en una lógica puramente formal, ha de ser ilógico para toda lógica humana, para una lógica jurídica. He visto en determinadas materias, raciocinios de jurista que han asombrado y les han parecido absurdos a legos en Derecho, dotados de buen sentido. Muchas veces he cotejado las dos opiniones y he acabado por convencerme generalmente que el lego con sentido común tenía razón y que el jurista se había equivocado. Se había equivocado por haber querido aplicar literalmente un texto normativo que no tenía sentido en aquel caso concreto, o bien porque había querido ver los hechos a través de determinados conceptos que habían deformado su perspectiva de la realidad y ocultado su esencia vital. Esto último ocurre frecuentemente porque en muchas materias en lugar de contemplar la situación real se enfoca el concepto jurídico sin penetrar más allá de la corteza de su fórmula; lo cual nos acostumbra a no ver la realidad más que a través de su prisma que lo desfigura u oculta, de las gafas dogmáticas conceptuales de que nos habla Esser. “Es un derecho real”, “es una persona jurídica”. Se califica; pero no se mira el fondo, ni se capta la esencia de la situación real, ni del problema que se debe resolver. Tenemos necesariamente que penetrar hasta ellos si queremos llegar a soluciones que sean propiamente jurídicas, es decir, justas.”

No volem dir, amb tot això, que la visió d'aquest treball sigui eminentment pràctic. Ben al contrari, el que pretenem és un enfocament eminentment científic i teòric –tant com es pugui-, i també, de vegades, de *lege ferenda*. Però una teoria per obtenir un resultat útil en el procés, i que: 1) parteix dels problemes –teòrics (i també pràctics)- que es presenten en els judicis sobre reclamació de llegítima, i 2) una teoria que té la pretensió de ser enfocada per ser aplicada al procés. Perquè de la mateixa manera que moltes vegades en matèria de successions –i dret civil en general- s'ha perdut de vista el procés efectiu en el sentit que hem explicat abans, també és cert que darrerament es percep i hem detectat una important manca de coneixements de teoria general –pura i clàssica- en l'àmbit de gestió dels processos. Precisament emparats en la pobre frase de “*el que compte és la pràctica*”, molts professionals han trobat un camí fàcil i perillós per l'exercici de la seva professió, oblidant que, precisament, la seva feina es basa en el coneixement teòric i en conseqüència, en l'experiència que ensenya la seva aplicació, però no en la simple pràctica intuïtiva i repetitiva, o d'una argumentació justiciera⁴, que evoca a la poca certitud⁵. I no hem d'oblidar en cap moment, que

⁴ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *Memoria de pleitos*, Navarra, 2005, p. 62. “*Para ganar un asunto, no basta tocar bien en el plano forense la tecla jurídica –una argumentación legal o doctrinal bien construida y especialmente convincente-; hay que tocar además la tecla retórica que mueva el ánimo del juez a considerar que la justicia está de ese lado. Ninguna de las dos basta por sí sola: la argumentación jurídica sin estímulo vital suele dejar a los jueces bastante fríos, pero un discurso justiciero a palo seco se disuelve en vana demagogía*”.

⁵ Un exemple d'aquesta crítica la trobem en el Vot Particular del magistrat Valdivieso Polaino a la interlocutòria de l'AP Barcelona (Secció 16a.) 250/2014 de 7 de novembre de 2014, Id Cendoj 08019370162014200007, relativa a una execució hipotecària. La part final del vot particular, diu:

“*Undécimo: Ya voy a terminar. Antes quiero hacer unas reflexiones adicionales, aprovechando que lo que escribo aquí solo me vincula a mí. Estamos en una época de importantes incertidumbres en materia jurídica. El derecho no es una ciencia exacta, pero su carácter inexacto se está incrementando en estos días de manera considerable. Hoy no sabemos qué intereses de demora pueden pedir quienes prestan su dinero a otros. Pese a ello, cuando se exceden en lo que cada tribunal considera admisible, se imponen sanciones importantes. Pérdida incluso de los intereses remuneratorios según una interpretación de la que también discrepo. No se sabe muy bien qué cláusulas son admisibles y cuales no, ni qué requisitos han de concurrir para exigir el vencimiento anticipado de los contratos a plazo. Se están aplicando sanciones de forma retroactiva.*”

un advocat o un jutge sense una bona base teòrica i després un bon diagnòstic, implica que no hi hagi bon dret ni procés efectiu ni bon resultat, ni per tant bona pràctica professional. Hi ha una màxima d'experiència que he pogut comprovar i que es dona sovint en la pràctica: la qualitat tècnica de la sentència és directament proporcional a la qualitat tècnica de la demanda i de la contestació.

Tampoc podem deixar de tocar de peus a terra, i hem d'evitar el panjurisme⁶, però darrerament penso que en general es percebeix una manca de coneixements teòrics especialment de teoria general, de categories.

Quienes, en una época en que el artículo 83 de la ley de consumidores permitía la moderación de cláusulas abusivas, fijaron intereses de demora que ahora consideramos inadmisibles, se ven sorprendidos por una sanción establecida a posteriori. Los jueces estamos aplicando la prohibición de moderar, que es una sanción, a conductas que se realizaron cuando la sanción no estaba establecida, sino todo lo contrario. Y no se suele pensar, ni siquiera por los abogados de las entidades financieras, en el grado de contrariedad de dicha forma de proceder a normas elementales del quehacer jurídico. Pero puede deducirse de esa realidad un mensaje que no cuesta mucho descifrar: aunque hoy hagamos cosas que no tienen señalada ninguna sanción, no estamos libres de que, mañana, se defina un criterio hoy desconocido, en virtud del cual seamos sancionados por eso que estamos haciendo hoy. Una parte de estas incertidumbres es inevitable y otra, bastante importante, se debe a la defectuosa técnica con la que se elabora una legislación proliferativa y cada vez más inabarcable. Pero los jueces no debemos contribuir a incrementar el fenómeno. Y no quiero ponerme melodramático, pero creo que la decisión de la que estoy discrepando pone un granito de arena al incremento de la incertidumbre. Un granito sólo, que insisto en que no quiero dramatizar. Pero lo pone. No sé si los operadores jurídicos somos conscientes de que ahí fuera la gente pregunta y quiere un grado razonable de certezas. La medida del crédito es la medida de la garantía y de la certeza. Y el crédito tiene bastante importancia en el funcionamiento de la economía, o al menos eso dicen los que saben”.

⁶ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *Memoria de pleitos*, cit., p. 115. “Llámesse panjurista al que contempla la realidad tratando de encarjarla en categorías jurídicas. El panjurista, ha dicho Jean Carbonier, es a su modo un poeta y en las palomas del cielo ve los inmuebles por destinación del padre de familia, pues una fuerza indomitable le impulsa a no olvidar que según el art. 334 CC son bienes inmuebles las palomas de los palomares cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente. A una las palomas, indisolublemente unidas a las ramas de olivo, le pueden suscitar ideas de mansedumbre y anuncios de paz o si se quiere de suaves cadencias eróticas, oh dulce paloma mía!, pero si todo lo que a uno se le ocurre es que las palomas revolotean en el art. 334 CC las cosas no marchan muy bien.”

Aquest enfocament que hem seguit en la confecció de la tesi explica que haguem donat especial importància a la cita i estudi de la jurisprudència específicament referida a aquesta matèria que no es excessivament abundant, sistematitzada en l'Apèndix corresponent.

La tesi té per objecte l'estudi del judici de reclamació de la llegítima i s'estructura en diversos apartats d'ordre processal, i després de algunes consideracions de la llegítima catalana s'analitza breument la situació del que es pot denominar dret processal civil català. La resta de la investigació es dedica a analitzar les qüestions processals que planteja el desenvolupament dels processos de petició de llegítima. A l'anàlisi de les qüestions referides a les parts processals segueix l'estudi de les peculiaritats a la demanda, oposició i contestació i l'eventual reconvenció. La investigació es completa amb algunes particularitats de la prova que afecta a aquests processos i l'examen de l'important tema de l'adopció de mesures cautelars i s'acaba amb l'estudi dels problemes que es plantegen en l'execució.

- El judici de petició de llegítima -

2.- EL DRET DE LLEGÍTIMA CATALANA.

2.1.- Història succinta de la regulació legislativa de la llegítima a Catalunya.

Seguidament exposarem una breu història de la regulació de la llegítima de la darrera època, moderna. I aquest anàlisi no té més pretensions que situar al lector en l'evolució de la regulació legislativa de la llegítima en la nostra època, considerem que aprofundir en aquesta matèria quantitativament o qualitativa ens allunyaria de la línia d'aquest treball a banda que no és l'especialitat de l'autor⁷⁸.

La llegítima, des d'antuvi, es justifica com un dret d'aliments *post mortem* a qui, per la seva condició, se li pot presumir una situació de necessitat econòmica y/o de dret econòmic pel simple fet de la relació familiar consanguínia propera⁹.

⁷ ROCA i TRIAS, "Comentario a los artículos 122 a 146", T. XXVIII, vol. 2, pp. 1 a 275 en *Comentarios al código civil y Compilaciones forales*, dirigits per ALBALADEJO GARCÍA, Madrid 1984. Conté una extensa cita de la majoria de la bibliografia sobre la llegítima catalana i també un bon resum sobre la seva història i comentari a la CDCC de 1960.

⁸ PUIG FERRIOL i ROCA i TRIAS, *Fundamentos de derecho civil de Catalunya*, Tom III, Vol. 2.º, pp. 277 i ss.

⁹ VAQUER ALOY, "Reflexions sobre una eventual reforma de la llegítima", *InDret*, 3/2007, p. 15, nota 31, citant el llibre de ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis*

Maynz, citant a Gayo i Ulpià, explica que: “*el padre de familia había tenido en todo tiempo la facultad de disponer de sus bienes como bien le pareciese y sin tener en cuenta los miembros de su familia. Esta libertad ilimitada, consagrada por la Ley de las Doce Tablas, subsistió en toda su extensión durante siete siglos: solamente en los últimos tiempos de la república se introdujo una ligera restricción por la institución de la querela inofficiosi testamenti... Equivocadamente se presenta de ordinario como un atentado a esta libertad, la sucesión contra el testamento de que debemos tratar aquí. Un examen un poco atento de la institución demuestra con toda evidencia que esta sucesión, lejos de tener por objeto contrariar la libre voluntad del padre de familia, debe su origen exclusivamente al deseo de conformarse á la voluntad presunta del testador*”.

L'exemple al que es refereix, i al que dedica un extens estudi, és el de preterició errònia, en el que el pare ignorava al morir que la seva muller estava embarassada¹⁰.

De Pella i Forgas cal destacar la referència que fa al problema de les antigues discussions de si la llegítima es part dels béns o de l'herència¹¹; cosa resolta a Catalunya per la Constitució Segona del títol de les llegítimes, que precisa que la quarta ho és dels béns. Però sobretot, és destacable l'anàlisi que fa del llibre 6, títol 5 de la Constitució, el qual l'autor qualifica de molt important¹².

causa, Sevilla, 1951. “[c]abe ver en la legítima la imposición legal de una simple asistencia a los más próximos parientes. Las legítimas se fundan en el officium pietatis o deber de amor entre los más próximos consaguíneos, deber que se manifiesta, en vida, a través de la institución de los alimentos y post mortem en las legítimas”.

¹⁰ MAYNZ, *Curso de Derecho romano*, traduït per Antonio José Pou i Ordinas, València, 1892, Tom III, pp. 267 i ss., i també pp. 403 i ss.

¹¹ PELLA i FORGAS, *Código civil de Catalunya*, Barcelona, 1918, pp. 253 i ss. Citant (Nota (I) p. 254) la obra de CARVALHO, *Tractatus de una et altera quarta, deducenda vel non, legitima, falcidia et trebellianica*, Amberes, 1731.

¹² Val la pena reproduir, ni que sigui per nota al peu, la part de l'anàlisi del llibre 6 títol 5 de la Constitució.

“Bastaría un análisis detenido de la Constitución que dictaron las Cortes catalanas en 1585 sobre legítima y su división, para hacerse cargo de todo el sistema legitimario catalán; mas solo podré decir lo más principal que en ella resalta... He aquí el texto catalán de esta ley famosa:

Zelant la conservació de las Casas principals, statuim, y ordenam ab consentiment de la present Cort, que la Legítima per tots los Fills, y Fillas, encara que sien major numero de quatre, no sie sino la quarta part dels bens del Defunct, de la sucesió del qual se tractará en respecte de las Legítimas, y que aço sie servat en tot lo Principat de Catalunya, y Comtats de Roselló, y Cerdanya, encara que fins açi sols per Privilegi, ó Ley local servás en Barcelona solament, y que aço haja loch tant en la Legítima dels descendents, com dels ascendents; revocant qualsevol Ley, o consuetut, y observança que en contrari fins açi en qualsevol part de dits Principat, y Comtats hi haja haguda, y observada: declarant que aquesta disposició fora Barcelona sols comprega los casos esdevenidors, y que estiga en opció del hereu, pagarla ab diners, estimada la valor del bens del defunct, o ab propietat inmoible, y quant sobre la Propietat ques consignara hi hagués discordia, sie a arbitre del jutge. (Const. de cat. Lib. 6, tít. 5 de legítima y divisió de aquella, Const. 2.).

No me cansaré de encarecer la importancia de este famoso texto legal. Cada frase es motivo de considreaciones y estudio.

Zelant la conservació de las Casas principals, celando por la conservación de las casas principales (I). debe recordarse, para explicar esta causa de la ley, como estaban desasosegadas las cosas públicas y privadas en Cataluña cuando se reunieron, bajo la presidencia de Felipe II, las Cortes en monzón y emprendieron la obra de reorganizar el país, con que fueron Cortes verdaderamente reformadas. Con la Sentencia arbitral de Guadalupe dictada por Fernando el Católico, que acabó las sublevaciones de los siervos feudales llamados pagesos de remensa, las casas principales de Cataluña sufrieron una verdadera desamortización de sus patrimonios, porque pasaron muchos de estos a manos de la clase social de los pagesos, mediante ciertas prestaciones, cada día menos efectivas. A esto se unía el verse la nobleza catalana excluída de las empresas militares de España y de las expediciones a América, origen de ruina y malestar, la cual infeccionada además con las guerras religiosas del sur de Francia, fomentaba un bandolarismo luterano que tenía por opositor otra fracción eminentemente católica, la de los pagesos, sostenida por el clero rural y principalmente por los monasterios de benedictinos de Ripoll, San Pedro de roda, bañolas y otros. Bien clara y elegantemente algunos años más tarde escribió de esto un noble catalán en esta forma: Nace también este daño de otra causa, no menos manifiesta, y es que los pocos oficios tiene Su Magestad para dar a caballeros de capa y espada en Cataluña, y por repartirlos de su real casa castellanos, esperan poco los de este Principado en el alcanzar merced, y así son desconfiados de ella, cada cual echa su cuenta de que ha de acabar su vida en la vereda donde su patrimonio tiene; y como la mayor felicidad que en ella puede alcanzar sea ser respetado, toma por medio para serlo el tener amigos que en la ocasión con sus personas le ayuden; y para esto toman sus amistades con el villanaje que en caseríos vive, por la facilidad con que se aplican a cualquier malhecho, lo cual admiten ellos de buena gana por tener alguna persona de calidad que les apadrine en sus trabajos de cárcel u otros sucesos; como también para que con su sombra se puedan hacer temer y

facilitar sus venganzas (GILABERT, Discursos sobre la calidad del Principado de Cataluña. Lérida 1616, dis. I.º, fol. II.)

Las facciones tenían en continua guerra civil el norte y centro de Cataluña, mas los virreyes no hallaban otro medio sino asolar castillos y antiguas casas señoriales a pretexto de ser refugio de tales facciones. Para estas crueldades desenterraron el antiguo proceso de Paz y tregua del derecho catalán primitivo, y en esto acababa el virrey marqués de Tarifa de distinguirse de una manera horrible (Explicado esto extensamente en nuestra obra con don José Coroleu, Los Fueros de Cataluña. Descripción comentada de la Constitución histórica del Principado. Barcelona, 1878, págs.. 143 y siguientes.). En fin, las Cortes clamaron contra tales iniquidades, dictaron numerosas leyes sobre bandolerismo; suprimieron la antigua legítima reduciéndola a mucho menor cantidad, para que quedase más beneficiada la casa representada por el heredero, y que a éste le fuese dable pagar legítimas en bienes raíces o en metálico a su gusto; que no pudiese hacerse ejecución en los bienes de los padres por legítima de los hijos, etc., con otras leyes en las cuales bien se advierte el estado social que obligaba a dictarlas.

Que la Legítima per tots los Fills, y Fillas, encara que sien major numero de quatre, no sie sino la quarta part dels bens del Defunct... es decir, que la legítima para todos los hijos e hijas, aunque sean en mayor número de cuatro, no sea sino la cuarta parte de los bienes del difunto... Al reducir la legítima a la cuarta parte, cualquiera que fuese el número de hijos, se sustituyó el sistema de legítimas de Justiniano (Novela 18 y la Ley de las Cortes de Montblanch de 1333), así como la costumbre antigua que empezaba con estas palabras: Es costumbre en Cataluña, según ley romana, que si son cuatro hijos o tres..., etc. Estas leyes pasaron al volumen tercero de las Constituciones superfluas.

Y que aço sie servat en tot lo Principat de Catalunya, y Comtats de Roselló, y Cerdanya, encara que fins açi sols per Privilegi, ó Ley local servás en Barcelona. Era el proceso que solía seguir la legislación... irradiaba de Barcelona, foco de todas las reformas y novedades, y así el privilegio o ley local que se observase en Barcelona se extendió a todo el Principado y condados de Rosellón y Cerdaña: éstos corresponden a los territorios catalanes que por la paz de los Pirineos se anexionó Francia.

Y que aço haja loch tant en la Legítima dels descendents, com dels ascendents. Fueron equiparadas en su cuantía dichas legítimas de ascendientes y descendientes.

Y que estiga en opció del hereu, pagarla ab diners, estimada la valor del bens del defunct, o ab propietat inmoible, y quant sobre la Propietat ques consignara hi hagués discordia, sie a arbitre del jutge. Tiénese esta facultad, de pagar el herederolas legítimas en dinero o en fincas, por uno de los mayores beneficios de esta Constitución y de gran influencia en la economía de las familias. El heredero, aunque el legitimario posee la cuarta parte en cada una de las cosas de la herencia siendo una verdadera comunidad o quota bonorum y de aquí la facultad de éste de promover testamentaria, podrá entregar una finca determinada; de aquí las palabras de la Constitución: o ab propietat inmoible; no la peor, sino a arbitrio de buen varón, una finca mediana, y si sobre esto hubiere discordia, quedará a los tribunales resolverla...”

Borrell i Soler es remet a Maynz¹³.

Kipp¹⁴ afirma que: *“En la concepción dominante hasta ahora, se distingue entre derecho de sucesión forzosa formal y material. Se entiende por derecho de sucesión forzosa formal, el derecho de ser mencionado en el testamento; u por derecho de sucesión forzosa material, el derecho a la designación positiva, o sea, el derecho de legítima.*

El antiguo Derecho romano de preterición era derecho formal de sucesión forzosa; en el derecho civil antiguo, los sui podían exigir: o bien ser nombrados herederos en el testamento del padre de familia, o bien ser desheredados.

Tampoco el Derecho pretorio se apartó del sistema del derecho formal de sucesión forzosa; sólo trató de mejorarlo, en especial, en el sentido de que no solamente los sui; sino también los hijos emancipados adquirirían el derecho a ser instituidos herederos o a ser desheredados.

El derecho de legítima sólo lo creó el Tribunal centunviral; los ascendientes y descendientes pueden reclamar que se les deje, por cualquier camino, una cuarta parte de la porción hereditaria intestada, siempre que por su culpa no provoquen su exclusión de la misma. El mismo derecho se concedió a los hermanos, aunque sólo en el caso de que fueran parientes por línea paterna con el causante y de que hubiera sido preferida a ellos una persona torpe. Si el legitimario había sido preterido, podía provocar la destrucción del testamento, por medio de la querela inofficiosi testamenti, en la medida necesaria para que quedara libre su plena porción hereditaria intestada. Justiniano elevó la legítima a un tercio de esta porción, y en caso de que la misma fuera inferior a una cuarta parte de la herencia, a una mitad. Cuando la querela inofficiosi está justificada, se extiende, según se ha hecho notar, a más allá de la legítima, y proporciona al titular toda la porción hereditaria intestada. Por ello, Justiniano trató de limitar el ámbito de la querela: cuando al heredero forzoso se le ha dejado la legítima, pero sólo bajo

¹³ BORRELL i SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona, 1923, Volum V, p. 396.

¹⁴ KIPP, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V- 2º, *Derecho de sucesiones*, Barcelona 1951, p. 279 i ss.

condición o a término, o gravada con modos o legados, queda tachada la limitación o el gravamen. Si se ha dejado más de la legítima, sólo se tiene por no puesto el gravamen que afecta estrictamente a ésta. Si se ha dejado la legítima a su titular en forma de una porción patrimonial que el causante consideró injustificadamente que era suya, cuando aquel titular se ve privado de ella sólo puede reclamar resarcimiento, pero no ejercitar la querela. Si le ha dejado algo aunque demasiado poco, sólo puede exigir un suplemento (la llamada actio ad supplendam legitimam).

Finalmente Justiniano, por medio de la Novela 115, hizo una nueva ordenación del derecho de sucesión forzosa de los ascendientes y descendientes. Ahora tienen no solamente pretensión sobre la legítima, sino también a la institución como herederos (también llamado nuevo derecho formal de sucesión forzosa), o sea, debe serles atribuída una parte, por lo menos, de la legítima por vía de institución de heredero; el resto puede dejárseles por otros medios, en especial por medio de legados. Sólo está permitida la exclusión de la institución de heredero y de la legítima por razones enumeradas legalmente. La exclusión injustificada de la institución de heredero tiene una consecuencia que la ley no expresó claramente y sobre la cual siempre se ha discutido. Probablemente se trataría de una querela inofficiosi, modificada: las instituciones de heredero del testamento quedan invalidadas, y el excluido injustificadamente obtiene la herencia ab intestato; pero el resto del contenido del testamento queda subsistente, mientras que en el derecho anterior el ejercicio de la querela inofficiosi también hacía desaparecer los legados. Si el titular ha sido verdaderamente instituido heredero, pero no se le ha cubierto totalmente la legítima, únicamente dispone de la actio ad supplendam legitimam. El derecho de sucesión forzosa de los hermanos no quedó modificado por la Novela. Era controvertido cómo se comportaba ésta con el antiguo derecho de preterición. Según la opinión exacta, lo había superado y eliminado.

En definitiva, com explica Roca i Trias¹⁵ i abans Pella i Forgas¹⁶, l'esmentada Constitució (tít. 5) va unificar el territori estenent a tot Catalunya la normativa de

¹⁵ ROCA TRIAS, "De la llegítima a la llegítima. De la part hereditatis a la pars valoris", RJCcat 2010-4, pp. 197 i ss.

Barcelona, i va tenir dos objectius, unificar la quantia i limitar-la a la quarta part i permetre el pagament en béns o diners, a elecció de l'hereu.

En l'època moderna, seguint a Roca i Trias, neix a partir de la Compilació de Dret civil de Catalunya de 1960, articles 122 i ss, que defineix la llegítima catalana i la consagra com a *pars valoris bonorum* i no com a *pars bonorum*, és a dir, com un dret de crèdit, un valor econòmic, que dimana de l'herència, però no és un dret a part de l'herència, sinó un dret de crèdit cap a ella. El legitimari no és un hereu forçós. I encara que en aquesta fase de regulació es configurés com a dret real, no permetia l'exercici de l'acció de divisió de l'herència, només a reclamar el dret de crèdit amb l'anotació al registre de la propietat. És un dret real de realització de valor, que es mantindrà amb la reforma post constitucional del 1984.

La reforma de la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya fa extensiva la llegítima a tots els fills (matrimonials, no matrimonials i adoptats). I la redueix a una única quarta, d'on tots els legitimaris detrauen la seva quota. Ja que la CDCC de 1960 permetia diferents legitimaris, distingint fills legítims, ascendents, fills adoptius i fills naturals, i per tant legítimes independents que podien convertir la llegítima total en tres quartes parts del valor net de l'herència. Estableix el termini de prescripció en 15 anys.

Y a partir del 1990 la llegítima perd el seu caràcter real i es configura com un dret personal, mantenint la característica de *pars valoris bonorum*. Es permet disposar que el testador prohibeixi la meritació d'interessos i es redueix els legitimaris ascendents només als pares i no als avis. Fins i tot traient el segon apartat de l'article 126 CDCC de 1984 ("*En defecte de pares, són legitimaris els ascendents només si els han donat continuadament el tracte familiar de descendents.*"), quina supressió considero un error, provocat potser per un excés de zel del legislador en l'afebliment de la llegítima, sobretot amb l'actual consideració del concepte de família. Certament la redacció d'aquest segon apartat de l'article 126 no era

¹⁶ I també VIVES i CEBRIÀ, *Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña. Constitucions de Cataluña*, Barcelona, 1833, Tom Segon, p. 533.

tècnicament la més idònia, però la regulació de la seva idea s'hauria d'haver mantingut, fins i tot actualment. La Llei de 8/1990 estableix el termini de prescripció en 15 anys.

Com ressalta Roca i Trias, el Codi de successions de 1990 regula més específicament les categories de llegítima i el seu suplement. Penso però que actualment el concepte de suplement de llegítima és molt confús, en tot cas és una confusió que porta problemes a la pràctica, perquè no es defineixen bé les diferents categories, la llegítima, el que falta per completar la llegítima i el suplement. En aquest sentit, fem una proposta de *lege ferenda* per redefinir el concepte i una de *lege lata* per superar els problemes pràctics.

Finalment, el Codi civil de Catalunya manté la naturalesa de la llegítima, però restringeix més la seva possible aplicació en varis aspectes i de forma puntual. Redueix la prescripció a 10 anys, i a més a més amb l'especial característica que resta suspesa la prescripció per reclamar la llegítima contra l'hereu progenitor del legitimari.

Les donacions computables als efectes de calcular la llegítima només podran ser les realitzades els darrers 10 anys de la vida del causant excepte si són imputables a la llegítima del donatari.

Com s'ha posat de relleu, la llegítima està en crisi, ja fa dècades que ha iniciat un procés d'afebliment, i que al ser un dret de crèdit, com tota afectació a la llibertat de testar s'ha d'interpretar restrictivament, com ja ha recollit la jurisprudència com a criteri d'interpretació¹⁷.

Certament, des del punt de vista sociològic, la llegítima ha perdut gran part del sentit original. Les famílies no es configuren ni tampoc evolucionen igual que abans, i la llegítima, en condicions normals, atesa l'actual esperança de vida de 90 anys, es reclama quasi sempre després dels 60 anys¹⁸, quan l'economia de la generació està ja encarrilada i la funció d'aliments *post mortem* ja no te cap sentit.

¹⁷ SAP Barcelona, Secció 16a. de 14 de Setembre de 2004, Id Cendoj: 08019370162004100470

¹⁸ Ben ilustratiu és que una majoria de legitimaris están jubilats.

Ni tampoc té sentit la conservació de la unitat del patrimoni (*zelant la conservació de las casas principals*) avui pràcticament inexistents en termes relatius, i en tot cas en mans de l'eventual societat familiar patrimonial.

Amb l'aparició de les famílies reconstituïdes¹⁹ ha aparegut una nova funcionalitat de la llegítima, la protecció dels fills del primer o anteriors matrimonis, front als hereus del segon matrimoni, sobretot si és el pare qui s'aparella per segona vegada amb una muller que no ha tingut fills abans.

2.2.- Naturalesa actual de la llegítima.

La llegítima, doncs, ja no és un simple mecanisme de protecció de la família²⁰. La configuració de la llegítima en l'actual Codi és *pars valoris*, és a dir, un dret de crèdit, de configuració legal, front a l'hereu. I el *quantum* del crèdit és la quarta part del valor patrimonial del cabal relicte net en el moment de la delació²¹.

Com veurem més endavant, la tendència dels tribunals respecte del dret de llegítima és més aviat restrictiva, i això no defineix la naturalesa però sí la seva configuració, i sobretot el seu *quantum* final.

2.3.- Regulació en el Llibre Quart, de les successions, del Codi civil de Catalunya.

La regulació de la llegítima la trobem en la sèrie d'articles 451. Ordenat en sis Seccions; 1) *Disposicions generals*, 2) *Legítimaris i la determinació de la llegítima*, 3) *L'atribució, la imputació, la percepció i el pagament de la llegítima*,

¹⁹ Amb la modernitat i l'actual elevada esperança de vida, tot fa pensar que tenir una única parella per tot la vida serà, si més no, poc freqüent. Més aviat és probable que al llarg de la vida es tinguin diverses parelles i fills de diverses relacions, i els fills de les primeres relacions quedin desatesos pel que fa a la voluntat testamentària del progenitor.

²⁰ PUIG FERRIOL, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Volum III, València, 2009, p. 538, citant a JOU MIRABENT.

²¹ Per un bon resum de tota l'evolució de les teories sobre la naturalesa de la llegítima ROCA DE LAQUE, "Configuración jurídica de la legítima en el derecho catalán". *Revista Cátedra Durán i Bas*, Universitat de Barcelona. Gener-Març, Barcelona, 1971.

4) *La preterició i el desheretament*, 5) *La inoficiositat* i, 6) *L'extinció de la llegítima*.

Però com hem dit, l'estructura de l'exposició l'enfocarem des del punt de vista del procés, de les particularitats i aspectes propis del judici de reclamació de la llegítima.

3.- LA SITUACIÓ DEL DRET PROCESSAL CIVIL CATALÀ.

3.1.- El dret processal civil.

Com sabem, el legislador català no pot tenir un dret processal propi²², excepte el previst excepcionalment en l'article 149.1.6 de la CE, és a dir, les qüestions puntuals d'especialitats processals derivades necessàriament del dret substantiu, que és dir ben poc.

3.2.- Competències de la Generalitat de Catalunya en matèria processal.

La problemàtica de la constitucionalitat en relació a l'article 149.1.6^a de la Constitució Espanyola, l'exercici de les accions que d'ell se'n deriven sí que es veuran afectades indirectament, ja des d'un inici –amb la competència territorial– per l'existència de competència del Parlament de Catalunya en la matèria. Per això és convenient tenir una visió panoràmica de la situació en que ens trobem.

²² NIEVA FENOLL, “La recuperació del dret procesal català”, *Revista Catalana de Dret Privat* [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], Vol. 4, 2004, pp. 193-229.

Com sabem, l'article 149.1.6^a de la Constitució espanyola delimita la competència de les Comunitats Autònomes per legislar en matèria processal,²³ i aquest article ha estat interpretat, sempre de forma restrictiva, pel Tribunal Constitucional en diverses ocasions.²⁴ El darrer comentari del que tenim coneixement sobre la

²³ L'article 149.1 de la CE diu: *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 6^a...; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.”*

²⁴ Entre d'altres, per citar una de les últimes, la STC (Ple) de 27 abril 2006 (RTC 2006/135) de la que va ser ponent Manuel Aragón Reyes i de la que van fer vot particular Vicente Conde Martín de Hijas, al que es van adherir els magistrats Javier Delgado Barrio, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez i Ramón Rodríguez Arribas, respecte de l'article 149.1.6^a estableix que: *“e) En cuanto a los restantes títulos de competencia estatal, antes indicados, y comenzando por el de legislación procesal (art. 149.1.6^ª CE), baste recordar la síntesis de la consolidada doctrina que este Tribunal ha establecido al respecto y que se contiene en la STC 47/2004, de 25 de marzo (RTC 2004, 47). En dicha resolución pusimos de relieve la concurrencia de las siguientes pautas: «en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982, 71), F. 20; 83/1986, de 26 de junio (RTC 1986, 83), F. 2; 173/1998, de 23 de julio (RTC 1998, 173), F. 16 c)]; en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6^ª CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6^ª CE, sino que, como indica la expresión "necesarias especialidades" del citado precepto constitucional, tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre [RTC 1982, 71], F. 20; 83/1986, de 26 de junio [RTC 1986, 83], F. 2; 121/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992, 121]; F. 4; 127/1999, de 1 de julio [RTC 1999, 127], F. 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo*

qüestió de la competència legislativa en matèria processal de les Comunitats Autònomes és de Cachón Cadenas.²⁵ En resum, aquest autor sosté que la fórmula de l'article 149.1.6^a. és molt imprecisa i vaga, i que probablement va ser intencionadament buscada i que el TC ha contribuït en la imprecisió. És contundent la crítica de l'article i també del Tribunal que l'interpreta: “*La indeterminación en que incurre en esta materia el art. 149.1.6^a de la Constitución ha propiciado interpretaciones del Tribunal Constitucional que resultan tan o más imprecisas que el propio precepto constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha aludido a las especialidades procesales que “inevitablemente se deduzcan” del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (SSTC 83/1986 y 121/1992, entre otras), o a las especialidades procesales que tengan una “conexión directa” con las particularidades del derecho sustantivo autonómico (SSTC 127/1999 y 47/2004, entre otras). Se trata de interpretaciones*

que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de julio, F. 5)» (F. 4).

La recapitulación de estas consideraciones resulta ahora pertinente toda vez que la representación del Parlamento de Cataluña discute el carácter procesal de algunos de los preceptos legales impugnados y su consiguiente encuadramiento en el título competencial del art. 149.1.6^{aa} CE. Por el contrario, no es preciso recordar el alcance de las competencias estatales sobre legislación civil (art. 149.1.8^a CE) y para el establecimiento del procedimiento administrativo común (art. 149.1.1⁸ CE), igualmente invocadas por el Abogado del Estado en el escrito rector de este proceso constitucional puesto que las representaciones del Parlamento y de la Generalidad de Cataluña no discuten el contenido de dichas competencias estatales, sino que sostienen que ninguno de los preceptos de la Ley 7/1997 puede encuadrarse bajo los referidos títulos.”

Hem de convenir però, que les Sentències del Tribunal Consitutcional d'aquesta darrera època tenen *potestas* però no *auctoritas*. I com veurem no solament estan impregnades de criteris ideològics, (polítics, més que jurídics), sino que també estan mancades de bon criteri jurídic com veurem *ut infra*. Això, vol dir que, si venen temps millors, aquests criteris que fins ara ha establert el Tribunal Constitucional poden variar en un altre sentit, sense massa esforç dogmàtic ni masses entrabancs. He pogut veure fins hi tot, en determinada ocasió, com algun advocat, al citar *in voce* jurisprudència del Tribunal Constitucional en l'acte de judici, recalcava i feia notar que era d'una anterior època, millor sens dubte.

²⁵ CACHON CADENAS, “La competencia autonómica en materia procesal”, en *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Coordinat per APARICIO PÉREZ i BARCELÓ i SERRAMALERA, Barcelona, 2010, pp. 51-61.

en que lo único que queda claro es la orientación restrictiva que las anima. Todo lo demás es nebuloso.”

L'origen de la vaguetat, es troba en dos expressions que conté l'article:²⁶ “*se deriven*”²⁷ y “*necesarias especialidades*”²⁸, ja que ni una norma pot derivar d'una altra. I si el que es vol dir es que s'ha d'interpretar en sentit ampli, que “hi tingui relació”, per exemple, aleshores aquesta pot ser de moltes maneres. I de “*necesarias especialidades*” es pot dir el mateix, què vol dir necessàries?

²⁶ També destaca respecte d'aquest article la seva gran ambigüetat, NIEVA FENOLL, “La recuperació del dret procesal català”, cit., pp. 197-198.

²⁷ CACHON CADENAS, “La competencia autonómica en materia procesal”, cit., “*En realidad, ninguna norma legal (ni sustantiva ni procesal) origina o produce, por sí sola, otra normal legal, por lo que, en sentido estricto, no hay normas legales (ni sustantivas ni procesales) que deriven de otras normas legales. Entre el derecho sustantivo y el derecho procesal de un mismo sistema u ordenamiento jurídico puede haber relaciones de muchas clases: (complementariedad, conexión, referencia, etc.), pero, en sentido riguroso, no cabe aquella relación de derivación.*

Por ello, la expresión utilizada por la norma constitucional (“se deriven”) debe ser interpretada en sentido amplio, porque, de lo contrario, ese precepto quedaría vacío de contenido. Desde este punto de vista, lo que, a mi juicio, viene a exigir la locución mencionada, como requisito específico para que la Comunidad Autónoma pueda legislar en materia procesal, es que las normas legales autonómicas de carácter procesal sean dictadas tomando expresamente en consideración el derecho sustantivo propio de la Comunidad Autónoma. No importa, a estos efectos, que se trate del derecho sustantivo en su conjunto, o de un sector o parte de ese derecho sustantivo, o incluso de algunas normas sustantivas determinadas.”

“En mi opinión, la exigencia específica que viene a establecer la expresión “se deriven”, utilizada por el art. 149.1.6ª de la Constitución, para que las Comunidades Autónomas puedan legislar en materia procesal, radica en lo que he intentado decir: que, al dictar las normas procesales de que se trate al amparo de ese precepto constitucional, el legislador autonómico lo haga tomando en consideración el derecho sustantivo propio de la Comunidad Autónoma que esté vigente al tiempo de promulgarse aquellas normas procesales. Lo que, lógicamente, lleva consigo la posibilidad de que, al producirse modificaciones en ese derecho sustantivo, el legislador autonómico pueda, a su vez, ratificar o modificar las normas procesales que hubiera dictado anteriormente.”

²⁸ Diu l'autor citat que: “*En cuanto a la exigencia de que se trate de especialidades “necesarias”, para que la Comunidad Autónoma pueda legislar en materia procesal, salta a la vista que en la formulación constitucional faltan algunos elementos esenciales, sin los cuales la expresión constitucional no tiene un significado completo.”*

L'article acaba amb una crítica a la jurisprudència del TC, no solament per l'excés de cel en limitar la competència, sinó també per la manca de qualitat tècnica de les sentències que sobre aquesta matèria s'han dictat i que per tant, no poden ser un bon referent jurisprudencial.²⁹

²⁹ En aquest sentit, diu: "8. Uno de los argumentos de los que viene haciendo uso con más profusión el Tribunal Constitucional, para asignar un carácter absolutamente marginal o residual a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia procesal, se basa en afirmar que "la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales" (así, entre otras, las SSTC 47/2004 y 135/2006). Se trata de una tesis que suscita muchas dudas.

Pero la cuestión que pretendo poner de relieve es que el Tribunal Constitucional se ha extralimitado al aplicar esa doctrina establecida por el propio Tribunal. En efecto, el Tribunal Constitucional se ha apoyado en la premisa mencionada, no sólo a efectos de excluir la competencia de las Comunidades Autónomas para dictar normas legales que establezcan "instrumentos jurisdiccionales" específicos, sino también para negar competencia a las Comunidades Autónomas en cuanto a la regulación de materias que no son, propia y estrictamente, procesales, y de otras que, siendo de carácter procesal, pueden ser reguladas sin que ello implique la creación de "instrumentos jurisdiccionales" especiales. Pongo algunos ejemplos:

a) El Tribunal Constitucional ha excluido la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer normas legales de legitimación (entre otras, las SSTC 83/1986 y 135/2006). Ahora bien, es sabido que, en relación con el tema concerniente a la naturaleza jurídica de la legitimación, hay discrepancias doctrinales y jurisprudenciales. El criterio predominante en la doctrina y la jurisprudencia es que las normas referidas a la legitimación son de naturaleza sustantiva o material, por lo que, en consecuencia, el art. 149.1.6ª de la Constitución, que se refiere a la competencia legislativa en materia procesal, no puede ser invocado para restringir la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de legitimación, si se acepta esa postura mayoritaria. Ahora bien, incluso el sector doctrinal y jurisprudencial que atribuye naturaleza procesal a la legitimación reconoce que la determinación de si existe o no legitimación en cada caso concreto depende de las normas sustantivas que regulan el objeto del proceso. En definitiva, en materia de legitimación, los aspectos sustantivos y procesales están tan estrechamente vinculados que es éste un campo especialmente adecuado para admitir la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas siempre que las normas de legitimación se refieran a materias respecto de las que tengan atribuida competencia legislativa dichas Comunidades.

b) Asimismo el Tribunal Constitucional ha invocado la referida doctrina de la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales, para excluir la competencia de las Comunidades Autonomas para dictar normas legales sobre caducidad de las acciones (ejemplo: STC 173/1998). Aquí el error en el que incurre el Tribunal Constitucional es más grave, porque existe prácticamente unanimidad doctrinal y jurisprudencial a la hora de entender que las normas que establecen plazos de caducidad para el ejercicio de

Atenent a la situació actual de la jurisprudència i de la situació política vigent, difícilment pot sostenir-se, per exemple, que es puguin considerar constitucionals normes com la continguda en l'article 451.12 CCC,³⁰ que estableix un procediment de jurisdicció voluntària pel pagament en espècie de la llegítima; o bé l'article 411.2 CCC, norma de competència territorial en matèria successòria: "...i, a manca del darrer domicili conegut el del lloc on es troba la major part dels béns"; o l'article 552-11 que directament, sense miraments, crea un procediment de divisió de la cosa comú; o el que es preveia en els articles 41, 42 i 43 del Codi de família, actualment article 232-12 CCC. L'article 43 i 232-12.1 CCC fins hi tot preveia l'acumulació d'accions de separació, divorci o nul·litat conjuntament amb l'*actio communi dividundo*.³¹

determinadas acciones son de naturaleza sustantiva, y no procesal, por lo que carece de fundamento invocar el art. 149.1.6ª de la Constitución para limitar la competencia legislativa en esta materia.

Aunque podría citar otros ejemplos, los mencionados bastan para dar una idea clara de la falta de acierto que ha caracterizado la actuación del Tribunal Constitucional en este terreno."

³⁰ Article 451-12. Qualitat dels béns.- 1. Si les persones a què fa referència l'article 451-11 opten pel pagament en béns i el legitimari no es conforma amb els que hom li pretengui adjudicar, aquest pot recórrer a l'autoritat judicial competent, que ha de decidir amb equitat i pel procediment de jurisdicció voluntària.

2. L'autoritat judicial pot ordenar, en qualsevol cas, que es practiqui una prova pericial per a conèixer la qualitat i el valor dels béns que componen l'herència i del lot que hom pretengui adjudicar al legitimari.

³¹ La particularitat de dret substantiu que aparentement podria justificar que a Catalunya es reguli l'acumulació de les accions de separació, divorci o nul·litat amb la de l'*actio communi dividundo*, podria ser el fet que a Catalunya el règim propi és el de separació de béns. Però en realitat aquesta justificació és més aparent que real, perquè el que és propi de Catalunya, a diferència de la resta de l'estat –i no pas tot- no és l'existència del règim de separació de béns, sino que si no hi ha pacte entre els cònjuges el règim econòmic aplicable és el de separació de béns. I és ben clar que aquesta diferència no pot justificar – amb l'actual interpretació que de l'art. 149.1.6ª. fa el TC- una "derivació" o una "necessitat" que expliqui l'existència de l'article 43 del Codi de Família. Posteriorment a la redacció d'aquest apartat i aquesta nota, el TC (Sentència de ple 21/2012, de 16 de febrer de 2012) ha reclamat inconstitucional aquest article, tot i que després hagi regulat la possibilitat de l'acumulació de les mateixes accions per a tot l'estat al modificar l'article 438.3.4ª de la LEC amb la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils.

3.3.- Normes de dret processal contingudes en el CCC.

Tot i això, el Codi civil de Catalunya conté molts articles amb contingut eminentment processal. Només pel que fa al Llibre Quart de les Successions, i ser ànim de ser exhaustius, trobem els següents:

Respecte de competència territorial: El segon apartat de l'article 411-2 CCC³² té un contingut eminentment processal, regulant la competència territorial, al dir que el jutge competent és el del darrer domicili del causant i, a manca del darrer domicili conegut, el del lloc on es troba la major part dels béns. Fet però que no causa cap conflicte d'enfrontament amb la Llei d'Enjudiciament civil atès que té idèntic contingut que l'article 52.1.4t de la LEC.

Molts d'aquest articles es refereixen a mesures cautelars, i potser més que al procediment directament, afecten als seus pressupòsits o requisits, com per exemple la idoneïtat de la mesura cautelar, la necessitat de caució, l'exigència o nivell de *periculum in mora* exigít en cada cas, etc... Uns exemples d'aquests casos són:

L'article 426.9 CCC que estableix que *si no hi ha cap marmessor o persona nomenada amb facultats per a administrar, l'autoritat judicial, a instància de qualsevol hereu cridat, pot nomenar un administrador perquè representi i administri l'herència d'acord amb el que estableix la legislació processal.*

L'article 426.20 CCC pel que fa a la presa de l'inventari del fiduciari dels béns de l'herència que s'ha de formalitzar notarial o judicialment, senyalant en el 4t paràgraf que *per formar l'inventari no cal citar cap persona, però hi poden intervenir els fideïcomissaris que ho sol·licitin.*

³² Article 411-2 Obertura de la successió

1. La successió s'obre en el moment de la mort del causant, al lloc on ha tingut el darrer domicili.

2. El jutge competent en matèria successòria és el del darrer domicili del causant i, a manca del darrer domicili conegut, el del lloc on es troba la major part dels béns.

Els articles 426-21 i 426-23 CCC que fan referència a la configuració del tipus de garantia real o administració que el fiduciari ha de prestar en el procés respecte del dipòsit judicial dels béns fideïcomesos.

L'article 427-23 CCC que s'ocupa de la caució en garantia que pot demanar el legatari dels béns litigiosos que no es puguin anotar preventivament (referits als art. 47 i ss. de la LH).

L'article 427-34 CCC que es refereix a l'inventari i a la caució respecte del llegat d'usdefruit universal, l'article 427-40 CCC respecte de l'inventari per retenir la quarta falcídia, l'article 428-4 CCC per caucions, o altres mesures per assegurar el compliment del mode, l'article 429-8 CCC que s'ocupa al regular l'administració del marmessor, de la intervenció processal, i per tant de qui pot intervenir processalment en tots els litigis sobre els béns hereditaris, clarament l'article 451-15 CCC que s'ocupa de determinar quines són les dues mesures cautelars idònies per la reclamació de llegítima. (diu aquest article que: *2. El legitimari pot demanar l'anotació preventiva de la demanda de reclamació de la llegítima i, si escau, del suplement en el Registre de la Propietat. 3. Si la llegítima s'atribueix per mitjà d'un llegat de béns immobles o d'una quantitat determinada de diners, el legitimari també pot demanar, si escau, l'anotació preventiva del llegat.*). O l'article 452-4 CCC que es refereix a l'anotació preventiva de la quarta vidual en el Registre de la Propietat.

I finalment, respecte de referències a aspectes de les mesures cautelars, trobem l'article 461-23 CCC que en l'inventari que es practica en el procediment de separació de patrimonis de l'hereu i el causant, estableix l'apartat 2 que: *2. Un cop pres l'inventari de l'herència, el jutge, amb la motivació adequada, concedeix el benefici de separació de patrimonis i adopta, si escau, les mesures necessàries per a fer-lo efectiu.*

També, en ocasions, decideix el procediment aplicable, i per exemple, respecte de diferents qüestions: Així trobem l'article 426-24 CCC que estableix el procediment de jurisdicció voluntària com a l'idoni per al nomenament per l'autoritat judicial del curador dels fideïcomissaris no nascuts ni concebuts. I que també regula les despeses que ocasioni el nomenament judicial, i per tant, creiem

que es refereix a les costes del procediment. O l'article 426-40.3 CCC que expressament estableix el procediment de jurisdicció voluntària per demanar l'autorització de venda de béns fideïcomesos, i que *la notificació als fideïcomissaris de parador ignorat es fa per mitjà d'edictes*. O que *Les persones notificades poden formular oposició per via judicial en el termini d'un mes*. I que *aquesta oposició s'ha de substanciar pel procediment del judici verbal*, limitant l'àmbit de l'oposició a l'establir que, *solament es pot fonamentar en il·legalitat o frau del fiduciari, o en el fet que aquest no s'hagi ajustat als termes de la notificació*.

També s'estableix com a idoni per la commutació o conversió del mode el procediment de jurisdicció voluntària (article 428-5 CCC), i pel benefici de separació de patrimonis dels creditors de l'hereu o el causant (article 461-23 CCC).

Alguna referència a l'àmbit processal de l'efecte de la cosa jutjada, i així, en l'article 426-30 CCC es diu que les sentències o laudes referides a conservació o administració del béns fideïcomesos no afecten als fideïcomissaris que no hagin intervingut, llevat que els siguin favorables.

S'inclou alguna norma sobre condemna a determinades despeses del procediment. Article 426-40.3 CCC, *in fine*, que pel seu contingut afecta al pronunciament sobre les costes del plet.

També regula qüestions de la fase d'execució molt transcendents, com l'article 426-49 CCC respecte de la controvertida qüestió del pagament en béns o en diners de la quarta trebel·liànica. I en l'article 451.11 CCC respecte del pagament de la llegítima, també en béns o diners.

I l'encara més problemàtic i sorprenent article 451-12.1 CCC que estableix un procediment de pagament també de jurisdicció voluntària que s'ha de decidir per equitat. I l'article 451-12.2 CCC, que amb un contingut, com veurem més endavant, també molt qüestionable, estableix que l'autoritat judicial pot demanar una prova pericial.

I finalment, de forma més directa: Es regula el procediment de l'*interpellatio in iure* en l'article. 461-12 CCC, o el procediment de divisió de patrimonis en l'article 426-27 CCC de forma diferent a la LEC.

També es permet la possibilitat de sotmetre la qüestió de la determinació de la llegítima a arbitratge, segons la redacció literal de l'article. 464-7 CCC. Qüestió que estava reservada, segons la Llei d'Arbitratge, als tribunals ordinaris per afectar a qüestions d'ordre públic indisponibles en l'àmbit privat del procediment arbitral.

Totes aquestes referències processals, poden provocar opinions sobre la seva eventual inconstitucionalitat, per si s'infringeix el 149.1.6 de la CE. Des del nostre punt de vista, i aplicant el que hem exposat abans seguint al professor Cachón Cadenas, són perfectament constitucionals. Altre cosa és que la situació política actual i la configuració dels membres del Tribunal Constitucional no sigui el marc més idoni per fer una interpretació tolerant, objectiva o verdaderament imparcial.

Per altra banda, aquestes remissions processals al procediment de jurisdicció voluntària, tenen una repercussió limitada, atès que és perfectament coneguda la doctrina que estableix que tot el que es pugui ventilar en la jurisdicció voluntària es pot ventilar en la contenciosa sense excepció. Aquesta doctrina ha declarat doncs, reconeguda reiteradament pel Tribunal Suprem, que totes les pretensions que tenen previst un procediment de jurisdicció voluntària, també poden ser formulades a través del corresponent judici declaratiu ordinaris contenciós, de manera que, fins i tot en els casos en què existeixi un procediment de jurisdicció voluntària que resulti expressament aplicable, l'interessat pot prescindir d'aquest procediment, acudint directament a l'oportú judici declaratiu ordinaris, amb la legítima pretensió d'obtenir una resolució plena i definitiva.

Així, la STS de 6 de novembre de 1998 (RJ 1998 \ 8166) estableix que:

“el juicio declarativo ordinario, dada la plenitud de «cognitio» que comporta, tiene eficacia procesal suficiente para obtener, a través de él, cuantas declaraciones de derechos pueden alcanzarse mediante un simple acto de jurisdicción voluntaria”.

En el mateix sentit es pronuncien, entre altres, la STS de 14 de juliol de 1994 (RJ 1994\6396) que estableix:

“...como señala la doctrina científica y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta pertinente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia.”

I la STS de 31 d'octubre de 1996 (RJ 1996\7731), que estableix:

“Los procesos declarativos están dotados de eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho pretendan en la jurisdicción ordinaria y con ello las derivadas de la partición de herencia, fijación y atribución de cuotas entre los partícipes sucesorios e incluso, realización de las operaciones de división del caudal hereditario en trámite de ejecución de sentencia.”

En el mateix sentit, però en supòsits diferents al dret de successions, la STS de 3 d'abril de 1995 (RJ 1995/2931), que confirma la sol·licitud de convocatòria judicial de la junta d'una societat anònima per la via del judici ordinari, desestimant l'excepció de procediment inadequat. I la STS de 28 d'abril de 2003 (RJ 2003/3813), que confirma la validesa del nomenament d'un tutor en un judici ordinari, desestimant també l'excepció de procediment inadequat, per no haver seguit el procediment de jurisdicció voluntària.

I encara que el procediment de jurisdicció voluntària expressament previst tingui uns requisits especials, igualment pot ser substituït pel procediment ordinari (verbal o ordinari) atès que és plenari i per tant encabeix els eventuais requisits especials que es pugui haver previst en el procediment de jurisdicció voluntària.

- El judici de petició de llegítima -

4.- LES PARTS EN EL JUDICI DE PETICIÓ DE LLEGÍTIMA

4.1.- Introducció.

La configuració de les parts processals en els plets referits a llegítima planteja diferents problemàtiques que per la seva complexitat i amplitud escindirem en diversos apartats. Tractarem els problemes de legitimació en relació a l'acceptació de l'herència, simple o a benefici d'inventari, de la possessió de l'herència, acceptació expressa o tàcita, total o parcial, d'una part dels hereus, de l'herència jacent o ignorats hereus, en relació a la intervenció de l'art. 150.2 de la LEC, en la indignitat i desheretament i també en relació a la necessitat d'impugnar negocis simulats.

4.2.- Legitimació activa i passiva.

Com sabem, alguns autors qualifiquen la legitimació com una qüestió processal, d'altres consideren que la legitimació és una qüestió substantiva, de fons.

Nosaltres, sense cap mena de dubte, considerem la legitimació com una qüestió de fons.

La naturalesa de la legitimació no és només una qüestió teòrico-processal sense repercussions, ben al contrari afecta directament al dret de defensa i té efectes pràctics molt rellevants, atès que si s'opta per tractar la legitimació com una qüestió processal, s'haurà de resoldre en el tràmit de l'audiència prèvia, i per tant, podria donar lloc, d'acord amb els articles 416 i 425 de la LEC a la desestimació de la demanda en la mateixa audiència prèvia, sense practicar la fase de judici i només amb la prova de documents acompanyada i practicada en la fase d'al·legacions. I amb l'agreujant que, si la qüestió és resolta com a processal en l'audiència prèvia, la resolució judicial que dictarà el Jutge tindrà forma d'Interlocutòria, i per tant l'eventual recurs d'apel·lació també es resoldrà per l'Audiència Provincial en forma d'interlocutòria, el que significa que, sigui com sigui, no serà possible un eventual recurs de cassació o extraordinari d'infracció processal perquè aquests dos recursos extraordinaris només es poden interposar contra resolucions que siguin sentències i no es poden interposar contra resolucions que tinguin forma d'interlocutòries.

I el Tribunal Suprem no ha establert en aquesta matèria una doctrina correcta. Ben al contrari està insistint en que es tracte d'una qüestió eminentment processal³³, el

³³ Després de l'entrada en vigor de la LEC de 2000, la Sala Primera del Tribunal Suprem ha declarat reiteradament que les infraccions relatives a la manca de legitimació passiva han de ser denunciades a través del recurs extraordinari per infracció processal, i no mitjançant el recurs de cassació. En aquest sentit es pronuncien, entre molts altres, les interlocutòries d'aquesta Sala de 27 de març de 2007 (RJ 2007\1635), 18 de setembre de 2007 (JUR 2007\299170), 29 de gener de 2008 (JUR 2008\54911), 29 de gener de 2008 (JUR 2008\54962), 17 de juny de 2008 (RJ 2008\5228), 18 de setembre de 2007 (JUR 2007\299170), i el darrer dictat d'11 de Maig de 2010 (JUR 2010/182309), que val la pena reproduir la part rellevant: *"A este respecto es preciso significar que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas al objeto del proceso a que alude el art. 477.1 LEC 2000, y que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas "al crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares", tal y como ya se indicado, correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las "cuestiones procesales", entendidas en sentido amplio, es decir, no reducido a las que enumera el art. 416 de la LEC 2000 bajo dicha denominación -falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus respectivas clases; cosa juzgada o litispendencia; falta del debido litisconsorcio, inadecuación de procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción, por falta de claridad o precisión*

que ha fet que es produeixin greus incoherències en la resolució i admissió dels recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació.

El Tribunal Suprem es refereix a “*un presupuesto vinculado al fondo de tratamiento preliminar*”, i ens preguntem: Què deu ser això de “*un presupuesto vinculado al fondo de tratamiento preliminar*” que justifiqui que es ventili pel recurs extraordinari d’infracció processal? No sabem pas què dir.

I la prescripció? Serà també un pressupòsit de l’acció vinculat al fons? Pensem que de la mateixa manera que no hi ha codis processals que fixin terminis de prescripció tampoc n’hem vist que fixin legitimacions, ben el contrari en canvi, són els codis substantius els que recullen normes de legitimació, i el Codi civil de Catalunya no és una excepció, és ple de normes de legitimació activa i passiva.

I aquesta discussió, de si s’ha de tramitar per via del recurs extraordinari d’infracció processal o per via del recurs de cassació, no és un simple formalisme, més aviat és un criteri que el Tribunal Suprem es pot veure obligat a canviar per la

en la determinación de las partes o en la petición que se deduzca-, sino comprensivo también de las normas referidas a la legitimación, en cuanto constituye un presupuesto vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, e igualmente de las que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de tal modo que los aspectos atinentes a la legitimación (ordinaria o extraordinaria), las disposiciones relativas a la cosa juzgada, tanto en su aspecto negativo o de eficacia de cosa juzgada material como en su aspecto positivo o prejudicial, motivación y congruencia de las sentencia, así como la infracción de normas relativas a cuestiones probatorias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados. Estos criterios se han recogido ya en numerosos Autos de esta Sala de inadmisión de recursos de casación ya interpuestos y en aplicación de tales criterios el recurso de casación en cuanto a la infracción ahora examinada resulta improcedente, debiendo denunciarse la misma, en su caso, a través del cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, sin que pueda eludirse este nuevo sistema de recursos y la regla 2ª del apartado uno de la Disposición Final Decimosexta de la LEC 2000 por la vía de denunciar infracciones procesales a través del recurso de casación (Autos de esta Sala, entre otros muchos, los de fechas 20 de enero y 20 de octubre de 2009, en recursos números 2021/2006, 2021/2006 y 2158/2007, 158/2007).

Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC 2000, en cuyo siguiente apartado, el 5 , se deja sentando que contra este Auto no cabe recurso alguno.”

perillositat que amaga –i que potser encara no han vist-. Com dèiem si es consolida una interpretació purament processal en la tramitació de la legitimació, és possible que aviat ens trobem resolent en el tràmit d'audiència prèvia la qüestió de la legitimació, (per sort, fins ara els tribunals ordinaris de primera instància tenen clar que la legitimació és qüestió de fons). Esperem que el Tribunal Suprem canviï d'opinió com per altra banda demana la doctrina científica de forma directe³⁴.

Des del nostre punt de vista, sembla clar que la sistemàtica o tècnica legislativa correcte sempre ha invitat a que es concretin les legitimacions activa i passiva dels diferents drets i accions en les lleis substantives, és a dir, en els codis civils, i no pas en els codis processals. Les accions i drets concrets es regulen en les normes materials, i seria estrany, irregular, o molt poc adequat, veure determinades les persones d'aquests drets en les lleis de caràcter processal. Sembla obvi però a la vista de la jurisprudència, no està de més fer l'aclariment.

Una mostra de l'anterior, referida a l'objecte d'aquest treball, en són ben clarament l'article 451-15.1 i 2 CCC respecte de la responsabilitat del pagament de la llegítima, i l'article 427-7.1 CCC respecte del pagament en el seu cas de la llegítima per llegat. En ambdós articles s'identifiquen les persones legitimades activa i passiva. Per tant, també per aquest motiu, es confirma que és tracta d'una qüestió de fons, que s'hauria de ventilar per la via del recurs de cassació i no pas pel recurs extraordinari per infracció processal.

La legitimació activa per reclamar el pagament de la llegítima, no presenta masses alternatives, en la immensa majoria dels casos serà el legitimari. La legitimació passiva presenta més variants. Per reclamar la llegítima la demanda s'ha de dirigir contra la persona gravada que hagi designat el testador, que com sabem generalment coincidirà en la figura de l'hereu, però sempre amb la responsabilitat d'aquest, *ex* article 451-15.1 CCC, *l'hereu respon personalment del pagament de*

³⁴ Per tots, GARBERÍ LLOBREGAT, “La falta de legitimación ya no se puede cuestionar en el recurso de casación civil (reflexiones sobre una jurisprudencia censurable y contradictoria de la Sala 1.ª del tribunal Supremo)”, *Diario La Ley*, núm. 7238, Any XXX, 10 Sep. 2009, Ref. D-286. Val a dir que ja no és contradictòria, és unànime en entendre que s'ha de tractar per via del recurs extraordinari d'infracció procesal.

la llegítima i, si s'escau, del suplement d'aquesta. Els possibles legitimats passivament, també *ex* article 427-7 del CCC, i contra els que s'haurà de dirigir la demanda poden ser, doncs, l'hereu, la persona gravada, el donatari que per la inoficiositat li afecti la reclamació de la llegítima, fideïcomissaris, i fins hi tot algun beneficiari indirecte (el CCC es refereix en l'article 427-7 *a qualsevol persona que obtingui algun benefici patrimonial*), etc...

L'hereu, la persona gravada, els fideïcomissaris , etc... no presenten problemes d'identificació, però els beneficiaris pot ser que sí. Aquests beneficiaris poden ser, per exemple, els socis que apareixen a través de societats interposades. En aquest sentit la Sentència citada del TSJ de Catalunya de 3 de Desembre de 1998, en que el beneficiaris són els fills, hereus, i socis de la societat patrimonial en que el causant, pare dels socis, hi va aportar el seu patrimoni, planteja un supòsit d'aixecament del vel per justificar precisament la legitimació passiva dels socis com a gravats a fi i efecte de lliurar la llegítima o el llegat en pagament de llegítima. Entenem però que la responsabilitat de l'hereu al pagament de la llegítima configurada com un dret de crèdit i l'aplicació de la doctrina de l'aixecament del vel pot perfectament permetre dirigir la demanda només contra l'hereu, i no pas contra la resta de socis que formalment configuren la societat. De manera que la legitimació d'aquests és merament voluntària (i tal vegada convenient al demandant per l'eventual execució), però no creiem que fos un supòsit de litisconsorci passiu necessari, sinó voluntari.

L'hereu pot ser també el legitimat activament, si s'avança al legitimari, a fi i efecte de determinar l'import de la llegítima, però hem de convenir que no és un supòsit freqüent.

4.3.- Lliurament de l'herència per part del que no ha acceptat però en te la possessió.

La qüestió que ens plantejem és, si l'hereu, que encara no ha acceptat l'herència, però en té la possessió material, pot al·legar la falta de legitimació passiva per a lliurar l'herència o la llegítima. Aquest supòsit és certament poc habitual.

La jurisprudència, (STS de 21 de maig de 1999, RJ 1999/4580, entre d'altres), ha establert que el lliurament de l'herència i/o el de la llegítima en el seu cas, s'ha de fer igualment atès que:

“... La acción de petición de herencia, no regulada en nuestro Código Civil, que se limita a hacer alusión a ella en su artículo 192 y en los 1016 y 1021, compete al heredero real contra quien pose los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno para obtener su restitución, pero partiendo del supuesto de que el sujeto pasivo de la acción posea los bienes invocando un título excluyente del que asista al reclamante; en el presente caso, aun admitiendo que la acción ejercitada fuera la de petición de herencia, no obstante no contenerse en el «petitum» de la demanda pretensión alguna de restitución a los actores de bienes supuestamente integrantes del caudal relicto, y no una acción declarativa de los derechos legitimarios de los actores y consecuente nulidad de la partición realizada sin su concurso, parece claro que la relación procesal está constituida entre aquellos a quienes directamente puede afectar la resolución que se dicte, los actores, como pretendientes de derechos legitimarios en la sucesión de su difunto padre, y la heredera testamentaria, que se opone a ese reconocimiento, así como el albacea testamentario como ejecutor de la voluntad del causante; la acción de petición de herencia, en su aspecto restitutorio a los herederos reales, no es necesario, como parece entender el Tribunal «a quo», que se refiere a todos los bienes integrantes del caudal hereditario, sino que puede limitarse a bienes que estén en posesión de determinada persona y no otros (es de notar que, en el caso, el bien inmueble y los que constituyen el ajuar que están situados en el domicilio del causante, se hallan en poder de uno de sus herederos, la esposa superviviente, por lo que respecto de ellos no procedería, aunque se hubiese pedido, la entrega a los actores, supuesto sus derechos como legitimarios, hasta tanto no se

les hubiesen adjudicado en la correspondiente partición); de otra parte, la legitimación pasiva en la acción de petición de herencia de quienes no se arroguen la condición de poseedores de los bienes en concepto de herederos o a título universal, sólo procede cuando sean meros poseedores sin título singular alguno, condición que no ocurre, a tenor de las pruebas obrantes en los autos, en el Museo de Toulouse ni en el Ayuntamiento de esa ciudad francesa, ya que la citada colección la poseían bien en concepto de depositarios, al habérsela entregado en esa condición el causante, bien como donatarios al aceptar la donación hecha por la heredera testamentaria; por tanto, se da una posesión basada en un título singular por lo que frente a ellos nunca podría dirigirse la acción de petición de herencia, sin perjuicio de las acciones que, en relación con esos títulos posesorios o de propiedad, pudieran ejercitar los actores, caso de ser declarados herederos legitimarios del causante. Por todo ello, se concluye, no se da la falta de litisconsorcio pasivo necesario apreciado por la Sala «a quo» y debe ser estimado el motivo.”

I això al marge de l'acceptació tàcita de l'herència (article 461-5 CCC), ja que com assenyala la Sentència del TS que es deixa parcialment reproduïda, n'hi ha prou que siguin mers posseïdors dels béns, atès que ha de condemnar al demandat, en tot cas, al lliurament de la part que pertanyi al cohereu actor. És clar, i no pot eludir aquesta condemna pel fet de la manca d'acceptació de l'herència per part del demandat si està en possessió dels béns del causant sense necessitat d'interposar prèviament la *interrogatio in iure*. Doncs si el cohereu que eventualment hagués acceptat l'herència està obligat a lliurar la part que posseeix a un altre cohereu, amb més raó està obligat si encara no ha acceptat l'herència que posseeix sense haver acceptat. Interpretar-ho al revés, seria tractar pitjor al de millor condició. Si l'hereu que ha acceptat l'herència està obligat, encara amb més motiu ho està el que la posseeix sense haver-la acceptat.

Per tant, considerem que s'equivoca la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció 14a., de 25 de Gener de 2007, Id Cendoj: 08019370142007100058, quan resolts contràriament al que acabem de dir:

QUINTO.- Igual suerte de rechazo ha de sufrir el segundo motivo de apelación.

No es procesalmente incorrecto que en el juicio plenario que nos ocupa se haya efectuado el pronunciamiento declarativo de herederos en partes iguales a dos hermanos en litigio, sobre la herencia de la madre.

Este pronunciamiento, que no es impugnado por la parte apelada, es estrictamente declarativo, de manera que la partición de los bienes que conforman el caudal relicto que se contiene en el fundamento octavo de la sentencia habrá de pasar por los trámites de aceptación y partición que se contemplan en los artículos 16 y siguientes del Codi de Successions.

A diferencia de lo mantenido por la apelante, no aparece la supuesta aceptación tácita de los hermanos, Abel y Antonio de los bienes relictos de la madre (artículo 19 del C.S.).

No puede desconocer la parte apelante que la aceptación tácita de la herencia ha de ser concluyente y sobrepasar actos de mera conservación, vigilancia y administración de los bienes, tal como se pone de manifiesto por la mejor doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sentencias de 19 de Julio de 2.001 y de 24 de Abril de 2.003). Los actos se han de manifestar de forma inequívoca en el sentido de hacer suya la herencia en calidad de herederos. La mera posesión de los bienes no constituye per se prueba de hacer suyos los bienes hereditarios, lo que exige actos de administración o disposición a título de heredero.

Estos hechos concluyentes no se han probado en autos. Además, en la sucesión intestada (artículos 322 y siguientes del Codi de Successions) los llamados a la herencia han de hacer valer su derecho a suceder acreditando su legitimación conforme al orden sucesorio y, una vez efectuado el pronunciamiento declarativo, hacer valer su derecho sobre el caudal relicto.

El actor dispone, ahora, o bien del cauce notarial de la aceptación y partición en partes iguales con sus hermanos, o bien, en el supuesto de que estos no aceptaran la herencia, de la acción establecida en el artículo 28 del Codi de Successions (interrogatio in iure).

Es evident, per altra banda, que, com veurem en el següent apartat amb més detall, l'hereu pot acceptar l'herència tàcitament, de fet la pot acceptar amb una simple manifestació de voluntat. Amb un simple "accepto" escrit o dit de qualsevol manera. Per tant, és completament absurd, que el cohereu que formal o materialment no ha acceptat l'herència, pugui impedir el lliurament de l'herència o del llegat legitimari que posseeix, perquè no hagi acceptat l'herència, és a dir, pel sol fet de no haver fet un acte de voluntat que no requereix cap formalitat (l'acceptació tàcita). És fer dependre el resultat del plet per un simple acte de voluntat del propi demandat. El demandat, en el cas de les actuacions, fos quina fos la seva condició, estava obligat a lliurar la part de l'herència al cohereu que la reclami (o al legitimari que reclama la cosa llegada en concepte de llegítima). Si el demandat ha acceptat, per ser l'hereu obligat. I si no acceptat, encara amb més raó, pel fet de posseir-la sense títol. No es pot confondre la legitimació amb una formalitat, i tampoc se la pot fer dependre d'una formalitat.

L'article 427-8.3 CCC estableix un cas extraordinari de legitimació³⁵ que mereix una atenció. Aquest article atribueix legitimació passiva en l'acció de reclamació del llegat als que s'hagin beneficiat del llegat que es reclama. En efecte, l'esmentat precepte legal estableix:

"Si la persona gravada amb llegat no arribés a ésser efectivament hereu o legatari, el llegat subsisteix a càrrec de l'hereu o de la persona que resulti immediatament beneficiada per aquest fet, llevat que, per disposició del causant o per la naturalesa del llegat, solament l'hagi de complir la persona gravada primerament".

³⁵ La Compilació de 1960 ja contenia aquesta mateixa disposició, encara que amb una redacció diferent: Art. 220.1r . de la Compilació de Dret Civil de Catalunya de 1960: "*Si el gravat amb llegat no arribés a ser efectivament hereu o legatari, el llegat subsisteix a càrrec de l'hereu o d'aquella altra persona que immediatament sigui beneficiada per aquell fet. Aquesta norma no s'aplicarà quan per disposició del testador o per l'índole del llegat només hagi o pugui complir la persona primerament gravada*".

De manera que, si la llegítima està disposada en forma de llegat, el legitimari podria també demandar a la persona beneficiada.

La STSJCat de 10 de febrer de 2011, Id Cendoj: 08019310012011100014, va tenir ocasió d'interpretar aquesta disposició en la seva anterior versió de l'article 220.1r. de la Compilació de 1960, tot i que, al nostre parer, de forma errònia, inexplicablement restrictiva.

El cas, succintament, era el següent: El causant originari havia nomenat hereu al seu fill, i legitimàries a les filles. L'hereu es va ocupar de l'empresa familiar i al cap de molts anys, quan l'empresa ja havia desaparegut els nets van vendre els immobles on radicava l'empresa. Un cop cobrat el preu, els hereus de les filles legitimaries, van decidir reclamar la llegítima als beneficiaris de la venda dels immobles. Les sentències de Primera i Segona³⁶ instància van desestimar la demanda, entre d'altres raons, però no aplicar l'article 220.1r. de la Compilació de 1960.

Les Sentències fent una interpretació excessivament restrictiva de l'article 220.1r de la Compilació de 1960, entenen que l'esmentada norma resulta inaplicable en aquest supòsit, perquè els referits demandats, si bé són fills del Sr. José BG, que al seu torn era fill i hereu del causant Sr. José BS, no tenen la condició formal d'hereus del seu pare Sr. José BG, ja que l'única hereva formal del Sr. José BG és la seva esposa Sra. Concepció, mare d'aquests aquells demandats, i demandada també ella en el procés.

És sabut que el criteri gramatical o literal és un dels canons hermenèutics que s'han de tenir en compte a l'hora d'interpretar una norma legal. Però no és aquest, per descomptat, l'únic criteri interpretatiu que ha de ser pres en consideració. Les Sentències efectuen una interpretació exclusivament gramatical de l'art. 220.1r. de la Compilació de Dret Civil de Catalunya de 1960. Però la interpretació merament gramatical de l'esmentat precepte legal ha de ser completada i matisada amb l'interpretació lògica, sistemàtica i teleològica de la norma (art. 3.1 del Codi Civil

³⁶ Sentència de 18 de Febrer de 2009 del Jutjat de Primera Instància número 2 de Terrassa, i Sentència de l'AP Barcelona (Secció 19, Ponent Sr. Regadera) de 20 d'abril de 2010.

espanyol). Han arribat a un resultat injust i absurd, basant-se en una interpretació incorrecta, per ser exclusivament literal, de l'art. 220.1r. de la Compilació, provoca el resultat contrari al que aquesta norma legal tracta d'aconseguir. Precisament el que pretén el citat art. 220 de la Compilació és responsabilitzar del pagament dels llegats, no només a l'hereu, sinó també els que s'hagin beneficiat d'aquests llegats. I les sentències neguen la legitimació passiva *ad causam* en l'acció de reclamació de llegats a uns demandats que s'han beneficiat dels llegats ordenats pel causant Sr. José BS, segons resulta dels fets declarats provats en la Sentència de primera instància, i aquests fets provats els que també va tenir en compte la Sentència de segona instància.

Des d'aquest punt de vista, el que ve a establir l'art. 220.1r. de la Compilació de 1960 és, en síntesi, que l'obligació de fer efectiu el pagament dels llegats no només afecta a l'hereu, sinó que també recau sobre els subjectes que s'hagin beneficiat d'aquests llegats.

Per això la Sentència recorreguda, igual que la de primera instància, s'equivoca en excloure la legitimació passiva dels fills de l'hereu Sr. José BG, a partir del sol fet que l'única hereva formal del Sr. José BG sigui la seva esposa Sra. Concepció BA, també demandada. Precisament el fet que l'hereva formal del Sr. José BG acceptés l'herència reforça la *ratio* de la norma. L'obligació de lliurament de llegat, establerta per l'art. 220.1r. de la Compilació de 1960, està pensada per protegir els drets dels legataris fins i tot en el cas que el gravat amb el llegat no arribés a ser efectivament hereu i només beneficiari.

Si s'atén a una interpretació purament literal de la norma legal, podria passar el següent: si el nomenat formalment hereu accepta l'herència, però transmet a un tercer els béns llegats, el legatari no podrà obtenir el cobrament del seu llegat, perquè l'acció que dirigeixi contra l'hereu serà infructuosa donat que els béns llegats ja no estan en el seu poder, i, a l'hora, d'acord amb aquella interpretació literal, tampoc podrà reclamar els béns objecte del llegat al tercer que s'ha beneficiat d'aquests, ja que, aquest tercer no tindria legitimació passiva.

No és just ni és lògic, que qui s'ha lucrado amb la venda dels béns llegats, percebent el preu corresponent a la venda, no tingui legitimació passiva en l'acció de

reclamació dels llegats. El criteri que mantenen les Sentències ve a consagrar un enriquiment injust en benefici dels fills de l'hereu Sr. José BG i a costa dels hereus de les legitimàries³⁷.

4.4.- Acceptació expressa i tàcita.

4.4.1.- L'acceptació de l'herència.

L'acceptació de l'herència, com bé sabem, pot ser expressa o tàcita³⁸. L'article que s'ocupa d'aquesta qüestió és el 461-5 CCC³⁹ i preveu tres supòsits d'acceptació tàcita, un primer supòsit genèric, i dos d'específics.

Sobre aquests tres supòsits d'acceptació tàcita no en farem comentari atès que la doctrina civil més autoritzada⁴⁰ ja s'ha ocupat d'analitzar-los amb suficient profunditat.

Tot i així, i ha alguns supòsits casuístics que presenten el seu interès i que resulta interessant comentar. Un d'ells és el cas que analitza la STSJCat de 31 de gener de 2011, Id Cendoj: 08019310012011100002⁴¹ d'acceptació tàcita.

³⁷ Tot i que les Sentències de Primera i Segona Instància van desestimar la demanda amb imposició de les costes. La Sentència citada del TSJCat de 10 de febrer de 2011 va estimar que tenint en compte els dubtes que podia plantejar la controvèrsia jurídica suscitada no va imposar les costes del recurs. Curiosament però, només va lliurar d'aquesta condemna en la fase de recurs de cassació, i va mantenir la condemna en costes de la primera i la segona instància. Qüestió aquesta que comentarem en l'epígraf de la condemna en costes.

³⁸ Article 461-3 del CCC.

³⁹ El seu precedent, amb una redacció molt similar, era l'article 19 del Codi de Successions.

⁴⁰ Sobre l'acceptació de l'herència, PUIG FERRIOL, *Institucions del dret civil de Catalunya*, cit., pp. 595 i ss.

⁴¹ “Cuarto.- Por razones eminentemente prácticas, el derecho civil catalán moderno suprimió el sistema del prelegado romano, en el que la coincidencia de causas lucrativas hacía imposible que el heredero beneficiado con un legado pudiera adquirir como legatario lo que ya había adquirido previamente como heredero, sustituyéndolo, aunque

manteniendo la misma terminología (STSJC 19/1999 de 26 jul.), por el régimen de la concurrencia o dualidad de títulos (art. 219 CDCC), que se conservó en el Codi de Successions per causa de mort de 1991 (art. 257) y que pervive en el actual Llibre Quart del Codi civil de Catalunya (art. 427-5), aprobado por la Llei 10/2008, de 10 de juliol.

En consecuencia, en nuestro derecho sucesorio el heredero beneficiado con un legado es, al propio tiempo, sucesor a título universal y a título particular, pudiendo aceptar y repudiar independientemente cada uno de éstos (art. 268.3 CS y art. 427-16-6 CCCat.), lo que deberá hacerse de conformidad con las reglas que, en cada caso, rigen la aceptación y la repudiación de la herencia y del legado.

A este respecto, recuérdese que mientras el legado puro y cierto, conforme al sistema germánico, se ha entendido siempre entre nosotros aceptado y deferido por ley desde la apertura de la sucesión (art. 222.1 CDCC, art. 265 CS y art. 427-14.1 CCCat.), salvo declaración de voluntad en contra (art. 222.1 CDCC, art. 267.2 CS y art. 427-16.1 CCCat.), la aceptación de la herencia, conforme al sistema romano, requiere en todo caso una declaración de voluntad expresa o tácita (art. 5 y 17 CS y art. 411-5 CCCat.).

Así las cosas, es cierto que al legatario no le está permitido, por lo general, obtener por sí mismo la posesión de la cosa o derecho legado, sino que debe hacerlo reclamándolo del gravado con él (art. 222.2 CDCC, art. 271.3 CS y art. 427-22.3 CCCat.), lo que se explica por la posibilidad de que vea reducida o, incluso, eliminada la cuantía económica de su derecho en determinados supuestos, frente al mejor derecho de los acreedores del causante, de los legitimarios o del propio heredero (cuarta falcidia). No obstante, dejando de lado las excepciones a dicha regla que se han previsto expresamente a lo largo de la evolución de nuestro derecho sucesorio (art. 222.3 CDCC y art. 271.3 CS) y haciendo abstracción de la vigente regulación -que reconoce expresamente el derecho del beneficiado con un prelegado a tomar por sí mismo la posesión de la cosa o derecho legados (art. 427-22.3 CCCat.)-, el hecho de que en Cataluña, a diferencia de lo que ocurre en el Código civil (art. 440.1 CC), el heredero no adquiriera automáticamente (ipso iure) la posesión del caudal relicto por la aceptación (expresa o tácita) de la herencia, sino que para ostentarla deba tomarla efectivamente (art. 98.2 CDCC, art. 6 CS y art. 411-6 CCCat.), ha permitido sostener a una parte relevante de nuestra doctrina, ya bajo la regulación de la Compilació de Dret civil de Catalunya (ROCA TRIAS), pero también bajo la del Codi de Successions (ALBIOL MARÉS), que, si antes de la apertura de la posesión el legatario tenía ya la posesión de la cosa legada por cualquier título -en virtud de una relación previamente establecida con el causante- o, incluso, aunque careciera de título (ad usucapionem), no sería necesario entonces que la reclamase del gravado, que no podría entregársela sin retrocederla primero del propio beneficiado, ello, claro está, sin perjuicio del derecho de aquél a reclamársela cuando el legado fuera inoficioso (art. 225 CDCC) o cuando debiera reducirse por falcidia (art. 226 CDCC) o reintegrarse el exceso (art. 224.2 CDCC y art. 36 CS).

Por ello, por lo que se refiere al presente supuesto, en el que, con independencia del título y de las circunstancias por virtud de las cuales el heredero demandado había asumido la titularidad y la administración del negocio de muebles objeto del legado con anterioridad a la muerte del causante, aquél ostentaba ya su posesión efectiva

Però des del punt de vista processal l'acceptació expressa o tàcita es pot donar abans del procés, just en el moment de iniciar-se el procés, durant el procés, i després del procés lògicament, per la successió processal per mort, de l'article 16 de la LEC. La més problemàtica, serà, sens dubte, l'acceptació tàcita.

Respecte de l'acceptació abans i després del procés no planteja problemes processals, perquè òbviamment el procés es configura amb la situació civil que hi ha en el moment del seu inici per l'efecte de la *perpetuatio*.

El mateix es pot dir respecte de l'acceptació en el moment de iniciar-se el procés, en realitat la condició de la part al contestar la demanda dependrà també de si ha acceptat o no l'herència⁴². I no l'hem de confondre amb els problemes de la falta

previamente a la apertura de la sucesión, no se advierte ninguna dificultad para entender válidamente aceptado y deferido el legado, sin que ello presuponga la tácita aceptación de la herencia, ya sea ex art. 19 CS o ya sea ex art. 24 CS, lo que a la postre conduce a la desestimación del único motivo del recurso y a la confirmación de la sentencia impugnada”.

⁴² Un cas interessant d'acceptació tàcita pel fet de comparèixer en les actuacions ho és la STSJCat de 19 de juliol de 2001, Id Cendoj: 08019310012001100005, (Guillem Vidal Andreu).

“Son antecedentes fácticos interesantes a los efectos de resolver el presente recurso los siguientes:

En realidad el recurrente reproduce en este motivo lo alegado en las instancias, esto es, que no puede ser considerado heredero de D. Z —cualidad que le es atribuida en las dos sentencias— porque desde el primer momento anunció su voluntad de no aceptar la herencia ni siquiera a beneficio de inventario, renuncia, además, que realizó en escritura pública en fecha 4 de junio de 1997, junto con su hermana y su madre. “La cuestión a dilucidada—dice— es la de si verdaderamente se han dado los requisitos para entender aplicable el art. 19 y considerar, por tanto, que ha habido aceptación tácita, por haberse superado, además, los actos de gestión recogidos en el art. 8 del Código de sucesiones “. Efectivamente, según el art. 8 del Código, yacente la herencia, el heredero llamado “per realitzar exclusivament actes possessoris de conservació, vigilància i administració de l'herència “, actos que, como afirma a continuación el precepto, por sí solos no implicarán aceptación, salvo que con ellos se tome el título o la cualidad de heredero, entendiéndose, en cambio, aceptada tácitamente la herencia, conforme dispone —avanzando un paso más— el art. 19, cuando el llamado “realiza qualsevol acte que no pot realitzar si no és a títol d'hereu“.

Pues bien, la sentencia combatida —al igual que la de Primera Instancia— entiende que hubo una aceptación tácita de la herencia por parte de D. X, argumentando: “...el hecho de comparecer en el juicio en su condición de causahabiente, así como el otorgamiento

de los poderes generales en dicha condición y contenido de la contestación a la demanda, implica asumir la condición de heredero. A mayor abundancia la comparecencia en juicio en base al art. 9.7º LEC es clara la comparecencia del procurador con nuevos poderes del heredero. Esta comparecencia y condición asumida de causahabiente del fallecido supera los actos de mera gestión recogidos en el art. 8 C.S.C. (Código de sucesiones de Cataluña, en adelante) al haber asumido la cualidad de heredero. Así, asume los derechos y obligaciones de su decuius, art.1, 34 y siguientes C.S.C. “. Poniendo en relación los anteriores razonamientos con los contenidos en la primera sentencia, dado lo confuso de su formulación, puede concluirse que la Audiencia asimila los conceptos de causahabiente y heredero, no concediendo virtualidad jurídica a la constante distinción que ha hecho el ahora recurrente a lo largo de todo el pleito, como tampoco la concede a la intención manifestada de “defender el buen nombre y la solvencia moral “ de su padre (que no merece comentario, al contrario de lo que sucedió en primera instancia), como tampoco al anuncio posterior —producido en el escrito de dúplica— de renunciar a la herencia (“Ya se había producido la aceptación tácita y el citado anuncio carecía de valor“), ni, en fin, a la propia renuncia manifestada después en escritura pública (“Al ser la aceptación y repudiación, válidamente hechas, irrevocables, art. 26 C.S.C., no puede aceptarse con valor alguno la renuncia de la herencia efectuada con posterioridad a la aceptación tácita de la herencia“). Cuando la asunción de una titularidad jurídica requiere de un acto positivo, nuestro derecho distingue entre el acto expreso y el acto tácito, esto es, la manifestación externa y explícita de la voluntad de aquella aceptación o la conducta intuíble, manifestada por actos indirectos de los que, concluyentemente, se infiera aquella aceptación (facta concludentia).

En materia de aceptación de herencia —que requiere de un acto positivo— el derecho catalán distingue: la aceptación expresa, que debe hacerse en documento público o privado en el que el llamado manifieste su intención de aceptarla o asumir la condición de heredero (art. 18 del Codi de successions), y la aceptación tácita, que se da, como se ha dicho, cuando el llamado realiza cualquier acto que suponga —que no puede realizar sin— el título de heredero (art. 19 citado). Como ha observado la doctrina catalana, se parte, pues, de una visión objetiva de ciertos actos que implican legalmente aceptación, aquellos que sólo puede realizar el heredero; pero —debe añadirse— se dejan otros al socaire de su univocidad, actos que exceden de los de mera conservación, vigilancia y administración (art. 8 del Código). Puede decirse también que, salvo los legalmente tasados, aquellos actos de los que puede inferirse una voluntad de aceptar siempre habrán de ser propios, inequívocos y concluyentes, de manera que no pueda dudarse de que el actor los realiza asumiendo la condición de heredero.

Así se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 1998: “La aceptación tácita la define el artículo 999, párrafo 3º, del Código civil: la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero; lo cual expresa la idea que ya recogían Las Partidas (Sexta, 6,11) de que acepta tácitamente el que realiza ‘actos de señor’; o lo que es lo mismo, y conviene destacarlo, la realización de actos concluyentes de los que se deriva la voluntad inequívoca de aceptar, en el sentido de que revelan la intención de hacer la herencia como propia”.

En esta misma línea de pensamiento, la Sentencia de 24 de noviembre de 1992 (fundamento 7º) dice que “la aceptación tácita se realiza por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de adir la herencia, o sea, aquellos actos que por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos; de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia “.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 27 de junio de 2000, citada por ambas partes de este recurso, al analizar el propio art. 999 del Código civil: “La postura mantenida por la doctrina recogida en las Sentencias de esta Sala y Resoluciones citadas es unánime en exigir actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia. Ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar “.

Parecido carácter tenía la aceptación en el derecho histórico romano, pues, junto a la cretio o toma de posesión de los bienes acompañada de una declaración expresa y formal del heredero realizada ante testigos y la aditio nuda voluntate o aceptación por la pura voluntad, declaración expresa, pero no formal, de aceptar la herencia, se contemplaba la pro herede gestio o gestión como heredero, consistente en manifestar tácitamente la voluntad de adir la herencia, deducida de la realización de determinados actos en relación con los bienes hereditarios; actos, añade la doctrina, que supondrían, sin duda, una voluntad de aceptar o que no habría derecho a realizar sin tomar la condición de heredero.

Sobre lo anterior existe hoy abundantísima doctrina jurisprudencial, que han puesto de manifiesto en la versión que les interesaba, tanto el recurrente como el recurrido, en sus documentados escritos.

Pero el caso enjuiciado —como tantas veces ocurre— ofrece características muy singulares que es preciso examinar.

En primer lugar, como ya se ha adelantado, D. X cuando contesta a la demanda manifiesta categóricamente que lo hace como causahabiente de D. Z, su padre, para oponerse a la acción de reclamación de cantidad y salvar el buen nombre y la solvencia moral de éste. Explícitamente manifiesta también que no ha aceptado la herencia y probablemente no la aceptará ni tan solo a beneficio de inventario. La declaración se repite en la cuestión previa I del escrito de réplica, en el que ratifica que repudiará la herencia. La renuncia a la herencia, como también se ha dicho, se produce ante notario el 4 de junio de 1997. En escrito de recurso de reposición contra la resolución del Juzgado que admite la prueba de confesión de D.ª Z2 y D.X y D.ª Z3, vuelve a recordarse que D. X actúa tan sólo en calidad de causahabiente y no de heredero, puesto que ha renunciado a la herencia. Nuevamente se ponen de manifiesto estas circunstancias en el escrito de conclusiones (conclusión primera) y, finalmente, se insiste en el escrito presentado como consecuencia de la práctica de la prueba pericial como diligencia para mejor proveer.

Cuanto antecede ninguna mención merece por parte del Juzgado de Primera Instancia que, de un lado, tiene a D. X como causahabiente de D. Z en el proveído de admisión de la contestación de la demanda y, de otro, le condena al pago de lo adeudado por D. Z

como sucesor del mismo. En el cuerpo de la sentencia, por cierto, sí se contesta a D. X sobre lo alegado, sentando la doctrina, luego acogida en la sentencia que se impugna, de que causahabiente y heredero son términos sinónimos, cuando obviamente no es así siempre, por lo menos en condiciones de amplitud conceptual en tanto es jurídicamente admisible el empleo del término causahabiente en, por ejemplo, las transmisiones inter vivos, y en cuanto es éste un término más genérico que el de heredero incluso en las transmisiones mortis causa. Con todo, lo cierto es que el art. 9.7 de la LEC, en virtud de cuya llamada comparece y contesta a la demanda D. X utiliza claramente la expresión “herederos o causahabientes”. Nada hubiera impedido, por tanto, advertir desde el primer momento al litigante de su atribuida condición de heredero, con lo que se le hubiera dado opción al apartamiento de la causa.

En segundo lugar, justo es reconocer que el caso enjuiciado no presenta una acción de recuperación patrimonial, en el que palmariamente se daría un exceso en los actos de conservación, vigilancia y administración significativo a la hora de deducir una tácita aceptación de la herencia. Así lo ha visto el Tribunal Supremo, sentando doctrina de la que son ejemplos las sentencias de 17 de enero de 1942, 13 de marzo de 1952, 14 de marzo de 1978 y 15 de junio de 1982, entre otras. Se trata aquí, en cambio, de contestar a una demanda con el fin de mantener intacto el patrimonio de la herencia, o mejor aún, de continuar un proceso ya iniciado en el que el padre del compareciente, sedicente deudor, compareció primero con el ánimo de oponerse a la pretensión reclamatoria.

Finalmente, tampoco aparece como baladí el hecho de anunciar D. X que venía a sostener la excepción de inexistencia de la deuda de su padre para salvar su buen nombre y solvencia moral. Ciertamente es que la sentencia que se combate elude en absoluto el tema, sí tratado en la sentencia de primera instancia, pero también es cierto que sobre él incidieron ambas partes litigantes en el acto de vista oral de este recurso de casación, impugnando la recurrida la posición del recurrente sobre el argumento, sostenido en aquella primera sentencia, del contenido puramente patrimonial de la acción.

Debe señalarse al respecto, sin que sea éste momento y sede procesal para entrar en el fondo de la materia, que legitimados para recabar la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen están, según el art. 4.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, los descendientes, sin mayor precisión por tanto y sin exigencia legal de la condición de herederos, incluyéndose entre las intromisiones ilegítimas a los anteriores derechos constitucionales la “divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o haga desmerecer en la consideración ajena” (art. 7.7 de la Ley) y aunque ciertamente no se trate de hechos divulgados en sentido estricto, no parece descartable el interés legítimo del descendiente de que su padre no aparezca en el ámbito comercial como deudor de más de doscientos millones de pesetas.

En conclusión, las singularidades anteriores y, más en concreto, la manifestación primera y reiterada, explícita e inequívoca, de autonegación de la condición de heredero y la renuncia subsiguiente y coherente con lo anterior, constante el pleito, a la herencia paterna, impiden considerar como aceptada tácitamente la herencia, declaración que en absoluto se presentaría congruente con la manifestación expresa de contrario en acto procesal de continuación de una acción de mera conservación del patrimonio hereditario.

de legitimació *ad procesum* o inclús per problemes derivats de la identificació del demandat, amb els que sovint es confon.

L'acceptació de l'herència durant o dins el procés, implica la successió processal⁴³ regulada actualment en l'article 16 de la LEC intitulat *la successió processal per mort*.

També s'ha d'entendre acceptada l'herència per qui, en nom del causant, interposa una acció reivindicatòria⁴⁴.

Y a tal decisión, que conduce inexorablemente a la estimación del recurso de casación, no se opone el que, como ha dicho esta propia Sala en sus sentencias de 29 de enero y 15 de febrero de 1996 siguiendo las de 13 de febrero de 1951 y 12 de mayo de 1981 del Tribunal Supremo, la declaración de los hechos en que se fundamenta la aceptación tácita de la herencia constituya una función de los tribunales de instancia, por cuanto en el caso presente tales hechos no son combatidos y lo es sólo la valoración que de los mismos ha hecho la Audiencia Provincial, lo cual integra propiamente el acervo competencial de esta Sala según ha declarado también, por todas, en Sentencia de 4 de febrero de 1999.”

⁴³ La monografia pionera i de referència sobre aquesta qüestió es la de RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Barcelona, 1974.

⁴⁴ SAP Madrid de 25 Junio 2010, Secció 9a., Id Cendoj: 28079370092010100400: Primero.- “...la Sentencia de 7.10.2008 de la Audiencia Provincial de Cáceres razona: "actos de aceptación tácita de la herencia que quedan absolutamente constatados con la interposición de la demanda, origen de este proceso, en ejercicio de una acción reivindicatoria sobre una parte de la finca que habría sido anexionada materialmente a otra colindante propiedad de los demandados. No existe pues incompatibilidad alguna con el artículo 999 del Código Civil en su último párrafo por cuanto que el ejercicio de una acción reivindicatoria no es un acto de mera conservación ni de administración provisional de la herencia, sino de auténtico dominio...", es decir, se trata de un acto que supone necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero tal y como se expone en Sentencia del Tribunal Supremo de 27.6.2000 al referirse a los actos que implican tal aceptación tácita de la herencia. Por ello, como igualmente se considera en Sentencia de 11.12.2000 de la Audiencia Provincial de Burgos, debe de entenderse aceptada la herencia tácitamente con la interposición de la demanda en ejecución de acción reivindicatoria. Por último, actuando los herederos en dicha condición, la legitimación activa de los mismos no puede venir enervada por no actuar D.^a Sacramento como titular indivisa de la propiedad sobre la finca de la que se reivindica una parte pues, en todo caso, los actores actuarían en beneficio o interés de la comunidad, incluso con el propio consentimiento de todos los intervinientes en aquélla.”

No hi ha dubte de que són els hereus successors els que responen de les costes quan han acceptat pura i simplement⁴⁵. La pregunta és, si l'hereu accepta a benefici d'inventari, ha de pagar les costes si perd? Serà jugar amb avantatge? No serà un problema poc habitual, atès que recordem que el CCC, si no es diu res, l'acceptació és a benefici d'inventari.

El problema de la responsabilitat pel pagament de les costes pel representant ha estat ja estudiat⁴⁶ per Chiovenda (al comentar la regla 5^a de l'article 372 del Codice de Procedura civile de l'època), que establia que els representants legals, com l'hereu a benefici d'inventari, poden ser condemnats personalment al pagament de les costes si hi concorren motius greus. Es contempla el supòsit genèric del representant legal (tutors, curadors i administradors com a mandatariis). I des d'aquest punt de vista general, el Codice preveia pels representants una condemna excepcional, només pels casos de temeritat i mala fe⁴⁷, actuació negligent, o de l'administrador que s'excedeix en les seves atribucions o de les seves instruccions, o que hagi retardat la instrucció o conclusió del plet⁴⁸. I en relació a l'hereu que encara no ha acceptat l'herència, Chiovenda diu que la qualitat (responsabilitat) es manté separada fins el moment de l'acceptació o renúncia en el termini prudencial de l'acceptació a benefici d'inventari⁴⁹.

Pensem que el grau de responsabilitat en el pagament de les costes de l'herència jacent i de l'hereu que està en benefici d'inventari, pot ser a tres nivells. Cap

⁴⁵ RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, cit., p. 372.

⁴⁶ CHIOVENDA, *La condena en costas*, Tradució de Juan A. de la Puente y Quijano, amb notes i concordances amb el dret espanyol de Josep Xirau Palau, Madrid 1928, pp. 244, 260 i 383.

⁴⁷ CHIOVENDA, *La condena en costas*, cit., p. 244.

⁴⁸ CHIOVENDA, *La condena en costas*, cit., p. 283.

⁴⁹ CHIOVENDA. *La condena en costas*, cit., pp. 260-261.

responsabilitat, responsabilitat solidària amb l'herència jacent amb dret a repetir contra ella, i responsabilitat sense dret a repetir. En cada cas els esdeveniments han de fer inclinar la decisió judicial⁵⁰. La naturalesa de la condemna en costes respon a criteris i situació diferent de la petició principal.

Aquests criteris generals prudents es poden invertir en alguns supòsits problemàtics en els que precisament és el resultat del plet el que fa que l'herència esdevingui positiva o negativa. En aquests casos, el motiu de no acceptar l'herència, o d'acceptar-la a benefici d'inventari, és causada per l'existència mateixa del plet, l'eventualitat del seu resultat és la que farà que l'hereu accepti definitivament l'herència o bé la repudii.

Imaginem que el legitimari, després de molts anys, després d'estar suspès el termini per reclamar la llegítima del seu pare, i morta la seva mare (hereva del pare), poc abans de finalitzar el termini de 10 anys per reclamar la llegítima al seu únic germà hereu de la mare i durant el procés el seu germà demandat mort, succeint-lo processalment, per exemple abans de l'audiència prèvia, el seu fill (nebot del legitimari demandant) qui accepta a benefici d'inventari atès que, en funció del resultat del plet, l'herència esdevé positiva o negativa si guanya el legitimari demandant.

En aquests casos entenc que la presumpció s'ha d'invertir, i l'hereu que fa dependre la seva acceptació definitiva del resultat del plet, ha d'assumir la responsabilitat de les costes del plet. Ja sigui amb dret a repetir contra l'herència jacent o no segons els casos.

També hi podria haver una responsabilitat dividida, per quotes, parcialment mancomunada, segons la part en que hagués actuat el causant i l'hereu.

⁵⁰ “El principio general en materia de costas puede ser modificado judicialmente en el caso de una condena en costas”. RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, cit., p. 371.

En cas que el legitimari guanyés el plet, respon personalment per algun concepte l'hereu (nebot) que ha acceptat a benefici d'inventari? Sembla clar que respecte de la petició de la demanda, si l'herència és negativa no respon personalment, només en respondrà l'herència. Però, i de les costes o despeses que ell hagi provocat en el plet per la seva actuació? En respondrà personalment amb el seu patrimoni propi? Ha de respondre de les costes dels eventuals recursos d'apel·lació i cassació tampoc n'ha de respondre si ha estat ell qui ha interposat els recursos contra la sentència?

Nosaltres creiem que n'hauria de respondre personalment, perquè les costes del plet regulen l'actuació –responsabilitat- de les parts. I de fet, l'Advocat de l'hereu (nebot) demandat, té com a client real a l'hereu (nebot) demandat, i no pas a l'herència.

Aquesta qüestió es veu millor si s'extreu del litigi, i es redueix a la relació entre l'hereu que accepta a benefici d'inventari i el seu advocat. Si l'hereu que accepta a benefici d'inventari, encarrega a un advocat la confecció de l'inventari i totes les gestions legals i d'execució administratives, si finalment l'herència és negativa i l'hereu no accepta l'herència, crec que no hi ha dubte que qui respon personalment del pagament de les despeses i també dels honoraris de l'advocat és l'hereu que ha encarregat la gestió de l'inventari en interès propi, i no pas l'herència jacent. De la mateixa manera que, el cost del notari d'atorgar l'escriptura pública de no acceptació o de repudiació de l'herència l'ha d'assumir qui l'ha encarregat amb independència de si finalment l'herència és o no negativa.

Per tant, de la mateixa manera, les costes processals derivades de l'actuació de l'hereu que succeeix al demandat originari a benefici d'inventari, ha d'assumir les costes del litigi, en proporció a la seva actuació en el plet. I no val a dir, si perd el plet i a conseqüència d'això l'herència esdevé negativa, que ha d'assumir les costes l'herència jacent (negativa) i no pas ell perquè va acceptar l'herència a benefici d'inventari.

En la successió processal de l'hereu que accepta a benefici d'inventari, i si les circumstàncies ho permeten, i si la part contrària a l'herència jacent és la part

demandant (no la demandada), i per tal d'evitar el risc de continuar amb un plet que pot resultar inútil si l'herència jacent esdevé negativa, es pot obrir un incident de previ i especial pronunciament, amb eventual suspensió del plet principal, per tal de confeccionar l'inventari de l'herència i amb això obligar a l'hereu a acceptar o repudiar definitivament l'herència per fer-lo responsable dels seus actes. Si l'herència és finalment negativa i l'hereu no l'accepta, el demandat tindrà el dret a seguir amb el demandat en rebel·lia (ex article 16.3 LEC) o bé tindrà dret a desistir sense costes (s'ha de presumir una acceptació tàcita del desistiment per part de l'herència jacent), conforme a l'article 396.2 LEC.

La raó de l'existència de les costes processals respon a la necessitat de regular el risc dels interessos particulars dels litigants en funció del valor de les seves peticions, de l'objecte del procés. I per tant, si l'hereu que a benefici d'inventari succeeix al demandat originari perd el plet, perd l'encàrrec que ell ha continuat, n'ha de respondre personalment. Tan per venciment objectiu com, amb més motiu, si la condemna al pagament de les costes ho és per temeritat.⁵¹

Respecte del litigi per mantenir la validesa o declaració de nul·litat del testament, segons Chiovenda, l'hereu queda subjecte al pagament de les costes si perd el plet, perquè considera que ha litigat en interès propi⁵². No es planteja, al menys directament, el supòsit en que l'hereu sense interès directe, com a demandat, hagi de defensar la validesa del testament front a la impugnació testamentària d'un tercer. Fins i tot pot ser un encàrrec exprés de l'hereu configurat com a càrrega.

4.4.2.- Acceptació parcial, d'una part dels hereus.

⁵¹ Per una visió general en materia de costes en la successió processal, Ramos Méndez estableix varies premises segons diferents supòsits: RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, cit., pp. 370 a 378.

⁵² CHIOVENDA, *La condena en costas*, cit., p. 260-261, nota (3).

Òbviament, quan hi ha una pluralitat d'hereus, es pot donar l'acceptació parcial per una part dels hereus. No hi ha problema per acceptar parcialment l'herència en escriptura pública i inscriure-la en el Registre.

És recomanable, en l'escriptura d'acceptació incloure la diligència de notificació de l'escriptura a l'hereu que no ha acceptat formalment a fi i efecte que s'hi pugui adherir. I també per a què, en el seu cas, ja es pugui practicar directament l'anotació preventiva de llegat a que es refereixen els articles 47 i concordants de la LH i RH.

4.4.3.- Acceptació a benefici d'inventari.

El legislador català, i com a novetat del Codi civil de Catalunya, ha optat per potenciar l'acceptació a benefici d'inventari, fins el punt que, si no s'especifica l'acceptació, s'entén que l'hereu accepta a benefici d'inventari. Així l'article 461-14 diu:

“L'hereu pot adquirir l'herència a benefici d'inventari, sempre que en prengui inventari, abans o després d'acceptar-la, d'acord amb el que estableix l'article 461-15. L'hereu pot gaudir d'aquest benefici encara que el causant ho hagi prohibit i encara que accepti l'herència sense manifestar la voluntat d'acollir-s'hi.”

4.4.4.- Legitimació i concurs de l'herència⁵³.

Ni la LEC ni la LC no profunditzen en la regulació del concurs de l'herència, el legislador ha optat per una regulació reduïda i de caràcter general⁵⁴, i no una

⁵³ La qüestió del concurs de l'herència és una matèria molt interessant, però poc regulada, molt complexa i molt poc freqüent, de manera que optem per fer una remissió general i a un estudi monogràfic d'aquest tema.

⁵⁴ DIEZ SOTO, “La herencia en la nueva ley concursal”. Llibre *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, València, 2006, Volum I, p.1097.

regulació detallada i exhaustiva⁵⁵, de manera que les solucions a la problemàtica s'ha de trobar, una vegada més, en la interpretació que serà especialment problemàtica atès que la conjunció de la matèria successòria (mort de la persona física) amb la fallida (mort de la persona jurídica) és un còctel difícil de digerir.

La particularitat de la successió catalana en relació al concurs és que l'herència, com hem dit, si no es diu res, s'accepta a benefici d'inventari. És evident que si l'hereu no accepta a benefici d'inventari, és a dir, accepta pura i simplement, l'herència ja no pot fer fallida, atès que qui potser farà fallida a causa dels deutes de l'herència serà l'hereu. Per això, l'article 1 de la LC estableix que “*el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*”.

4.4.5.- Supòsits de litisconsorci passiu necessari.

- a) Necessitat de demandar a tots els hereus. Obligació mancomunada o solidària.

La jurisprudència considera que és necessari demandar a tots els hereus quan es tracte de demanar el lliurament del llegat, atès que no existeix solidaritat entre els hereus (ex art. 463.1 CCC, abans art. 1.2 CS) ja que, el legatari no pot prendre possessió per si mateix del bé llegat⁵⁶, excepte si es preveu expressament (art. 427-22.4 CCC).

⁵⁵ Llei alemana d'insolvències de 1994, que dedica al tema els articles 315 a 331. DIEZ SOTO, “La herencia en la nueva ley concursal”, cit., p.1098.

⁵⁶ STSJCat de 25 Gener 1990 (RJ1992/2573). Ponent Sr. Puig i Ferriol. Diu: “*SEGUNDO.- Contra la citada sentencia de apelación ha formulado la demandada doña Celia S. G. recurso de casación, basando su primer motivo de casación al amparo del art. 1692 núm. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre legitimación activa del codemandante don Agustí S. G., que en el escrito de demanda reclama el libramiento de los legados ordenados a favor de su madre y codemandante doña Lluisa G. S.; y que a criterio de la recurrente, don Agustí S. G. no está legitimado para ejercitar esta acción sobre reclamación de libramiento de legados, porque se trata de una acción que corresponde ejercitar únicamente al legatario, y como*”

don Agustí S. G. no es legatario, sino heredero en la herencia paterna, se da respecto a él la excepción perentoria de falta de legitimatio ad causam. Y en estrecha correlación con este primer motivo de casación, formula la recurrente un segundo motivo, basado igualmente en el art. 1692 núm. 5 de la Ley Procesal Civil, por infracción del art. 1139 del Código Civil, en relación con el art. 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que ha sido mal constituida la relación jurídico-procesal, ya que dichos artículos postulan la existencia de un litisconsorcio pasivo entre los coherederos obligados a hacer libramiento de los legados, y en el litigio que da lugar al presente recurso de casación, la demanda reclamando el libramiento de los legados se ha dirigido únicamente contra uno de los herederos, la demandada y hoy recurrente doña Celia S. G.

TERCERO.- Según reiteradísima jurisprudencia, el litisconsorcio pasivo necesario tiene por finalidad evitar que queden al margen del proceso personas que tienen un interés legítimo en la cuestión controvertida, y a la vez, evitar que se dicten sentencias incompletas, contradictorias o que provoquen indefensión [como resulta, por ejemplo, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 julio y 19 septiembre 1986 (RJ 1986\4404 y RJ 1986\4777) y 25-9-1987 (RJ 1987\6272)]. Y estas circunstancias, que justifican la figura del litisconsorcio pasivo necesario, no se dan en el caso aquí considerado, ya que si bien es cierto que el coheredero don Agustí S. G., obligado a formalizar la escritura de libramiento de los legados ordenados por su padre, no aparece como demandado en la litis, también lo es que no ha quedado al margen del proceso, dada su condición de demandante que apoya las pretensiones de la legataria, formando con ella un litisconsorcio activo voluntario, y como consecuencia de esta intervención como parte demandante en el proceso, le afectará la resolución que se dé al presente litigio. En este punto hay que remarcar que la intervención en el litigio de don Agustí S. G. como parte demandante, origina una situación que en el fondo no difiere esencialmente de la que se habría producido si se hubiesen seguido estrictamente las reglas del litisconsorcio pasivo necesario. Porque si la madre hubiese dirigido su reclamación contra los dos hijos instituidos herederos, lo más probable es que el coheredero don Agustí S. G., que apoya las peticiones de la madre legataria, se hubiese conformado con la demanda, lo que comportaría coadyuvar a que triunfase en el litigio la pretensión de la parte demandante (según resulta de la S. 24-1-1928); que por otra parte vendría obligada a continuar el litigio contra la otra coheredera, porque la conformidad de uno de los coherederos no afecta a los demás [S. 3-4-1946 (RJ 1946\404)], incluso en el supuesto que afectase a los coherederos una obligación indivisible, como es la de otorgar una escritura que formalice el libramiento de la posesión de unos legados, porque la demanda persigue fundamentalmente clarificar la situación jurídica derivada del cumplimiento de la citada obligación.

CUARTO.- Los anteriores razonamientos llevan a desestimar el segundo motivo de casación basado en la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre los hijos instituidos como herederos, y eso comporta que deba desestimarse igualmente el primer motivo de casación basado en la falta de legitimatio ad causam del coheredero don Agustí S. G. Ciertamente éste, como no es legatario sino heredero, no estaría legitimado por sí solo para promover una demanda referente al cumplimiento de legados, porque esta acción sólo puede ejercitarla el que resulte favorecido con el legado; como tampoco no estaría legitimado para actuar en el litigio formando un litisconsorcio activo

voluntario, si en lugar de apoyar las peticiones de la madre, hubiese tomado en el litigio una posición antagónica a la de la legataria [según resulta de la S. 21-6-1986 (RJ 1986\3787)]. En cualquiera de las hipótesis citadas se podría hablar de una falta de legitimatio ad causam del coheredero don Agustí S. G.; pero no cuando su actuación se limita a una intervención en el litigio coadyuvando a que se dé lugar a la demanda promovida por la madre de los coherederos, como consecuencia del interés que puede tener en la estimación de las pretensiones de la legataria. Porque la Ley de Enjuiciamiento Civil no prohíbe esta intervención, siempre que se tenga un interés jurídico directo y legítimo en el objeto del proceso; como sucede en el presente caso, que permite a don Agustí S. G. defender derechos ajenos (los de la madre), porque tiene un interés propio, dada su condición de heredero gravado con unos legados, en cuyo cumplimiento tendrá en su momento una intervención directa.

*QUINTO.- El tercer motivo de casación, basado también en el art. 1692 núm. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción del art. 222.2 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, que establece que «sin consentimiento de la persona gravada o, en su caso, de la facultada para el libramiento, el legatario no podrá tomar posesión de su propia autoridad de la cosa o el derecho legados»; y, a criterio de la recurrente, este precepto lo han infringido las sentencias dictadas en las instancias inferiores, que admiten el hecho de encontrarse la madre en posesión de las fincas objeto de los legados desde la muerte de su marido sin oposición de los hijos instituidos herederos, con la consiguiente violación del citado art. 222.2 de la Compilación catalana. A criterio de este Tribunal, el presente motivo de casación es claramente inviable, ya que en el testamento del padre y marido de los litigantes con toda claridad se explicita que el testador lega a su esposa la propiedad de dos casas y el usufructo de todos sus restantes bienes y derechos, lo que equivale a decir que el testador legaba a su esposa el usufructo universal de la herencia, porque el citado derecho de usufructo se hace extensivo a todos los bienes relictos (art. 223 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña), y por este supuesto, el art. 222.3 de la misma Compilación establece -sin ningún género de dudas- que el legatario podrá tomar por sí mismo posesión de la cosa o el derecho legado cuando se trate de usufructo universal. Y esta disposición es plenamente aplicable al presente caso, porque no constituye ningún tipo de innovación en el derecho civil de Cataluña, sino que sanciona una práctica tradicional en nuestro derecho según la cual, en el supuesto de usufructo universal se consideraba que el marido había otorgado a su esposa la facultad de tomar posesión de todos los bienes hereditarios (según Ripoll, *Variae iuris resolutiones multis diversorum Senatium decisionibus illustratae*, capítulo XIII, núms. 158-159), y que informó la costumbre seguida en los Registros de la Propiedad de no exigir en este caso el requisito del libramiento del legado de usufructo universal por parte del heredero nudo propietario. Lo cual demuestra que no es admisible la argumentación de la recurrente de encontrarse la viuda en posesión de los bienes hereditarios violando el art. 222.2 del texto compilado, porque de acuerdo con los anteriores razonamientos, está claro que la viuda se ha posesionado legítimamente de los bienes hereditarios en base a la disposición del apartado tercero del mismo artículo. Y la manifestación que hace en la relación privada de bienes de su difunto marido, como es la de pedir que se suspenda la inscripción de los legados dispuestos a su favor hasta el momento que los herederos otorguen la correspondiente escritura pública, no tiene -a los*

efectos del presente recurso- ningún tipo de trascendencia, porque esta declaración es perfectamente compatible con la facultad por parte de la viuda de tomar posesión según derecho y por su propia autoridad de los bienes objeto del legado (según el repetido art. 222.3 de la Compilación); y por otro lado, se puede presumir racionalmente que la madre hizo dicha manifestación con la finalidad de velar diligentemente por los intereses de sus hijos, que eran menores de edad en aquel momento, ya que la exigencia del otorgamiento de la escritura pública por parte de los herederos se justifica por la conveniencia de salvaguardar su posición jurídica, dado que de esta forma tienen la oportunidad de comprobar si en el caudal hereditario hay bienes suficientes para pagar todos los legados ordenados por el testador, o si debe procederse a la supresión o reducción de determinados legados, y que tiene una particular relevancia en el derecho sucesorio catalán por razón de la cuarta falcidia (regulada actualmente en los arts. 226-233 de la Compilación).”

SAP d’Avila de 17 de Febrer 1999 (AC 1999/682): “TERCERO.- Sin embargo, la excepción opuesta por el recurrente don Aníbal de J. S. de falta de litisconsorcio pasivo necesario debe prosperar, pues del suplico de la demanda se aprecia que el demandante don Ernesto de J. S. solicita que se divida la herencia de conformidad con lo solicitado por el testador: Al ser dos los testadores, se deduce que se refiere al testamento otorgado por su madre doña Piedad, en la que a don Ernesto y a don Aníbal se les instituye herederos (ver cláusula 5ª del testamento, folio 9), pero también se instituye herederos a sus cuatro nietos no traídos a este juicio.

En cambio don Luis G. B. sólo instituye herederos a sus cuatro nietos, hijos de su hija fallecida doña Felicidad, estableciendo legados para los hijos de su esposa.

La STS de 24 de julio de 1998 enseña que una cosa es la acción de petición de herencia y otra la de partición de la herencia.

La división de la herencia no se puede realizar sin traer a juicio a todos los herederos, entre los que se encuentran los cuatro nietos de doña Piedad, no traídos a juicio, y que eran conocidos, no subsanándose ese defecto en comparecencia (art. 693 de la LECiv), pues sabía el fallecimiento de doña Felicidad (folios 73 y 127).

Pero es que, además, en el caso de los legados, el legatario lo que tiene es un derecho de crédito contra el heredero o contra la persona gravada, dirigido a obtener la material ejecución del legado. Así el art. 859 del Código Civil prevé que, salvo que uno de los herederos sea gravado con el legado, todos los herederos quedarán obligados en la misma proporción en que sean herederos. El art. 858 del CC insiste en que el testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo a su heredero, sino también a los legatarios. Podría pedirse, en algún caso, la anotación preventiva del legado, que prevén los arts. 42.7, 48, 50, 51 y 52 de la Ley Hipotecaria.

Por ello, aunque el legado de cosa mueble genérica puede, ser válido (así se especificó en la sentencia recurrida), conforme dispone el art. 875 del Código Civil, tiene que hacerse llamando a todos los herederos; por lo que esta excepción tiene necesariamente que prosperar: El art. 895 del Código Civil es taxativo: El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.”

Aquest aspecte però, entenem que queda prou aclarit amb els articles citats (427-7 i 8 CCC) atès que identifiquen les persones gravades: “*Cadascuna de les persones gravades amb un mateix llegat ho és en proporció a la respectiva quota hereditària o en proporció...*”, i fins hi tot des del punt de vista de la sistemàtica i del mateix títol dels articles “*Persones gravades*” i “*Pluralitat de persones gravades*”, difícilment es pot ser més clar; de la lectura dels dos articles en resulta, doncs, clara la legitimació passiva i la necessitat del litisconsorci passiu en el seu cas. No mereix més anàlisi.

En el dret castellà en canvi, sembla que majoritàriament es tracta d’una obligació solidària. La jurisprudència ha tingut cura d’establir, reiteradament, la responsabilitat solidària dels hereus -o beneficiats- front als deutes hereditaris. Entre d’altres, veure la STS de 30 de desembre de 1993 (RJ 1993/9906)⁵⁷. Únicament no és aplicable la solidaritat quan el creditor és hereu al mateix temps, com diu la STS d’1 de març de 1999 (RJ 1999/2245)⁵⁸.

⁵⁷ El motivo decae porque siendo cierta la norma general, también lo es que aquí los actores demandan a los herederos de un hermano, don Juan José B. M., de quien heredaron la deuda surgida de la adquisición de participaciones en una sociedad colectiva familiar, y los herederos deben satisfacer las deudas del causante con carácter solidario por expreso mandato del art. 1084 del Código Civil.

⁵⁸ SEPTIMO.- Para poder resolver el motivo cuarto, se estima necesario recordar que la sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo (que ha sido transcrito literal e íntegramente en el fundamento tercero de esta resolución) declara lo siguiente: «... habrá que tener en cuenta las deudas contraídas en su día con el "Banco de Bilbao, SA", según consta en los autos, así como las abonadas frente al "Banco Hispano Americano", las cuales traen causa de aquéllas, como también las sumas pagadas a favor de quienes asumieron deudas de sus padres, rigiéndose las deudas por la solidaridad según el artículo 1084 del CC -STS 30 de diciembre de 1993-...» (fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida).

En el motivo cuarto, con apoyatura procesal en el ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia «infracción del artículo 1084 del Código Civil y doctrina jurisprudencial al respecto». En el nada claro alegato integrador de su desarrollo parece que sostienen los recurrentes, en esencia, que tanto si el actor es acreedor de la herencia, por las deudas que haya pagado al «Banco Bilbao» y al «Banco Hispano Americano» (en el supuesto de que sean deudas de la herencia y no del propio deudor), como los créditos que algunos otros herederos puedan tener frente a la herencia no se rigen por el principio de la solidaridad, sino por el de la mancomunidad.

b) Necessitat de demandar a tots el legitimaris.

Si un dels legitimaris vol reclamar la llegítima no cal demandar als altres eventuais legitimaris, atès que no és necessari, per fixar l'import de la llegítima, la intervenció de la resta de legitimaris⁵⁹. És cert que la fixació de la quantia de la llegítima (la computació) sembla que pugui afectar a la resta de legitimaris, però en realitat és una afectació més aparent que real, atès que no hi ha inconvenient en que l'import de la computació i la consegüent imputació que fixi la sentència sigui *res inter alios acta nec nocet nec prodest*, és a dir, no afectarà a la resta de legitimaris, i sobretot, les diferents sentències entre legitimaris i hereus per fixar l'import de la llegítima no seran contradictòries en el sentit que siguin

El tratamiento casacional que ha de corresponder al expresado motivo es el que se desprende de las consideraciones que seguidamente se exponen. El principio de respecto al pago de las deudas hereditarias solamente rige cuando el acreedor sea un tercero ajeno a la herencia (artículo 1084 del Código Civil), pero no cuando el acreedor del difunto (causante de la herencia) sea uno de los herederos, pues en este último caso, cada heredero sólo estará obligado a pagar la parte que proporcionalmente le corresponda, deducida la parte proporcional del propio heredero acreedor . Por consiguiente, tanto con respecto a la deuda del «Banco de Bilbao» o la del «Banco Hispano Americano», de la que aquélla trae causa (que ya ha sido pagada por el actor heredero don Manuel A. F.), en el supuesto de que, al practicar la partición de la herencia en ejecución de sentencia, se acredite que era deuda del causante don José A. P. y no privativa del propio actor, como con respecto a las sumas que habrán de pagarse a los herederos que asumieron deudas de su padre, habrá de tenerse en cuenta lo anteriormente dicho, en el sentido de que dichas deudas habrán de ser pagadas por los herederos en la parte proporcional que les corresponda, deducida la parte también proporcional del propio heredero acreedor, y no conforme al principio de solidaridad, como resuelve la sentencia aquí recurrida. Por todo lo anteriormente razonado, el presente motivo cuarto ha de ser estimado.

⁵⁹ En contra, MARSAL GUILLAMET, “Responsabilidad del heredero por el pago de la legítima. Comentario a la STSJC 25/2002, de 12 de septiembre”, *InDret*, Working Paper de Dret Català núm. 4, Barcelona, abril de 2003, p. 9. Afirma que no és massa coherent que les legítimes individuals fossin diferents, i per això defensa el litisconsorci passiu necessari i per tant la necessitat de demandar a tots els legitimaris. De tota manera, penso que ho diu de passada i pensant en altres supòsits.

incompatibles entre sí, que no es puguin executar amb independència, raonaments que ha recollit perfectament la jurisprudència.⁶⁰

Es pot afegir, com un argument més, que tot legitimari té dret a renunciar a la computació d'un determinat bé als efectes de calcular la llegítima, i per tant, amb més raó encara queda palesa la inexistència de la necessitat del litisconsorci passiu de tots els legitimaris.

⁶⁰ Com resulta, com exemple paradigmàtic, del Fonament Jurídic Segon de la STSJCat de 3 de Setembre de 1992, Ponent Sr. Jesús Corbal Fernández, entre d'altres sentències que cita del TS.

"Aplicando la anterior doctrina -del litisconsorcio pasivo necesario- al caso de autos, y teniendo en cuenta la naturaleza de la legítima catalana y su institución...no se da la base fáctica para que pueda operar el óbice procesal (litisconsorcio pasivo necesario). D. Javier, que no fue llamado al proceso, es titular de un derecho sucesorio (y por tanto de una eventual pretensión contra el heredero) igual al de en autos actor, pero tal derecho es autónomo, ejercitable con autonomía, del que le corresponde a éste. No existe una relación jurídica material única de los legitimarios con el heredero, sino que cada uno de ellos tiene una relación jurídica independiente (no hay "interdependencia alguna). Es cierto que se da una cierta apariencia unitaria; la reclamación de legítima supone la previa fijación del <quantum>, y al existir varios legitimarios parece darse una situación en que deberían estar todos presentes para que la legítima sea igual en su importe. Sin embargo, se trata de un mero caso de oportunismo o conveniencia, pero no de necesidad i indispensabilidad. Falta el interés directo, no hay afectación directa para el no presente en el proceso, y por lo tanto no se da un supuesto litisconsorcial forzoso."

"En definitiva, no cabe hablar <inutiliter data> (típico fundamento de la figura en las sentencias de condena), porque la sentencia es perfectamente ejecutable; ni de quebrantamiento del principio constitucional de audiencia, pues no tiene porqué ser oído quien no va a resultar afectado por el fallo; ni en modo alguno se infringe la doctrina de la cosa juzgada material (por lo demás, como sostiene un sector doctrinal, de discutible conjugación en la materia), ya que el pronunciamiento que se dicte no es extensible, -no vincula- al legitimario no litigante; ni tampoco se puede dar la eventualidad de sentencias contradictorias, toda vez que en el hipotético caso de que D. Javier litigase en otro proceso con el heredero y se dictase una resolución concediendo una legítima de cuantía distinta es claro nos hallaríamos ante sentencias de contenido diferente, pero ello no significa sean contradictorias, al poder desplegar sus efectos con total "autonomía, y es que lo contradictorio, en el terreno en que se manifiesta el discurso, hace referencia a la incompatibilidad de soluciones, es decir, cuando resulta imposible la eficacia, al tiempo, de dos pronunciamientos diferentes, por no ser susceptibles de subsistir sin estorbarse u obstaculizarse recíprocamente..."

Altra cosa és que, per exemple, la demanda inclogui la petició de la nul·litat del testament,⁶¹ que com acció impeditiva del naixement del títol, en principi, farà necessari el litisconsorci passiu dels legitimaris.

Si l'acció pretén la nul·litat del testament, i en conseqüència, la validesa del testament anterior, o bé la declaració de l'herència intestada pel cas que no hi hagi testaments anteriors, penso que aleshores sí cal demandar a la resta de legitimaris, atès que la declaració de nul·litat els afecta.

És dubtós si és necessari demandar a la resta de legitimaris quan l'eventual declaració de la nul·litat del testament no variarà la seva qualitat de legitimari. És a dir, si la resta de legitimaris continuen sent legitimaris en el testament anterior del que es pretén la nul·litat. Atès que la qualitat de legitimari no ve donada pel testament, sinó per la Llei. En aquests casos, es podria dir, *prima facie*, i en defensa d'evitar la necessitat de litisconsorci passiu, que el títol de legitimari no varia, i que per tant resulta intranscendent incloure en la demanda de nul·litat a la resta de legitimaris.

En aquest sentit sembla que es pronuncia la SAP Alacant de 5 de setembre de 2000, Id Cendoj: 03065370072000100239⁶², interpretant al peu de la lletra l'apartat segon de l'article 1252 del Código civil⁶³.

⁶¹ Sobre la acció de impugnació del testament nul, PUIG FERRIOL i ROCA i TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, cit., p. 186, diuen: "*Estan legitimats activament per interposar-la <aquells que poden obtenir qualsevol benefici patrimonial en el supòsit que es declari la nul.litat>; per tant les persones nomenades en els testaments anteriors, o en herataments preventius i els successors intestats. També estan legitimats els hereus d'aquests interessats. La demanda s'ha de dirigir contra aquelles persones que resulten beneficiades en el testament nul o bé contra les que estan obligades a mantenir la validesa del testament, com per exemple, els marmessors (art. 316.1 in fine CS). Encara que, lògicament, l'acció d'impugnació d'un testament nul s'hauria de considerar imprescriptible, la jurisprudència ha declarat que té un termini de trenta anys, per aplicació de les normes sobre prescripció (vegeu la STS de 12 de març de 1915).*"

I ara, probablement, amb el Codi civil de Catalunya, per causa de la nova institució de la preclusió de l'article 121-24 CCC.

⁶² En el Fonament de Dret Tercer diu:

"TERCERO.- Igual suerte desestimatoria que las anteriores, debe correr en esta alzada la excepción que dicha parte denuncia de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y que al haber sido alegada también por el otro demandado, Sr Jose Antonio, trataremos conjuntamente para evitar repeticiones innecesarias. En efecto, ambos demandados

Una segona anàlisi del problema en aquests supòsits de nul·litat de disposició testamentària, ara des d'un punt de vista de més prudència i major garantia, sembla que els arguments més consistents decantin per l'existència sempre de la legitimació passiva de tots els legitimaris, i fins i tot per sostenir la necessitat del litisconsorci passiu necessari. L'argument genèric seria el següent; si es declara nul un testament, afecta per definició directament al legitimari, perquè -hem de convenir- que la nul·litat afectarà a la declaració d'hereu i al títol mateix (l'escriptura pública de testament). Doncs bé, qui ha de pagar la llegítima és -normalment- l'hereu, per tant, el legitimari té dret -legitimació- a ser part en el procés que declari la nul·litat, atès que l'eventual demanda per reclamar la llegítima s'ha de basar en el títol d'hereu del demandat.

sostienen que la parte demandante debía de haber traído a juicio al resto de posibles herederos abintestato del causante que pudieran verse afectados por la resolución que se dicte. Es sobradamente conocida la creación jurisprudencial de la figura que aquí se denuncia, fundamentada en la necesidad de integrar en un proceso, dado su carácter indivisible, a todas cuantas personas puedan verse afectadas por razón del derecho discutido, o por el alcance de la resolución que en el mismo haya de dictarse, y ello tanto por el propósito de eliminar la posible indefensión de tales personas, como de evitar sentencias contradictorias; defecto procesal, que por incidir con el orden público adjetivo, o, puede ser apreciado de oficio por el Tribunal, sin necesidad de su alegación por las partes. Estos requisitos y circunstancias no concurren en el caso pues si se parte de la base de que la legitimación pasiva en estos supuestos corresponde a todos aquellos que ostenten derechos sucesorios que se derivarían del testamento cuya nulidad se insta y como en definitiva advierte el Tribunal Supremo, la acción de nulidad de testamento ha de dirigirse contra todos que por razón del mismo tienen interés en sostener su validez (S.T.S. 18 de Diciembre de 1958), y cuya falta de interpelación podría generar dicha situación de litisconsorcio pasivo necesario, obvio es, que en el caso que nos ocupa, como acertadamente razona la Juez de instancia, la relación jurídico-material se encuentra validamente constituida con la llamada al proceso de la Sra Leonor por una parte como única favorecida por el testamento, sin que resulte necesario traer a juicio a los llamados por ley a la herencia, porque como se ha expuesto en el anterior fundamento jurídico, no quedarían afectados en su contra por la resolución judicial recaída, por serles favorables la declaración de nulidad del testamento, y cuyo extremo alcanzaría la presunción de cosa juzgada, según el párrafo segundo del artículo 1252 del citado Texto Legal.”

⁶³ Aquest apartat segon de l'article 1252 del Código civil, abans de ser derogat per la Disposició Derogatòria Única de la LEC 2000, deia que: “*En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.*”

Però la qüestió, ben pensada, no és gens senzilla. D'entrada, és clar, cal distingir, (especialment pel que fa a aquest cas), la falta de legitimació passiva (*ad causam*) de la falta de litisconsorci passiu necessari, i també l'abast de la cosa jutjada material en casos de nul·litat de disposició testamentària.

La SAP de Barcelona (Secció 11a.) de 26 d'Octubre de 2005, Id Cendoj: 08019370112005100516, estableix que:

“ha dejado sentado el TSJC en sentencias de 11-11-02 (EDJ 2002/53328), 3-4-00 (EDJ 2000/12140) y 30-12-92 (EDJ 1992/13588) que el legitimario (en contra del criterio de las sents. del T.S. de 23-7-93 y 24-10-95 dictadas en aplicación del C.c.) tiene legitimación activa para impugnar por nulidad los actos del causante sólo en la medida en que pruebe que pueden resultar perjudicados sus derechos legitimarios, recogiendo así un criterio ya presente en las sents. del T.S. de 19-1-50 y 24-10-95 (EDJ 1995/5670) según el cual tal perjuicio no cabe presumirlo, como tampoco la simulación”.

Com hem dit, no hi ha dubte que el títol legitimari ve donat per Llei, i no pas per la disposició testamentària, ara bé, aquesta pot establir i variar els drets legitimaris. Com per exemple decidir pagar la llegítima amb llegat (determinat o genèric de pagar-la en béns), pot establir la cautela soccini, pot decidir que la llegítima no devengui interès, pot ser que el mateix legitimari sigui l'hereu (gravat molt o poc amb llegats), pot ser que l'hereu o hereus sigui distint en un i altra testament, etc... En aquests casos, ens sembla clara la necessitat de demandar a tots els legitimaris.⁶⁴

⁶⁴ Un bon exemple de l'anterior, és la il·lustrativa Sentència del Jutjat de Primera instància número 1 de Barcelona de 22 de Desembre de 2011 (Jutge Sr. Soler Solé), que després de citar SAP Barcelona (Secció 11a.) de 26 d'Octubre de 2005, afegeix:

“VIGESIMOCUARTO.- Si analizamos los dos testamentos, en el de 1959 lega a su hija Gema y a los demás hijos que dejare a su fallecimiento, con exclusión de Antonio, lo que por legítima les corresponda. Lega a su hijo Antonio en concepto de legítima y, en lo que exceda, como mera liberalidad, una casa y la mitad indivisa de una propiedad. A su esposa le lega el usufructo de los bienes. Instituye heredera universal a Gema. En el testamento de 1990 lega a sus hijos lo que por legítima les corresponda e instituye heredera universal a su esposa. Vemos que la situación del hijo Antonio no es idéntica en ambos testamentos. Para analizar esta cuestión, debemos acudir al Código de

Sucesiones. Según su art. 350, “la legítima confiere por ministerio de la ley a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste podrá atribuirles a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera”. Según el art. 358, “la institución de heredero y el legado a favor de quien resulte ser legitimario implicarán atribución de legítima, aunque no se exprese así, y se imputarán a ella siempre que el causante no disponga otra cosa, aunque el legitimario repudie la herencia o renuncie el legado. El legado dispuesto en concepto de legítima o imputable a ella que no sea legado simple de legítima puede consistir en una suma en metálico, aunque no la haya en la herencia, o en bienes de exclusiva, plena y libre propiedad del causante, salvo que no los haya en aquélla, sin contar a este solo objeto los bienes muebles de uso doméstico. Si los bienes no tienen aquella condición, el legitimario puede optar entre aceptar simplemente el legado o renunciarlo y exigir lo que por legítima le corresponda. La legítima también puede legarse en forma simple, utilizando la fórmula <lo que por legítima corresponda> u otros análogos o similares”. Según el art. 361, “la institución de heredero, el legado, la donación imputable y el señalamiento o asignación en concepto de legítima no privan a los favorecidos de su calidad de legitimarios. En consecuencia, hacen suyo el exceso como mera liberalidad, pero, si lo que hubieran recibido por tales conceptos es inferior a la correspondiente legítima, pueden exigir el suplemento, excepto si, después de diferida aquélla, se hubieren dado por totalmente pagados de la legítima o hubieran renunciado expresamente a su derecho al suplemento”. Según el art. 366, “el heredero responde personalmente del pago de la legítima y del suplemento de ésta”.

VIGESIMOQUINTO.- En definitiva, el codemandado recibe un legado de legítima en ambos testamentos, pero de forma distinta, en forma de dos inmuebles en el primer caso y genéricamente (forma simple) en el segundo, con la particularidad de que en el primer caso, de producirse un exceso, ello generaría una liberalidad. Así, como legitimario, su derecho es ciertamente imperativo y no depende de la voluntad del causante en cuanto a la forma de dar cumplimiento al deber de dar legítima es distinta en ambos testamentos. Así, si se produjera un exceso, ello podría beneficiar al legitimario, tanto por imperativo legal como por voluntad expresada por el causante en el primer testamento. Aunque no se menciona en éste, le podrían corresponder, por ministerio de la ley, acciones en el caso inverso (por ser insuficiente el legado), es decir, la acción de suplemento. Por el contrario, de ser eficaz el segundo testamento, nos hallamos ante un legado simple de legítima, que debería ser cumplido por el heredero según el marco decisorio que le permite la normativa. Lógicamente, en tal caso el heredero sería otro. En definitiva, con independencia de que en cualquiera de ambos casos deba respetarse el derecho de legítima, según qué testamento sea eficaz puede producirse o no un exceso complementario y, por otro lado, será un heredero u otro quien deba cumplir con el pago, dentro del margen que le permita la normativa aplicable, extremo que, dadas las relaciones familiares existentes, tampoco puede calificarse de irrelevante. Por todo ello podemos concluir que concurría en el codemandado legitimación pasiva para que se dirigiera contra él la acción de nulidad.”

Les sentències citades però, no contenen el que al nostre parer, és un dels arguments principals per sostenir la necessitat del litisconsorci en aquests casos⁶⁵, és, simplement que, el sol fet del canvi del títol, el testament, és suficient no solament per donar legitimitat a tots els legitimaris per intervenir, sinó per apreciar la necessitat del litisconsorci passiu de tots els legitimaris i de totes les persones citades en el testament. Perquè si bé és cert que des de la perspectiva del legitimari tal vegada la validesa d'un testament no afecta a l'existència o no del dret de llegítima (ja que aquest dret neix de la Llei i no pas del testament), sí que pot afectar directament al legitimari les altres disposicions i en definitiva els altres drets relacionats o continguts en el testament del que es predica la nul·litat en relació a l'anterior que es declararà vàlid o, en el seu cas, la successió intestada si no hi ha un testament anterior del que es predica la nul·litat.

Per exemple, el canvi de testament, pot afectar a la persona de l'hereu, i això ja implica afectar directament els drets del legitimari, per raons personalíssimes, doncs pot no ser el mateix reclamar la llegítima a un hereu que a un altre, ja sigui per les relacions personals, com a drets que pot oposar per raó de la seva situació personal, (no és el mateix reclamar la llegítima a la mare del legitimari que a un nebot, o que un nebot menor, o un desconegut, o bé un incapaç). O per raons de la situació patrimonial de l'hereu. No serà el mateix demandar a un hereu molt beneficiat en el testament, que un hereu poc beneficiat, que per exemple podria excepcionar la quarta falcídia, o altres drets, etc... Es poden pensar molts i innumerables supòsits en que, en determinades situacions, qualsevol canvi, per petit que sigui, pot afectar directament als drets del legitimari, i per tant, sembla prudent que en aquests casos, el litisconsorci passiu sigui necessari i per tant sigui obligat demandar a tots els legitimaris. Fins i tot circumstàncies que afecten directament al procés, com per exemple condicions o actituds personals de l'hereu demandat que poden influir en el procés (per exemple: *periculum in mora* en cas

Aquesta Sentència va ser confirmada per la bona Sentència de 6 Juny 2013 de la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona (Ponent Sra. Maria Dolors Montolio Serra), Id Cendoj: 08019370142013100336.

⁶⁵ Tot i que l'advocat del demandant, en el judici de la sentència citada, ho va mencionar en fase de conclusions.

de demanar mesures cautelars, circumstàncies intrínseques que condicionen la prova, situacions endoprocessals, situacions probàtiques referides a les relacions amb la neurociència. O circumstàncies més físiques com el domicili de l'hereu a l'estranger als efectes d'acordar el seu interrogatori).

No s'ha de descartar la possible confabulació entre l'hereu i el legitimari en aconseguir una nul·litat de testament en perjudici del legitimari no demandat. Els supòsits de plets simulats són estranys, però possibles.

Potser, en determinats casos, on clarament es pugui veure que l'afectació als drets del legitimari no originàriament demandat és mínima o insubstancial, serà suficient amb la notificació a que es refereix l'article 150.2 de la LEC, és a dir, un eventual interès directe o indirecte en el que disposi la resolució definitiva del plet. També prevista per a casos de sospita de l'ús del procés per a fins fraudulents, ja sigui front a tercers legitimaris, o fins i tot front a l'Agència Tributària, amb plets simulats en els que es busca una infravaloració dels béns de l'herència declarats en Sentència a fi i efecte de pagar menys impost de successions.

c) Necessitat de demandar al Notari autoritzant de l'escriptura.

La doctrina científica i la jurisprudencial (sentències del Tribunal Suprem de 27 de Setembre de 1968, 22 d'Octubre de 1974 i 9 de Maig de 1990, Id Cendoj: 28079110011990101128, per exemple) ha declarat que quan s'interposa una demanda de nul·litat de testament per incapacitat no és necessari demandar al Notari que va autoritzar el testament.

Aquesta doctrina sosté unànimement que no procedeix demandar al Notari quan la única acció que s'exercita és la nul·litat del testament. Només pot tenir legitimació passiva el Notari quan se l'imputa una responsabilitat civil per malícia, negligència o ignorància inexcusable (del notari), segons preveu expressament l'article 705 del Código civil.

Les raons poden ser evidents, per posar un exemple comparat prou il·lustratiu i eloqüent en seu judicial; Sosténir que és necessari demandar al Notari (“*sin*

malicia, negligencia o ignorancia inexcusable”) perquè no va veure que el testador era incapaç, és tant com sostenir en seu jurisdiccional que el recurs de revisió hauria de dirigir-se també contra el Jutge que (“*sin malicia, negligencia o ignorancia inexcusable*”) va dictar sentència basada en la declaració d’un testimoni que també era incapaç. I hem de convenir, doncs, sense massa esforç, que seria il·lògic i faltat de sana crítica sostenir el contrari, excepte per casos en que la incapacitat fos notòria o molt evident.⁶⁶

Per tant, concloem que, en general, el Notari no té legitimació passiva *ad causam* perquè senzillament no li afecta el pronunciament sobre la validesa del testament.⁶⁷ Excepte en els casos en que el demandant acumuli l’acció de responsabilitat civil contra el Notari en base al que estableix l’art. 705 del Código civil, per eventuais perjudicis derivats de la seva negligència i en tot casos d’incapacitat notòria.

4.4.6.- Intervenció de l’art. 150.2 LEC.

L’article 150.2 de la LEC contempla un supòsit d’intervenció especial i indeterminada, que com sabem, estableix que: “..., *también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la redsolución que ponga fin al procedimiento...*”. Pot ser útil en

⁶⁶ De fet, com em va fer notar en una ocasió el Notari Sr. Alfredo Arbona Casp, el judici de capacitat notarial s’hauria d’apropar més a un judici de voluntat que de capacitat, atès que es pot dir que el Notari té experiència en judicis de voluntat, però no és pneumopsicòleg per fer judicis de capacitat. Per aquesta raó, segurament, l’article 705 del Código civil li atribueix responsabilitat civil al Notari només en els casos amb malícia, negligència o ignorància inexcusable. És a dir, quan la incapacitat és manifesta, o ve – moltes vegades- descoberta precisament per la conuinació de les característiques personals del testador (persona gran, persona molt jove, etc...) i una voluntat sospitosa per poc freqüent o anormal.

⁶⁷ Entre d’altres: STS 22 d’Octubre de 1974.- “...*es evidente que cuando se inste nulidad por el defecto de ser inhábil uno de los testigos instrumentales, sin alegarse malicia, negligencia o ignorancia inexcusable del Notario que le autorizó, en nada afecta a dicho fedatario tal nulidad, que al no tener interés en la validez del testamento, no debe ser demandado.*” En idèntic sentit, STS 9 de Maig de 1990.

determinats casos dubtosos, per tal d'evitar indefensions. L'eventual denegació per part del Tribunal de practicar la notificació, es pot salvar –senzillament– enviant còpia de les actuacions per un mitjà privat.

4.4.7.- Preterició errònia i intencional.

La preterició es configura com una protecció dels drets del legitimari, partint de la inalienabilitat de la llegítima.

Té el seu origen, amb la llegítima, en la *querela inofficiosi testamenti*, que volia dir que el testament era nul per infringir el deure moral de nomenar hereu en el testament, i després apareix l'*actio ad implementandam legitimam*, o acció de suplement, per evitar precisament la nul·litat del testament.

I es defineix com l'oblit de mencionar en la disposició testamentària al legitimari⁶⁸.

⁶⁸ Sobre origen històric, concepte i fonament de la preterició, per totes, la SAP Barcelona (Secció 13a.) de 23 de novembre de 2006 (Id Cendoj: 08019370132006100669), que estableix que: *Centrada así la cuestión discutida, es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de diciembre de 1992, y 10 de abril de 1995; RJA 8142/1993 y 7988/1995) que la tradición jurídica catalana, formada por las antiguas leyes, costumbres, jurisprudencia, y doctrina, en materia de preterición, debe ser tenida en cuenta para interpretar e integrar las normas de derecho catalán, según viene explícitamente reconocido en el artículo 1, párrafo segundo, de la Compilación, siendo así que, en este sentido, en Cataluña se ha venido aplicando el derecho romano, y concretamente el régimen surgido de la Novela 115 con arreglo a la cual los que, debiendo haber sido instituidos en el testamento, eran preteridos, podían obtener mediante la "querela inofficiosi testamenti" la rescisión de la institución de heredero, según unos, o la anulación del testamento, según otros, aunque, posteriormente, el privilegio concedido por el rey Pedro IV(III en Cataluña) a los ciudadanos de Barcelona el 19 de octubre de 1339 (const.única, título I, libro 6º,vol.2º) reforzó las facultades del testador y configuró el efecto de la preterición en el justo marco de la protección de la legítima, que era el único límite a la libertad de disponer de los bienes por causa de muerte.*

Se decía "...tal testamento u otra cualquiera última voluntad, no sea ni se puede llamar nulo o nula ni pueda anularse, aunque sean preteridas o desheredadas las personas que según "iure communi" debieran instituirse, o no se haga mención alguna de póstumo o póstumos", y se añadía más adelante "...empero las personas que debieran instituirse y aquellas de que deba hacerse mención, les quede a salvo su derecho sobre la legítima, a no ser que fueran justamente preteridos y también desheredados...". Así Cancer (Var.Res. Parte 1ª, Cap 4º, núms.40 a 44) resuelve un caso muy concreto (mujer que

Peculiar és la coneguda Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 21 de desembre de 1992⁶⁹, que respecte de l'article 367 del Codi de

había instituido heredera a un pariente y que con posterioridad se casa, tiene un hijo y fallece en fecha próxima al parto), al que no se considera aplicable el Privilegio, y a continuación expone su opinión de que éste no se extiende a los póstumos, engendrados y nacidos después de otorgado el testamento.

El fundamento se halla en un defecto de voluntad del causante, es decir que la preterición no fue consciente, sino que respondió a una situación de ignorancia o desconocimiento, emanando de tal doctrina la denominada preterición errónea, pasando el sistema, reconocido en la jurisprudencia, en su esencia, a la Compilación, haciéndose extensivo a toda Cataluña, por lo que parece obvio por lo tanto la "ratio essendi" de la regulación legal, y la fundamentación eminentemente subjetiva y de presunción "iuris tantum" y no "iuris et de iure", de modo que la norma relativa a la preterición errónea es de carácter excepcional, es decir que la regla general es la preterición intencional, por lo que la no intencional, como excepción que es, debe ser interpretada restringidamente.

⁶⁹ Aquesta Sentència mereix ser reproduïda en part, ni que sigui pel que diu en el seu FJ Segon: "*Segundo.- ... Es de lamentar no poder reproducir, ni siquiera someramente, el amplio discurso desarrollado en el escrito del recurso (que destaca en alta medida por su brillantez y profundidad, sí que también singular habilidad; lo que asimismo es de decir, porque justicia obliga, respecto de los demás escritos obrantes en la casación, y es extensible a las conclusiones de primera instancia), pero razones obvias, especialmente de espacio, lo justifican. Y aunque resumir un contenido tan erudito en unas pocas líneas constituye una tarea ardua, es preciso llevarla a cabo aún a riesgo de reducir su lustre. En síntesis, el recurrente viene a sostener que toda filiación jurídica por naturaleza (se excluye la adoptiva) tiene como base y fundamento la existencia previa de una filiación biológica, y que la amplia libertad en la investigación de la paternidad responde a la necesidad de buscar la verdad material...*

Tercero.- Desestimado el recurso de casación que pretendía contradecir el pronunciamiento judicial de paternidad, procede examinar el otro recurso de casación; el planteado por D^a X, y en el que, mediante siete motivos, se trata de dejar sin efecto la decisión de la Audiencia que revocó la del juzgado, y obtener la nulidad del testamento otorgado por D. Z el 17 de marzo de 1967 y como consecuencia la apertura de la sucesión abintestato del Sr. Z. con declaración de la actora-recurrente como única heredera intestada del padre. Antes de entrar en el estudio detallado de los motivos del recurso es preciso dejar sentado que no cabe polemizar sobre la condición de legitimaria de Da. X., ni en relación a si, a causa de la omisión en el testamento del Sr. Z, está comprendida o no en el ámbito de aplicación del art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960, por lo que resultaría ocioso cualquier comentario acerca de las alegaciones efectuadas en torno a si la regulación legal comprende el supuesto de autos y al alcance de la incidencia constitucional (principio de igualdad del art. 14 y disposición transitoria tercera de la Constitución Española). La

razón de efectuar esta exclusión se halla en que la Sentencia de la Audiencia declara explícitamente el carácter de legitimaria de la actora y reconoce que la falta de mención en el testamento de su padre D. Z de fecha 17 de marzo de 1967 constituye preterición, y por lo tanto es de aplicación el art. 141 de la Compilación, y tal conclusión no ha sido adecuadamente impugnada en casación por lo que devino firme, sin que sea cauce procesal idóneo para su planteamiento el del escrito de impugnación del art. 1710, dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sólo cabe discutir si la preterición es intencional o es errónea, pero no si hay preterición. En el primer motivo del recurso formulado por la Sra. XI se alega infracción del párrafo tercero del art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960. El art. 141 (en su redacción originaria de 1960) establece, en su p. segundo, que «la preterició del legitimari no donarà lloc a la nul·litat del testament; però al preterit li quedarà salvat el dret a exigir allò que per llegítima li correspongui»; y p. 3º «nogensmenys, la preterició del legitimari qui sigui fill o descendent legítim del testador que hagi nascut o arribat a ésser legitimari, després d'atorgat el testament, o l'existència del qual el causant ignorava en testar, constituirà preterició errònia i conferirà al legitimari preterit acció per a obtenir la nul·litat total del testament». La Sentencia impugnada, con fundamento en una serie de circunstancias (tiempo transcurrido desde finales de 1978 en que se sancionó la Constitución hasta el 28 de abril de 1982 en que falleció D. Z.; conocimiento por éste del cambio político-social y legislativo, como consecuencia de dicho Texto Fundamental, que se produjo en relación con la situación de los hijos extramatrimoniales; las circunstancias personales del Sr. Z. en orden a preparación, cultura y posición económica; importancia del patrimonio con deducción lógica de un interés y preocupación por asegurar su sucesión; fácil acceso a un asesoramiento jurídico que incluso podía procurarse por sí mismo), estima que el Sr. Z. conoció plenamente el alcance de la operatividad de la Constitución en cuanto a la situación (condición) de su hija extramatrimonial, y concretamente en el ámbito sucesorio, y a pesar de ello decidió mantener sus últimas voluntades tal y como las había expresado en su testamento de 17 de marzo de 1967. Y esta voluntad de mantener la disposición por causa de la muerte que tenía efectuada, la valora la Sentencia como excluyente del supuesto de preterición errónea, y por lo tanto constitutiva de preterición intencional, que sólo concede derecho a legítima. Para la parte recurrente, la resolución recurrida infringe el apartado tercero del precepto, porque en esta norma se contempla como incurso en preterición errónea al (preterido) «que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento y Dª X adquirió tal condición de legitimaria como consecuencia del nuevo sistema constitucional en materia de filiación, teniendo por lo demás la condición de preterida, tal y como ello se entiende según el primer párrafo del art. 141 de la Compilación. La recurrente viene a sostener en la interpretación del precepto una tesis eminentemente objetivista (mandato objetivo), de la que, en lo que trasciende al caso, parece deducir que desaparecida la situación de error del causante, como consecuencia del conocimiento de que determinada persona ha adquirido la condición de legitimario, (-en el supuesto litigioso por cambio constitucional, pero podría ser por adopción, u otra eventualidad-), solo cabría valorar como relevante para excluir la calificación legal de preterición errónea un nuevo acto de disposición «mortis causa» en el que omitiera totalmente al nuevo legitimario. Por el contrario, la Sentencia de instancia mantiene una tesis más

subjetivista en el sentido de admitir la posibilidad de valorar una voluntad consciente del causante de que prevalezca la disposición de sus bienes para el caso de muerte tal y como la tiene efectuada en un testamento de fecha anterior, a pesar de que el acontecimiento posterior, e imprevisible al tiempo de testar, puede llegar a afectar indirectamente a la integridad de dicho testamento. Y tal voluntad puede constar en forma explícita, sin necesidad de acto formal, o implícita, y revelarse al juzgador por medios de prueba directos o indirectos. Debe ya advertirse que no se trata de una nueva disposición «mortis causa», ni una alteración o subsanación de voluntad existente, ni de dar valor a una mera inactividad del «decius» una vez conocido el acontecimiento sobrevenido, sino de una expresión de voluntad en determinado sentido, que en el caso de presunción exigirá la concurrencia de una base fáctica cierta y consistente que permita una inferencia lógica y razonable, pero esto es otra cosa, porque forma parte del tema probatorio, y no de la interpretación del derecho sustantivo civil. De darse el caso, no cabría hablar ya de preterición errónea (o no intencional), sino que ya no hay error, y existe voluntad, conciencia de preterir, por lo que los efectos jurídicos habrán de ser cuando por el interesado se denuncie la situación, los de la preterición intencional, también llamada voluntaria o deseada. Es claro que el causante no puede privar de la legítima, pero resulta discordante con la situación real la anulación del testamento. El testador no ignora que el heredero tendrá que hacer efectiva la legítima al legitimario con arreglo a lo legalmente establecido, pero no parece racional exigirle que vuelva a repetir el testamento sin mención del legitimario para que cupiere entender la preterición como intencional, y no errónea. Sería tanto como exigir un acto testatorio para efectuar únicamente una desheredación tácita sin causa. La doctrina expuesta parece la solución más correcta para decidir el caso de autos, tanto en la perspectiva técnica-jurídica de aplicación del derecho como en la de justicia del caso concreto. Y es que existen argumentos de notoria entidad en su apoyo. Destacan la consideración de la tradición jurídica catalana, formada por las antiguas leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina, en materia de preterición, y cuyo valor para interpretar e integrar las normas del Derecho Catalán viene explícitamente reconocida en el art. 1, párrafo segundo, de la Compilación, como ya antes se dijo. En Cataluña se aplicaba el Derecho Romano y concretamente el régimen surgido de la Novela 115 con arreglo a la que los que debiendo haber sido instituidos en el testamento eran preteridos podían obtener mediante la «querela inofficiosi testamenti», la rescisión de la institución del heredero, según unos, o la anulación del testamento, según otros. El Privilegio concedido por el Rey Pedro III a los ciudadanos de Barcelona el 19 de octubre de 1339 (const. única, título 1, libro 60, vol. 20) reforzó las facultades del testador y configuró el efecto de la preterición en el justo marco de la protección de la legítima, que era el único límite a la libertad de disponer de los bienes por causa de muerte. Se decía « ... tal testamento u otra cualquiera última voluntad, no sea ni se pueda llamar nulo o nula, ni pueda anularse, aunque sean preteridas o desheredadas las personas que según «iure communi» debieran instituirse, o no se haga mención alguna de póstumo o póstumos ... », y se añadía más adelante « ... empero las personas que debieran instituirse y a aquellas a las que deba hacerse mención, les quede a salvo su derecho sobre la legítima, a no ser que fueran justamente preteridos y también desheredados ... ». Cancer (Var. Res. Parte la, Cap. 40. núms. 40 a 44) resuelve un caso muy concreto (mujer que había instituido heredera a un

pariente y que con posterioridad se casa, tiene un hijo y fallece en fecha próxima al parto), al que no considera aplicable en Privilegio, y a continuación expone su opinión de que éste no se extiende a los póstumos, engendrados y nacidos después de otorgado el testamento. El fundamento se halla en un defecto de voluntad del causante; la preterición no fue consciente, sino que respondió a una situación de ignorancia (desconocimiento). De tal doctrina emana la denominada preterición errónea; y el sistema, reconocido en la jurisprudencia, pasó en su esencia a la Compilación, haciéndose extensivo a toda Cataluña. Parece obvio por lo tanto la «ratio essendi» de la regulación legal, y la fundamentación eminentemente subjetiva y de presunción «iuris tantum», y no «iuris et de iure». Además, como se razona en la resolución recurrida, y con gran detalle se expresa en el escrito impugnatorio del recurso de D. YI, la norma relativa a la preterición errónea es de carácter excepcional. La regla general es la preterición intencional, de modo que la no intencional, como excepción que es, debe ser interpretada restringidamente. Y por último, como argumentos de refuerzo aún cabe añadir que, manteniéndose la intangibilidad del testamento (y claro es, con la razonabilidad dimanante del conocimiento de la voluntad o deseo del causante) se contribuye a la operatividad del principio general de conservación del negocio jurídico -favor testamenti- y el más específico de sagrado respeto a la voluntad del testador, sin el mínimo detrimento legal, al conservar la legitimaria en su cabal integridad el derecho a la legítima conferido por el derecho positivo. Por todo ello procede desestimar el primer motivo del recurso, ya que con la interpretación seguida por el juzgador «a quo» no se ha vulnerado el art. 141, tercero, de la Compilación. La misma suerte desestimatoria debe seguir el motivo segundo en el que se aduce vulneración del párrafo segundo del art. 675 del Código Civil en el que se establece que «el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley». La inaplicabilidad del precepto resulta, por un lado, de que un testamento con preterición errónea no sería nulo con nulidad radical, sino todo lo más anulable, -impugnable-; por otro lado, el precepto se refiere a un testador que hubiese consignado en su testamento una cláusula de prohibición de impugnación del mismo (la disposición legal respondió según enseña la doctrina a la finalidad de cortar abusos producidos bajo el derecho anterior al código, en que solía insertarse la cláusula prohibitiva, bajo pena de pérdida de los derechos que pudieran corresponder al impugnante); y en cualquier caso, se hace supuesto de la cuestión, porque, como se ha dicho, la preterición se valora como intencional, y no como errónea. Igualmente debe ser desestimado el motivo tercero del recurso en el que se denuncia infracción del art. 687 del Código Civil y de los artículos 101, 105, dos, 106 y 107, hay que entender aunque no se dice, de la Compilación, y es que tales preceptos se refieren a las formalidades de los actos de última voluntad, -testamentos, codicilos y memorias testamentarias-, y en el caso no se contempla ningún nuevo acto jurídico «mortis causa», por lo que no se prescinde de formalidades necesarias y solemnes de ningún género. Tampoco se trata de subsanar nada, ni de dar eficacia a algo como si se testara de nuevo, ni de dar fuerza a una abstención como acto de última voluntad. No se aprecia una mera inactividad, por lo que no se acoge ni siquiera la doctrina (por cierto mantenida en la Sentencia del T.S. de 4 de julio de 1889) de que «quién pudiendo reformar un testamento, no lo hizo, es porque quiso mantenerlo». Lo que se hace es valorar una voluntad del causante de conservar, pese al

Successions, distingeix una tesis objectivista segons la qual, un cop ha desaparegut la situació d'error del causant, a causa de conèixer la condició de

acontecimiento sobrevenido (y sin perjuicio de los efectos legales que correspondan), un testamento existente, sin necesidad de volver a testar para en forma expresa o tácita contemplar dicho acaecimiento. La entidad o intensidad de los hechos, datos o circunstancias que permiten inferir la voluntad de que se trata es un tema probatorio, y por ende ajeno al motivo. Precisamente los motivos cuarto, quinto y sexto tienden a impugnar la presunción posesoria. Excluido de pleno el último, porque la denuncia de infracción del o tiene por si sola ninguna eficacia en art. 1249 del Código Civil en casación al tratarse de un problema de apreciación probatoria -«error de hecho»-, de conocimiento limitado a la instancia, los otros dos motivos se centran en la vulneración del art. 1253 del mismo cuerpo legal citado que al referirse a las presunciones «hominis» exige para su estimación como medio de prueba la indispensabilidad de que el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. El planteamiento casacional de la problemática, cuando se pretende impugnar las presunciones acogidas en la Sentencia impugnada, exige para la prosperabilidad del recurso la constancia de que la inferencia efectuada es ilegal, absurda, inverosímil o contraria a las reglas de la lógica (ad. exemplum. S.S. 25 de julio y 3 y 26 de diciembre de 1991 y 17 de mayo de 1992). Y en el caso ocurre que la deducción extraída por el juzgador «a quo» no sólo no incurre en ninguno de tales defectos, ni se advierte irrazonabilidad ni arbitrariedad alguna, sino que se estima cabalmente convincente y correcta, e incluso cabría añadir otras circunstancias que la refuerzan, siquiera no sea necesario. Y además la conclusión final es esencialmente justa. Por todo ello procede también desestimar los motivos cuarto y quinto del recurso, en los que además no se dice nada relevante qué desvirtúe la deducción de la Sala de instancia, se incurre en algunos sofismas, tratándose de sustituir una apreciación objetiva por consideraciones subjetivas, y en concretos aspectos se hace supuesto de la cuestión. Por último debe rechazarse el motivo séptimo, porque en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia impugnada, al que el mismo se refiere, se hacen unas interesantes consideraciones en relación con el desajuste temporal de la legislación ordinaria como consecuencia de los cambios sociales y constitucionales, y se hace especial hincapié en los reajustes de las instituciones civiles para adecuarlas a principios razonables, con concreta referencia a la reforma efectuada en el art. 141 de la Compilación (Texto Refundido aprobado por Decreto Ley de 19 de julio de 1984) cuando, como aquí ocurre, la declaración judicial de filiación se produce después de fallecido el testador, sin embargo sucede que toda la argumentación es «ex abundantia» (o subsidiaria), por lo que al no prosperar la impugnación de la fundamentación principal que constituye la base determinante del fallo, queda excluida de la casación; y además, en todo caso, aunque es cierta la inaplicabilidad al supuesto, por razones de derecho intemporal, del texto compilado de 1984 (párrafo cuarto del art. 14 l), siempre procedería, por lo que se razonó, el mantenimiento del fallo recurrido, deviniendo por ende irrelevante el eventual acogimiento del motivo (S.S. T.S. 30 de enero, 15 de febrero, y 6 de marzo de 1992, entre otras).”

legitimari, per tal d'excloure la qualificació de preterició errònia és necessari un acte de disposició "mortis causa". En canvi, la tesis subjectiva considera que es pot admetre la possibilitat de valorar una voluntat conscient del causant un cop ha conegut, després d'atorgar el testament, la condició de legitimari. I el fet de no canviar el testament, podent, transformar l'error en intenció al mantenir el testament sense modificar-lo. La Sentència s'inclina per la tesis subjectiva perquè, segons diu, (1) és més propera a la tradició jurídica catalana, (2) la preterició errònia és de caràcter excepcional i per tant ha de ser interpretada restrictivament i (3) mantenint el testament es contribueix a la operativitat del principi general de conservació del negoci jurídic –favor testamenti-.

És a dir, estableix com a criteri general que, qui podia haver canviat el testament i no ho va fer, vol dir que consenteix voluntàriament que la preterició inicialment errònia (al temps de testar) es transformi en intencional (voluntària).

Pensem que, establir aquest criteri com a general pot ser perillós, i també injust en molts casos.

La pregunta serà, "Constitueix preterició voluntària el fet que el causant no atorgui nou testament després de saber de l'existència del seu fill legitimari? La resposta és rotundament no."⁷⁰ Una cosa és que no s'atorgui testament, i una altre ben diferent és que això impliqui preterició intencional. No perquè la preterició s'hagi de valorar al temps de fer el testament i no després, sinó perquè no és cap entimema que si el testador no atorga nou testament és que la preterició és voluntària. Això –ben clarament- és fer supòsit de la qüestió.

La tesi objectiva, en canvi, la sostenen altres Sentències del Tribunal Suprem, posteriors a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 21 de Desembre de 1992, per exemple la Sentència de 22 de Juny de 2006 (RJ 2006/3082), que en cita dues anteriors del mateix Tribunal Suprem de 30 de Gener de 1995 (RJ 1995/388) i 23 de gener de 2001 (RJ 2001/997) en un cas en que el testador no menciona a un segon fill extramatrimonial nascut posterior al testament, i la Sentència estableix que:

⁷⁰ Seguim a RAMOS MÉNDEZ, treball inèdit, Barcelona, Juny 2007.

“... que en el presente caso el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia y, cuando la supo, no lo modificó y quedó viciado de preterición errónea con el importante efecto de anulación de las disposiciones testamentarias...en el caso que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento, la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada ex re ipsa... la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria...”

És a dir, per la teoria objectiva és un error traslladar la decisió de l'existència de preterició al temps de la mort del testament, perquè la preterició ha d'apreciar-se en funció de la falta de menció del legitimari al temps de fer el testament, i no la falta de menció del legitimari en el testament al temps de morir.

La frase subjectiva i especulativa en que es pot resumir la Sentència del tribunal Superior de Justícia de 21 de desembre de 1992, “si no va atorgar testament podent, vol dir que el testador va tolerar que la preterició errònia es transformés en intencional”, es pot girar completament aplicant una “segona” teoria subjectiva on la frase resum seria: “Si el testador sabia que la preterició al temps de testar era errònia i podent, no va mai modificar el testament, és que ja li estava bé que el testament fos nul”, atès que la preterició s'analitza i es determina al temps de testar, i no després.

Hi ha un altre important motiu per no aplicar la teoria subjectiva de la Sentència del tribunal Superior de Justícia de 21 de desembre de 1992, i aquest motiu té molt a veure amb l'exigència de formalitats en deixar clara la voluntat en quasi bé tots els actes de última voluntat. Idea que és frontalment contrària a la de treure conclusions de l'actitud “passiva” del testador després d'haver atorgat el testament i conèixer de l'existència d'un fill preterit.

Precisament el fet de no modificar el testament, sabent que és nul per preterició, i que només un acte exprés i formal pot modificar-lo, fa que, (ben al contrari que la Sentència del tribunal Superior de Justícia de 21 de desembre de 1992), la situació

s'interpreti tenint en compte la necessària formalitat per a què els actes de darrera voluntat siguin vàlids i eficaços. De manera que, si un testador, poc abans de morir, sabent inclús que ha de morir, i sabent que en el seu darrer testament va preterir a un legitimari, opta per no modificar el testament, vol dir que no vol modificar el testament. I això no implica transformar la preterició en intencional, ben al contrari, implica aplicar la Llei, i la llei diu que el testament és nul, ja que al temps de testar va preterir al legitimari sense saber que existia.

Una altre Sentència que recull aquesta temàtica i que aplica la teoria objectiva és la Sentència de l'AP de Tarragona de 21 de novembre de 2.008 (Secció 3a) (Id Cendoj: 43148370032008100407), que diu, la part rellevant que interessa:

“Expresándolo en otros términos, como señala la parte recurrente, el hecho de que el causante Sr. Nazario no adaptara su testamento a la nueva realidad tras el nacimiento posterior de su hija Margarita, en modo alguno puede interpretarse como una voluntad del mismo de excluirla de su herencia, ya que dicha exclusión requeriría un acto expreso e indubitado en tal sentido; igualmente es importante la declaración como testigo del Notario Sr. Mulet quien manifestó que nunca oyó al causante Sr. Nazario decir que quisiera desheredar a su hija Margarita, ni tampoco que quisiera hacer un testamento para incluirla, añadiendo a preguntas de S.Sª. que en una ocasión le comentó que un día hablarían sobre su testamento. Resulta significativa en apoyo de la tesis expuesta la STS, Sala de lo Civil, de 23-01-2001 "Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada "ex re ipsa". Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento.”

A banda que, el plantejament de l'existència de la preterició, no és una *quaestio facti*, sinó que és una qüestió legal, a més a més, l'article estableix una presumpció “*iuris et de iure*”⁷¹.

4.4.8.- Inoficiositat de les donacions, a qui demandar i com demanar-ho.

Des del punt de vista de la legitimació (activa i passiva) la inoficiositat de les donacions planteja diverses qüestions interessants que un sector de la doctrina ja ha destacat expressament⁷².

En general hem de partir de la idea de que no cal declarar la nul·litat de les donacions. Perquè el que pretén el legitimari és una condemna de valor, i per tant, per computar el *donatum*, no cal declarar la seva nul·litat per una eventual simulació. No cal declarar la nul·litat de la donació o de l'eventual compravenda simulada, perquè del que es tracte és de computar el seu valor, no pas de reintegrar els béns al patrimoni hereditari. De fet, penso que, el legitimari, no té acció per interposar l'acció de declaració de la llegítima, no té legitimació activa per pretendre la nul·litat de negocis simulats entre el causant i l'hereu o el causant i tercers (normalment donataris, però que també poden ser aparents compradors de negocis simulats, tots ells habitualment vinculats familiarment a l'hereu).

Altra cosa –ben diferent– és que, en el patrimoni (de l'herència o de l'hereu) no hi hagi prous béns per pagar-la, i aleshores sigui necessari declarar inoficioses les donacions, o una part d'elles, per poder pagar la llegítima. Però és important capir la diferència entre l'acció de fixar la llegítima i la necessitat de declarar nul·les les donacions (encobertes o no), només tindrà legitimitat per revocar les donacions si en el patrimoni (de l'herència o de l'hereu) no hi ha prous béns per pagar-la. Però com veurem seguidament, cal preguntar-se, com pot saber el legitimari si els béns han estat donats? Com pot saber el *quantum* del béns donats? i; Com pot saber

⁷¹ Com ha dit la SAP Barcelona de 3 d'octubre de 1986 (RJCat 1987, I, pp 42-43). ROCA i TRIAS, “Natura i contingut de la llegítima en el dret civil català”, a *Estudios sobre la legítima catalana*, Càtedra Duran i Bas, Barcelona, 1975, p. 91.

⁷² MARSAL GUILLAMET, “Responsabilidad del heredero por el pago de la legítima. Comentario a la STSJC 25/2002, de 12 de septiembre”, *Indret*, 2003, núm. 2, pp 1-10.

quantas donacions impugnar per poder cobrar la llegítima? La legislació no posa cap eina per poder tenir aquesta informació, no es preveu cap obligació de rendir comptes, de fer inventari de les donacions fetes pel causant. De fet, la legislació ni tan sols preveu l'obligació de l'hereu de comunicar la defunció del causant als legitimaris, l'Administració –sobretot la tributària- només s'ha preocupat d'ella obligant a l'hereu declarar l'herència en 6 mesos, però dels legitimaris res de res.

Tampoc hem de confondre l'acció d'inoficiositat amb l'acció de nul·litat de la compravenda que simula la donació. La donació a un tercer dissimulada per compravenda (per exemple) computa per calcular la llegítima, però no cal impugnar la seva validesa i declarar-la nul·la si l'hereu té prou béns per pagar la llegítima, perquè aleshores no cal revocar la donació. El que sí hem d'acreditar i manifestar a la demanda –com un fet- és que la compravenda és una simulació, que en realitat és una donació que s'ha de computar per calcular la llegítima. I després, acreditar aquesta realitat. No caldrà, doncs, en aquest cas, demandar al donatari.

Pot ser que l'hereu hagi acceptat l'herència pura i simplement, aleshores, si l'hereu té patrimoni personal no caldrà tampoc revocar les donacions, atès que la responsabilitat serà *ultra vires*, és a dir, respondrà amb el patrimoni propi de l'hereu. En aquest cas, doncs, a banda d'estalviar-nos d'interposar una acció, no cal tampoc demandar als donataris i ens podem estalviar complicar el plet amb més demandats, i sobretot la complicació d'aplicar l'article 451-23 referit a l'ordre de reducció de les donacions, que processalment complicaria molt el procés. En aquests casos, el que serà difícil és que l'hereu pugui pagar en béns, a no ser que opti per interposar ell –per reconvençió- l'acció d'inoficiositat per revocar les donacions, ja sigui per aprofitar la demanda per revocar les donacions i poder pagar la llegítima amb el seu valor, ja sigui per fer servir els béns donats per pagar directament en béns la llegítima.

En canvi, si l'hereu ha acceptat a benefici d'inventari, la responsabilitat serà *intra vires hereditatis*, és a dir, respondrà només amb el patrimoni de l'herència, i aleshores, si l'herència rebuda per l'hereu és insuficient per pagar la llegítima,

haurem de demandar necessàriament als donataris, i declarar inoficioses totes o una part de les donacions, si volem fer possible i efectiu el pagament.

Tampoc cal demanar la inoficiositat de les donacions quan el donatari és el propi hereu, atès que hi hauria igualment confusió en el patrimoni si el donatari és el propi hereu, qüestió aquesta que veurem més endavant amb més detall a l'estudiar la inoficiositat de les donacions des del vessant general i no des de la legitimitat com estem comentant ara.

L'anterior té especial importància també, pel joc dels diferents terminis de prescripció i caducitat que tenen l'acció de reclamació de la llegítima (10 anys de prescripció de l'article 451-27. CCC), i l'acció d'inoficiositat (4 anys de caducitat de l'article 451-24.2 CCC). De manera que si han transcorregut els 4 anys de caducitat, l'hereu ha acceptat a benefici d'inventari i no té prou béns per pagar la llegítima, el legitimari no aconseguirà cobrar tota la quota legitimària.

En aquests casos la qüestió es complica.

El dubte que es planteja és si el termini de caducitat de l'acció d'inoficiositat es pot ampliar fins a 10 anys al legitimari que ignora l'existència de donacions. Dit d'altra manera, sembla que no és coherent el sistema de terminis de caducitat i prescripció, perquè si per aconseguir cobrar la llegítima s'ha d'acumular també l'acció subsidiària d'inoficiositat, aleshores en realitat, es pot afirmar que l'acció de reclamar la llegítima prescriu també als 4 anys en els casos de responsabilitat *intra vires hereditatis*, en que l'hereu hagi acceptat a benefici d'inventari i no tingui prou béns per pagar la llegítima a causa de donacions fetes a tercers.

Amb l'agreujant, en aquest esquema mental, que el legitimari, moltes vegades, ignora els detalls i interioritats del patrimoni del causant i per tant, encara que no és freqüent, és possible que el legitimari ignori l'existència de les donacions a tercers. No podem oblidar que els processos de reclamació de llegítima són processos que podríem anomenar d'investigació, on el legitimari habitualment no pot tenir coneixement de la situació patrimonial del causant i de l'hereu⁷³.

⁷³ Al nostre entendre un dels defectes genèrics de la LEC actual és la manca de processos especials. I encara que ens desviem un poc del tema, val la pena afegir aquí que potser es troba a faltar un procediment especial per la llegítima.

En casos de dubte o de sospita de donacions a tercers, serà prudent l'advocat que esgoti al màxim la investigació abans d'interposar la demanda.

En tot cas, si la investigació no ha estat efectiva, podríem interposar primer la demanda de declaració i pagament de la llegítima, i després en un segon procés, la demanda d'inoficiositat de les donacions. No serà el procediment natural, perquè la declaració d'inoficiositat, és una acció de rescissió subsidiària, i per tant accessòria a una principal (la del pagament de la llegítima), però en els casos que el legitimari pugui acreditar mínimament que no sabia o no podia saber l'existència de les donacions, crec que s'ha de permetre la interposició de l'acció d'inoficiositat en el segon plet sense poder aplicar a la situació el rigor implícit de l'article 400 de la LEC (el fet que els demandats siguin diferents –donataris– facilitarà molt la defensa d'aquesta opció).

Els diferents terminis de prescripció i caducitat de l'acció de reclamació de llegítima i de l'acció d'inoficiositat fan que sigui un sistema incoherent, perquè com dèiem, el legitimari no coneix ni pot saber de l'existència de donacions, perquè si no té accés al coneixement del patrimoni del causant, amb més raó ignora l'existència d'eventuals donacions a tercers.

Com es pot exigir al legitimari que per declarar inoficioses les donacions tingui 4 anys i per reclamar la llegítima 10?

A part que el termini de l'acció d'inoficiositat és de caducitat, quan – probablement- hauria de ser de prescripció, atès que en general els terminis de caducitat estan pensats per situacions en que es pugui fer deixadesa del dret de forma voluntària.

En fi, al marge qüestions de *lege ferenda*, els terminis són els que són, i amb aquesta situació hem de treballar, i per tant hem de decidir com aplicar el joc de terminis per fer coherent el sistema entre les dues accions de reclamació de llegítima i acció d'inoficiositat.

Una primera opció seria seguir la literalitat, és a dir, mantenir la incoherència, amb la simple justificació que, el legitimari ha de saber que, si cal declarar

inoficioses les donacions, té 4 anys per fer-ho, i per tant ha de comptar que en aquests casos no pot esperar els 10 anys de prescripció per reclamar la llegítima.

Una segona opció seria aplicar el principi de *actore non valente non currit praescriptio*, és a dir, el de l'acció *non nata*. El legitimari que ignora la realitat de la situació patrimonial de l'herència i l'existència de les donacions a tercers, no comença el termini per impugnar les donacions sinó des de que en té o pot tenir coneixement.

La possibilitat de l'exercici de l'acció és la que marca els *dies a quo* de la caducitat (STS 19 de Desembre de 2001, Id Cendoj: 28079110012001101780)⁷⁴. Aquesta doctrina, que és constant i reiterada, defensa que no es pot iniciar el termini de prescripció (i de caducitat) mentre el fet il·lícit romanguí ocult o clandestí i no estigui fins i tot exterioritzat (la donació no inscrita en el Registre de la Propietat per exemple), o no consti de forma notòria, impeding al legitimari la possibilitat de contradir.

En aquests casos, doncs, és lògic pensar que els 4 anys de caducitat s'haurien d'iniciar a partir que el legitimari té coneixement de l'existència de les donacions.

Una tercera opció –compatible amb les dues anteriors- seria responsabilitzar a l'hereu del fet de no haver advertit al legitimari de l'existència de les donacions, de manera que la responsabilitat de l'hereu es transformés de *intra vires* a *ultra vires*; atès que és l'hereu l'obligat a pagar la llegítima i també és l'hereu que pot conèixer –al menys amb molta més facilitat- la situació patrimonial del causant, sembla possible sostenir que ell sigui el responsable de que el legitimari li caduqui l'acció per demanar la inoficiositat de les donacions, ja que l'hereu diligent –conscient per tant de que ha de pagar la llegítima- és qui hauria de demanar la rescissió –inoficiositat- de les donacions per poder pagar la llegítima, de manera que, si no ho fa, sigui ell responsable amb el seu patrimoni. Responsable en definitiva de no haver demanat la inoficiositat de les donacions als donataris. Perquè en molts casos, l'hereu serà conscient de l'existència de les donacions i també serà conscient de que el legitimari les ignora. En la majoria de casos les

⁷⁴ També la SAP Barcelona Secció 13a. de 28 d'Abril de 2000, Id Cendoj: 08019370132000100235, que cita les STS de 7 de Març de 1962 y 29 de maig de 1965, citades totes també per la SAP Barcelona Secció 13a. de 5 de Novembre de 2014, RJCat. 2015-2, Jurisprudència, p. 345-348.

donacions a tercers es fan a persones properes a l'hereu, precisament per distreure encara més el patrimoni i evitar el pagament de la llegítima.

Recordem les preguntes fetes anteriorment: Com pot saber el legitimari si els béns han estat donats? Com pot saber el *quantum* del béns donats? i; Com pot saber quantes donacions impugnar per poder cobrar la llegítima? Són dades que estan en l'esfera de coneixement de l'hereu i no pas del legitimari.

Des d'aquest punt de vista, no sembla pas lògic gravar al legitimari amb la interposició d'una acció –que no oblidem dimana de la Llei i no del testament- de la que desconeix la situació precisament perquè la seva posició -del legitimari- es troba fora de l'abast de coneixement, i en alguns casos, el causant, l'hereu i els donataris han fet tot el possible per ocultar al legitimari aquesta situació patrimonial per dificultar-li la reclamació de la llegítima. La pràctica ensenya que els mecanismes per evitar el pagament de la llegítima són cada vegada més sofisticats i elaborats.

En tot cas, des el nostre punt de vista, l'hereu sempre ha de respondre personalment del pagament dels interessos de la llegítima, atès que el retard en el pagament de la llegítima és imputable només a ell.

4.4.9.- Sobre la necessitat d'impugnar els negocis simulats.

Respecte d'aquesta qüestió ens remetem al que hem exposat en l'apartat anterior, però val la pena afegir un aspecte que fins ara no hem analitzat.

És unànime el criteri de que, salvant els casos concrets que hem especificat abans, no cal demanar la invalidesa del *donatum*, però una altra qüestió és la necessitat d'explicar la causa per la que els béns s'han de considerar *donatum*.

I en aquest sentit, doncs, creiem que efectivament s'ha d'explicar mínimament, el motiu de la seva inclusió com a *donatum*, és a dir, s'ha d'explicar perquè els negocis simulats per compravenda, vitalici, etc., s'han de considerar gratuïts i computar.

Serà suficient però la simple manifestació de que van ser cedides gratuïtament sota l'aparença d'un negoci simulat, és suficient en dir que s'han de considerar

donacions i que per tant s'han de computar en el càlcul de la llegítima. La resta és matèria probatòria per tal d'acreditar (o millor, esbrinar) si realment van ser negocis onerosos o gratuïts⁷⁵.

⁷⁵ En aquest sentit, la SAP Barcelona de 24 Febrer 2015, Secció 16a. Ponent Sr. Valdivieso Polaino, Id Cendoj: 08019370162015100064, aborda directament la qüestió: “... *Lo único que era preciso es que el demandante alegase el motivo por el que debían tenerse en cuenta las fincas para determinar el caudal hereditario y, en consecuencia, la cuantía de la legítima.*

En cuanto a esto último creemos que la alegación del demandante fue suficiente. Podría haber sido más explícita pero fue suficiente.

Al enunciar los bienes inmuebles cuya valor debía considerarse para determinar la cuantía de la legítima, mencionó el demandante las dos fincas que nos ocupan. Respecto a la de la calle Santa Coloma, enunciada en el puesto número 12 de la relación de inmuebles, la demanda dice que la finca fue cedida gratuitamente por la causante. Respecto a la de la calle Roser afirma la demanda, simplemente, que había sido cedida al demandado Josep María, aunque sin precisar que lo fue gratuitamente, como se había hecho con la otra finca.

En el apartado octavo de los hechos el demandante se refiere a la innecesariedad de pedir que se dejasen sin efecto las donaciones por inoficiosidad, con lo que evidentemente se estaba alegando que la razón de tener en cuenta las dos fincas era que, en realidad, habían sido donadas bajo apariencia de entrega a cambio de alimentos futuros. A ningún otro bien de los comprendidos en la demanda podía referirse esta alegación del hecho octavo de dicho escrito inicial.

Por consiguiente no hacía falta nada más para que pudiese abordarse la cuestión en el proceso (se decía que las cesiones habían sido donaciones y que los bienes cedidos habían de tenerse en cuenta) y lo único que ha de hacerse ahora es considerar si las cesiones fueron, en realidad, donaciones, o contratos onerosos...”

5.- LA DEMANDA

5.1.- Jurisdicció i competència

No cal dir que la jurisdicció ordinària competent és la civil, ara bé el dubte és si podem acudir a l'arbitratge. La resposta és positiva, amb limitacions. L'article 464-7 CCC, en la secció de *La partició*, permet sotmetre a arbitratge la realització de la partició o les controvèrsies que se'n derivin, i expressament diu: "fins i tot les relatives a les llegítimes".

La llegítima ha estat configurada sempre com una matèria indisponible, d'ordre públic, a causa de la seva configuració legal i de la seva nota característica d'intangibilitat. I per tant, d'acord amb l'article 2 de la Llei d'arbitratge les matèries indisponibles queden excloses.

Seguint aquesta pauta, sembla que, *prima facie*, la llegítima hagi de quedar exclosa. Però tampoc podem ignorar el contingut de l'article 464-7 CCC sense més. Possiblement el que és indisponible és la declaració del legitimari, és a dir el dret a ser legitimari i a percebre la llegítima, el fet de la seva intangibilitat. Hem de convenir que en els plets de llegítima l'objecte del plet és habitualment tot el

que envolta les operacions de computació, no pas la declaració de legitimari. Però el que no és indisponible, sinó totalment disponible, són les operacions de computació i imputació.

És cert que les operacions de computació estan taxades, però també és cert que la llegítima és renunciable, i sobretot, són disponibles (renunciables) els béns, drets i obligacions que configuren la computació de la llegítima. No hi ha dubte que, hereu i legitimari poden arribar a una transacció en la fixació de l'import de la llegítima i en la forma de pagament, i per tant poden sotmetre també aquests qüestions a l'arbitratge⁷⁶.

5.2.- Quantia de la demanda. Aspectes generals.

La quantia del plet no presenta una particular complexitat. Es determinarà en funció de la petició o peticions de la demanda. Ara bé, pot tenir repercussions interessants en relació al procediment a seguir.

La quantia de la demanda serà el valor estimat dels béns al temps d'interposar la demanda segons la regla 2^a de l'article 251 LEC (en relació a la 3^a).

Mereix un comentari especial la determinació de la quantia del plet quan l'acció que s'exercita només consisteix exclusivament en l'atorgament de l'escriptura de lliurament de la llegítima (si és que consisteix en un llegat d'un immoble), sense cap altra petició de reivindicació o de declaració de validesa o eficàcia del llegat. Aleshores es presenta el dubte de si la quantia del plet hauria de ser el cost estimat de l'atorgament de l'escriptura o el valor del llegat. Si la petició de la demanda és la simple obligació d'atorgar l'escriptura pública, la quantia del plet haurà de ser el cost d'atorgar l'escriptura. És clar que, si el legatari ja té la possessió i titularitat del llegat i el gravat demandat no la qüestiona, no té sentit valorar la quantia del plet en el valor del llegat. Així ho sosté la Interlocutòria del TS de 24 Octubre 1995 (RJ 1995/10014).⁷⁷ Hi ha però alguna resolució

⁷⁶ De fet, en la web del Tribunal Arbitral de Barcelona apareix en la categoria de "conflicte freqüent" la "*determinació de la llegítima*".

⁷⁷ Diu la resolució:

contradictòria com la Interlocutòria del TS de 24 Febrer 2004 (JUR 2004/113934), encara que *obiter dictum*.⁷⁸

“TERCERO.- En el caso examinado, el objeto principal de la demanda viene constituido por la pretensión de elevación a escritura pública del contrato de compraventa de dos solares, por precio de 550.000 pesetas.

CUARTO.- De lo anterior se desprende que la cuantía del asunto ha de calcularse, conforme a la regla 12.ª del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el coste de la prestación de hacer instada en la demanda, siendo notorio que el mismo en ningún caso superará la cifra de 6.000.000 de ptas. impuesta como límite para el acceso a la casación.

QUINTO.- Asimismo, incluso en el caso de que se entendiera que lo verdaderamente debatido en la litis era la validez del contrato litigioso, tampoco la cuantía del pleito superaría los 6.000.000 de ptas., pues la misma, por aplicación de la regla 7.ª del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe calcularse según el precio pactado en el contrato (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 junio 1993 , 13 diciembre 1994 y 23 mayo 1995 y Autos del Tribunal Supremo de 25 marzo, 27 mayo, 17 julio, 28 octubre y 9 y 22 diciembre 1993 y 17 febrero y 12 mayo 1994, donde se sienta la doctrina de que en estos casos hay que acudir como límite máximo al precio pactado en el contrato y no al valor actual de su objeto), precio que en este caso es sensiblemente inferior al actual límite y que marcaría el tope de la cuantía porque su impago, y no en el del valor actual de los solares, era el óbice alegado por el vendedor para no otorgar escritura, sin que esté de más recordar que la cuestión de la cuantía es de orden público sustraída a la libre disposición de las partes, las cuales no pueden, mediante la indeterminación de la misma, asegurarse un eventual cierre o acceso a este recurso según sea el fallo favorable o desfavorable a su pretensión (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 julio 1992 y 6 octubre 1992, Auto del Tribunal Supremo de 13 mayo 1993 y Sentencias del Tribunal Constitucional 90/1986 y 93/1993). Finalmente, cabe puntualizar que en este caso el trámite del artículo 1694.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil habría sido superfluo al constar como cierto y no discutido el dato del precio de la compraventa litigiosa, hasta el punto de que en la comparecencia del juicio de menor cuantía (folio 20) el Juez, ante la alegación de la parte demandada de inadecuación del procedimiento por considerar adecuado el del juicio de cognición, acordó seguir los trámites del de menor cuantía por ofrecer mayores garantías, pero sin que el fundamento complementario de tal decisión en la regla 1.ª del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueda desde luego vincular a esta Sala.”

⁷⁸ Diu que: “...no puede determinarse al venir condicionado por el resultado de la reparcelación, no pudiéndose computar, por otro lado, a los efectos de determinación de la cuantía litigiosa, ni las pretensiones referidas al otorgamiento de escritura pública, ya que su estimación no sería sino una mera consecuencia jurídica de la estimación de la pretensión de declaración de validez y eficacia del referido contrato de opción de compra, y, por ello, en nada afectaría a la cuantía del pleito, ni, tampoco, la pretensión, de cuantía indeterminada o, al menos, indeterminable hasta Sentencia,...”

La doctrina anterior però, implicarà que en aquests casos normalment s'hagi de tramitar el plet pel judici verbal. I si l'hereu o gravat, demandat, vol qüestionar l'eficàcia del llegat aleshores hauria d'interposar la oportuna reconvenció (que serà un fet prejudicial dins el mateix procediment) i si el valor del llegat supera la quantia del verbal, haurà d'interposar una nova demanda i al·legar la prejudicialitat de la demanda posterior, atès que la declaració de validesa i/o eficàcia del llegat és una qüestió prejudicial a l'atorgament de l'escriptura.

Més problemàtica serà la opció del demandat d'aplanar-se a l'atorgament de l'escriptura, deixant clara la seva manifestació *ad cautelam* que si bé atorga l'escriptura no reconeix la validesa del llegat. Com diem, serà problemàtica però en estricta legalitat no penso que pugui impedir interposar després la demanda per qüestionar la validesa del llegat, i per tant de l'escriptura.

5.3.- La fixació de la quantia de la demanda.

La quantia de la demanda determinarà el procediment a seguir.

Si l'acció que s'exercita és la reclamació de la llegítima, la quantia del plet serà la quantitat que efectivament es reclama (regla primera de l'art. 251 LEC) com a llegítima, un cop feta la computació i la imputació. Fins aquí, la qüestió és clara i no te problemes. Però la fixació de la quantia de la demanda quan es reclama la llegítima normalment ve acompanyada de circumstàncies que fan que no sigui tan simple o fàcil fixar la quantia.

Efectivament, la majoria de les vegades, el legitimari no podrà determinar exactament l'import de la seva llegítima, atès que, per calcular-la, lògicament, s'ha de tenir un coneixement plenari i exacte de la situació patrimonial del causant en el moment de la seva mort, i s'ha de suposar que, el legitimari, que no és hereu, no tindrà, en principi, aquest coneixement, que sol estar en mans de l'hereu o de les persones de més confiança del causant (administrador, marmessor, per exemple, i si és el cas). Per tant, habitualment, el legitimari, només tindrà un coneixement aproximat, per la seva propera relació familiar, però tal vegada no un coneixement exacte.

En aquests casos, entenc que la quantia de la demanda no pot ser indeterminada sense més. Penso que s'ha de determinar de forma relativa, tal com preveu l'article 253.2 LEC, i no solament explicant en base a quins criteris es fixa si no justificant el perquè el legitimari –demandant- no pot accedir a determinada informació patrimonial del causant. És a dir, penso que el legitimari ha de justificar, mínimament, la causa de que el seu coneixement sigui limitat. Ha de fer una relació dels béns que coneix, i explicar les circumstàncies de les que no coneix o no pot determinar el seu valor. Per ignorància de l'existència de determinats béns, o per impossibilitat de poder-los valorar⁷⁹.

I aleshores, la quantia de la demanda s'haurà de fixar, inicialment, en la quantia derivada del valor dels béns que sí conegui el demandant legitimari, amb la indicació que es fixa de forma relativa i atenent al valor dels béns dels que el legitimari té coneixement.

El fet de fixar la quantia de forma relativa, és clar, no impedeix de cap manera que el demandat, normalment l'hereu, que sí té, o pot tenir, coneixement directe de tots els béns que conformen l'herència (i per tant del seu valor), pugui impugnar la quantia. I, és clar, la impugnarà o bé per ser massa alta o massa baixa. Poques vegades l'interessarà al demandat que ha de pagar la llegítima impugnar-la per ser massa baixa, si la quantia ha estat fixada en una xifra inferior –per no tenir coneixement de tots els béns- a l'hereu no li convindrà impugnar-la, atès que en realitat, impugnar-la per ser inferior implica haver de pagar més.

5.4.- Fixació de la petició. Art. 219 de la LEC.

Segons l'article 219 de la LEC, quan es reclami una quantitat de diners determinada o fruits, rendes, utilitats o productes de qualsevol classe, no es pot fer una petició merament declarativa del dret a percebre la llegítima, sinó que s'ha de sol·licitar també la condemna al pagament i quantificar exactament l'import. Com

⁷⁹ El cas més habitual és la impossibilitat 'accedir a l'interior dels immobles de l'herència que ja es troben en possessió de l'hereu, Aleshores a l'interposar la demanda, el legitimari ha de demanar la diligència de permetre l'accés al perit a fi i efecte de poder valorar l'estat interior.

sabem, no és possible sol·licitar la determinació de l'import en execució de sentència.

Nogensmenys, el segon apartat d'aquest article 219, permet fixar en claredat i precisió les bases per a la liquidació, que ha de consistir en una simple operació aritmètica.⁸⁰

L'aplicació d'aquest article 219 de la LEC a les demandes de reclamació de llegítima és especialment controvertida, perquè normalment, ni el legitimari demandant coneix l'existència de tots els béns, ni és fàcil poder valorar-los prèviament atès que, com dèiem, a molts d'ells (especialment immobles) el legitimari no hi tindrà accés total per poder-los conèixer bé i valorar.

Normalment l'objecte del plet en reclamacions de llegítima és el *quantum* de la llegítima, i no pas la declaració de la condició de legitimari (tot i que sigui recomanable que aquesta petició declarativa estigui inclosa, normalment com a principal per ser prejudicial)⁸¹, i per tant, respecte de la petició del *quantum* de la llegítima ens hem de preguntar els efectes de l'aplicació de l'article 219 LEC.

Penso que el *quantum* s'ha de fixar en la petició, al menys és exigible en la mesura que li sigui possible al legitimari que interposa la demanda. Sobretot, ha de identificar tots els béns que coneix o pot conèixer del causant amb un mínim de diligència i que siguin computables per calcular la llegítima.

⁸⁰ Tot i ser un article situat en la secció intitulada "*Dels requisits interns de la sentència i dels seus efectes*", en realitat és per tenir en compte especialment al confeccionar la demanda.

⁸¹ La petició de declaració de legitimari normalment no és discutida, no és objecte del plet. Moltes vegades és supèrflua, atès que normalment l'hereu ha reconegut prèviament de forma extraprocessal la condició del legitimari. Fins i tot, com veurem al tractar la qüestió de la condemna en costes, es podria sostenir que si la condició de legitimari ha estat prèviament i expressa reconeguda per l'hereu que ha de pagar la llegítima, un eventual aplanament parcial a la demanda de l'hereu a aquesta petició podria merèixer la condemna en costes al demandant legitimari per ser un fet prèviament acceptat.

Aquesta exigència però, no pot ser estricta ni es pot dur fins les últimes conseqüències, perquè el legitimari, naturalment, no sempre pot conèixer l'existència de tots els béns, qüestió aquesta que, normalment, coneix molt millor l'hereu, o està en situació de poder conèixer.

En general en els judicis de llegítima l'hereu està en una situació de millor posició processal que el legitimari, i aquest fet no es sol tenir en compte per part dels tribunals.

Hem de convenir que els litigis en que l'objecte és la fixació del *quantum* de la llegítima, són eminentment investigadors, el jutge acorda proves bàsicament destinades a esbrinar saldos de tota mena d'actius financers, existència de béns mobles o immobles, etc. De manera que el plet, en moltes ocasions es redueix a que per part de l'hereu es tracte d'amagar béns de l'herència o bé infravalorar-los, i en canvi el legitimari en buscar béns i sobrevalorar-los.

En aquest sentit Ramos Méndez⁸² planteja aquesta qüestió en termes generals, i diu:

“La ley parece ignorar que los litigantes no suelen ser lerdos a la hora de saber donde les aprieta el zapato. Por regla general, cuando se plantea una demanda con reserva de liquidación de la condena es porque , al inicio del juicio, no suele haber más datos para plantearla de otro modo. El juicio tiene mucho de búsqueda y averiguación y no de simple escenificación de historias pasadas. Los materiales procesales que se van acumulando durante el juicio y sobre todo los que se introducen con la prueba son los que al final permiten enjuiciar una situación con la mejor posición que permiten las leyes humanas, Por ello es incomprensible, y desde luego contrario a la tutela efectiva, que la norma procesal pretenda reducir el campo de las pretensiones de parte a la prehistoria del propio juicio, cronológicamente hablando”.

⁸² RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000, p. 438. I també, ampliat, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 1361.

A més a més, el legitimari, a causa de l'actual i estricta regulació legal de la protecció de dades, no pot accedir a totes les dades. Per exemple, les entitats bancàries acostumen a negar la informació al legitimari del saldo dels actius financers del causant, o l'Agència Tributària nega també la informació patrimonial i fiscal del causant.⁸³

De tota manera, la *ratio* de l'art. 219 LEC respon a no causar indefensió al demandat, de manera que el legislador ha volgut que quan es tracti d'una condemna de quantitat (normalment dinerària) el demandat pugui saber amb exactitud o per mitjà d'una simple operació aritmètica quina és la quantitat que se li reclama, la condemna concreta. Atès que deixar la fixació de la quantitat que es reclama per execució de sentència, provoca que fins aleshores no pugui saber el veritable abast de l'objecte del plet. El demandat, en definitiva, no coneix la transcendència del plet. La incertesa de la quantia de la condemna impossibilita fins i tot l'eventual aplanament del demandat.⁸⁴

⁸³ Val la pena dir, ni que sigui per nota a peu de pàgina, que penso que la protecció de dades està arribant a límits malaltissos. En els estats més avançats en aquesta matèria la majoria de la informació és pública, particularment les dades econòmiques es consideren públiques. Conèixer la declaració de renda d'una persona no és una dada íntima (no afecta a la seva intimitat), com tampoc ho és el número de telèfon, l'adreça (física o electrònica). Penso que l'actual concepció de la protecció de dades no és gens encertada, i beneficia a qui te alguna cosa per amagar, en comptes de potenciar “viure la vida sense tenir res a amagar”.

En aquest sentit compartim les reflexions de ELENA LARRAURI PIJOAN i JAMES B. JACOBS en l'interessant article: “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”. *Indret*. 01/11/2010. Perquè certament no és comprensible, des del nostre punt de vista, que ni tan sols les sentències (en que no hi ha secret d'actuacions) puguin ser públiques. Precisament la falta d'informació pública de les dades personals provoca plets innecessaris, evitables. La impossibilitat de conèixer la defunció d'una persona, No conèixer els noms de les persones que han intervingut fins i tot pot dificultar a l'hora d'haver de conèixer i acreditar si els fets han estat ja jutjats, o determinar actes propis, etc.

⁸⁴ S'ha de tenir present, que el demandat pot preferir aplanar-se fins i tot creient que probablement guanyi el plet.

La jurisprudència s'ha fet ressò d'aquesta realitat. Així la Interlocutòria de l'APBCN de 20 Febrer 2004, Id Cendoj: 08019370142004200018, és la primera resolució que tracta aquest tema de frontalment dient que:

"Si el heredero legitimario no conoce la existencia de todos o de parte de los bienes o discute si un determinado acto jurídico con forma onerosa era en realidad una donación computable a efectos del cálculo de la legítima, teniendo en cuenta la escasa o nula colaboración de los herederos en estos casos, es claro que, para concretar la cuantía exacta del crédito hereditario en que consiste la legítima, será necesaria la práctica de las pruebas correspondientes, el acceso a las cuales en muchas ocasiones no está en manos de los herederos forzosos (así los datos obrantes en la Hacienda pública, entidades bancarias, etc.). Y desde luego tampoco está claro, dado el carácter de números clausus de las diligencias preliminares, que los datos necesarios pudieran obtenerse con fiabilidad a través de dichas medidas.

Por estos casos y por otros similares la ley permite en el art. 219 que se fijen las bases sobre las que fijar la condena que se pide y teniendo en cuenta que esas bases en nuestro caso vienen establecidas en la ley, no entendemos que la cuestión no pudiera ser resuelta satisfactoriamente y sin producirse indefensión alguna a la parte demandada en el acto de la audiencia previa.

De cualquier modo las anteriores reflexiones justifican las dudas de hecho y de derecho a que se ha hecho mención, máxime cuando no existe jurisprudencia alguna en interpretación del art. 219 de la LEC vigente."⁸⁵

Compartim el criteri d'aquesta resolució i també el seu sentit pràctic, però afegiríem dos matisos o concrecions: 1) Que la interpretació de l'article 219 LEC ha de fer-se amb total independència de la regulació o la configuració de les

⁸⁵ Secció 14a. RJCcat 2003, p. 814.

diligències preliminars perquè el fet de no haver demanat una eventual i determinada diligència preliminar, no pot comportar que aquesta mateixa petició no pugui ser sol·licitada en un judici posterior. L'article 256.1 LEC diu que: "*Tot judici es pot preparar...*". Per tant, les diligències preliminars són una opció no preclusiva. De manera que, és una facultat o facilitat que la LEC ofereix al demandant perquè -si ho prefereix o li convé- pugui preparar el judici sense necessitat de córrer determinats riscos. No es tracta, amb les diligències preliminars, d'imposar l'actor obligacions prèvies al judici. El caràcter de *numerus apertus* o *clausus* de les diligències preliminars no pot influenciar la interpretació de l'art. 219 LEC. I 2) També cal matisar el segon paràgraf de la Interlocutòria citada, en que diu: "*Por estos casos y por otros similares la ley permite en el art. 219 que se fijen las bases sobre las que fijar la condena que se pide*". L'article 219 LEC quan es refereix a "...fixar clarament les bases d'acord amb les quals cal fer la liquidació, de manera que consisteixi en una pura operació aritmètica.", (i en el segon paràgraf de l'article ho repeteix substituint la paraula "pura" per la paraula "simple" a la locució "operació aritmètica") al que es referix la LEC no és a que en el Codi civil es determini la proporció de la llegítima (una quarta part o dues terceres parts) sinó a que la quantitat concreta que es reclama en la demanda quedi quantificat l'import exactament, o aquest import, en el plet concret es determini amb una "pura" i "simple" operació aritmètica. I afirmar que la llegítima és una quarta part no és, per descomptat, fixar exactament l'import. Igual que tampoc ho seria dir que reclamem el 100% d'un import, del deute.

Per tant, en conclusió, el motiu pel qual s'hauria d'haver estimat el recurs d'apel·lació no és pas perquè l'art. 219 LEC estigui previst per aquests casos en que "*esas bases en nuestro caso vienen establecidas en la ley*" sinó perquè atès que l'objecte del plet és la llegítima, no es pot exigir al legitimari fixar l'import exacte ni les bases sobre les que aplicar la simple operació aritmètica d'un *quantum* que només és conegut precisament pel demandat (hereu). Per tant, el verdader motiu de no aplicar la literalitat de la norma de l'article 219 LEC és que no es pot causar indefensió a l'hereu al que es reclama la quarta part de la

llegítima atès que és ell qui millor ha de conèixer les bases en que es calcula l'import de la llegítima.

Tampoc es pot permetre la corruptela habitual de dir: "El que resulti de la prova". La jurisprudència estableix que per al·legar la compensació no es pot deixar el seu *quantum* per determinar després, sense concretar en les al·legacions, remetent-se a la prova pericial posterior (SAP Barcelona, Secció 15^a de 11 de desembre de 2008, SAP Barcelona, Secció 4^a de 15 de juliol de 2004, SAP Girona de 6 de juny de 2008, Id Cendoj: 17079370022008100231). Infringiria l'art. 219.1 LEC i a més causaria clara indefensió a l'altra part que perdria oportunitat de contestar sobre el *quantum*.

Per altra banda, tampoc es pot al·legar compensació si el crèdit no és líquid, vençut, exigible i determinat. (STS 7 de desembre de 2007, Id Cendoj: 28079110012007101312 i les que cita del mateix TS, o la SAP Lleida, Secció 2^a de 14 de març de 2002, Id Cendoj: 25120370022002100449 i les que cita del TS).

5.5.- El suplement de la llegítima.

El concepte de suplement no és únic, i segons el concepte ens pot condicionar a l'hora d'exercitar l'acció per reclamar-lo. De fet, Roca Trias⁸⁶ a l'hora de definir-lo, parteix de l'acció, i diu que: "*...existeixen dues causes que originen el suplement de la llegítima: a) la tradicional, quan el legitimari ha rebut en la successió del causant una quantitat inferior a allò que per llegítima li corresponia, i b) l'acció de suplement que s'origina per aparició de béns amb posterioritat al càlcul de la base per determinar la quarta part.*" I cita una STSJCat de 5 de març de 2007, Id Cendoj: 08019310012007100039, que defineix l'acció de suplement de llegítima com aquella que "*consisteix en la rectificació de la quantitat atribuïda pel testador a través d'una operació computable que determina aquest quantum de forma definitiva*".

⁸⁶ PUIG FERRIOL i ROCA i TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Volum III, cit., p. 570.

En realitat, de les dues causes s'infereixen dos conceptes diferents. De fet, la mateixa autora transforma clarament les dues causes en dues accions diferents⁸⁷. La primera, tradicional, requereix que hagi obtingut menys de llegítima que el que li pertoca i que no hagi renunciat a la llegítima o el seu suplement. I l'altre acció, que anomena de l'article 451-10.3 CCC, que apareguin nous béns desconeguts fins aleshores.

De fet, el contingut de l'article 451-10.3 CCC⁸⁸ és nou, abans no hi havia cap article que fos tant contundent en tenir la renúncia al suplement per no feta. Aleshores, segons Roca i Trias, sembla que la renúncia al suplement de llegítima només és admissible si el legitimari coneixia l'existència dels béns. Però respecte dels béns desconeguts no. Tal vegada, per no confondre els termes, seria convenient de posar noms diferents al que són conceptes diferents. Al suplement tradicional li podríem dir complement, i al suplement de béns nous (de l'article 451-10.3 CCC) li podríem dir suplement. De fet, el primer concepte és llegítima, i moltes de les demandes que s'interposen reclamant la llegítima, en realitat reclamen el complement del que falta per pagar, el que diríem suplement tradicional, ja que la pràctica ensenya que l'hereu, a l'acceptar l'herència en l'escriptura valora els immobles per un valor fiscal mínim (no real), del que detrau la quarta llegítima que és el *quantum* que ofereix i paga al legitimari. I que per tant és inferior al real. Quan el legitimari reclama la quarta en base a valors reals

⁸⁷ Diu: “Per tal que es pugui interposar l'acció tradicional de suplement, s'han de complir els pressupòsits següents: a) Que el causant atribueixi al legitimari un títol voluntari que sigui eficaç en el moment de l'obertura de la successió; b) Que allò que obtingui per aquest títol sigui inferior a la quantitat que li correspondria per la llegítima, determinada d'acord amb les regles de l'article 451-5, i c) Que el legitimari no hagi renunciat la llegítima o el seu suplement, donant-se per pagat amb allò que ha rebut. En el segon cas previst a l'article 451-10.3 els requisits seran: a) que s'hagi realitzat la computació d'acord amb el relictum i el donatum conegut en el moment del càlcul; b) que apareguin béns nous que obliguin a modificar-lo. En aquest darrer cas és indiferent que el legitimari hagi renunciat o s'hagi donat per pagat perquè aquesta declaració s'ha fet sobre una base falsa i, per tant, és ineficaç, permetent demanar el suplement.”

⁸⁸ “Article 451-10 3. Si després del pagament de la llegítima apareixen nous béns del causant, el legitimari té dret al suplement que li correspongui encara que s'hagi donat per totalment pagat de la llegítima o hagi renunciat al suplement.”

en realitat està reclamant la resta que falta per cobrir la llegítima, i això, al menys en vocabulari comú, és concepte de llegítima, la part no pagada encara, la que completa el pagament parcial inicial, un complement.

En canvi, si apareixen nous béns, no inclosos en l'acceptació d'herència, sembla que aquests no són un simple complement. Tan si els coneixia l'hereu com si no, l'important és que no els coneixia el legitimari.

En aquests casos ja s'intueix que l'objecte del plet, si el legitimari ha renunciat a la llegítima i al seu suplement, serà demostrar si coneixia o no l'existència dels béns. Crec que en aquests casos és càrrega de l'hereu demostrar plenament que el legitimari coneixia l'existència dels béns al temps de morir el causant, o després per comunicació de l'hereu, tant pel que fa al *relictum* com al *donatum*. Perquè no es pot obligar al legitimari a recordar que fa temps el causant tenia un determinat bé, o que va donar un determinat bé algú, un tercer o el propi hereu.

Quan és l'hereu qui amaga l'existència dels béns, ja sigui no dient que hi havia donacions, ja sigui no incloent en la manifestació d'herència tots els béns⁸⁹.

⁸⁹ No desvetllem cap secret professional si expliquem que és pràctica coneguda que de vegades els hereus "ben assessorats" fan més d'una acceptació d'herència. La primera que ensenyen als legitimaris, i una segona complementària, (o potser millor l'hauriem de denominar "suplementària") on relacionen altres béns diferents per a que els legitimaris no en tinguin coneixement i així evitar computar-los. Al final, la informació la pot tenir igualment el legitimari a través del Registre de la Propietat, però aquest registre públic cada vegada és menys públic i dona menys informació, a banda que pot ser que l'hereu no inscrivui de seguida. La informació dels actius financers tampoc es pot aconseguir, les entitats bancàries no lliuren al legitimari (que a Catalunya ni tan sols te la categoria d'hereu forçós, com a la resta d'Espanya) informació d'aquest tipus en base a la protecció de dades, dades econòmiques d'un difunt. I menys encara de l'historial dels darrers anys, on probablement l'hereu i el causant, de mutu acord han buidat o traspassat el numerari. I de nou L'Agència Tributària, encara que es justifiqui que qui reclama la informació és el legitimari tampoc donarà informació dels béns del causant, ni de quin ha estat realment l'objecte de l'herència, (és un organisme que només procura pels seus propis interessos). Ni tampoc aquesta informació es pot tampoc demanar a través de cap diligència preliminar.

I és dubtós, o molt arriscat, la possibilitat d'interposar un plet civil amb l'únic objecte que es condemni a l'hereu a mostrar tot això. En fi.

De fet, ja des del Codi de Successions per causa de mort el legislador separa clarament el concepte de llegítima del concepte de complement o suplement, un clar exemple és l'article 366 CS: "*Article 366. L'hereu respon personalment del pagament de la llegítima i del suplement d'aquesta.*"

I no és una simple redundància, ja que el següent paràgraf deia i reiterava: "...*demanda de reclamació de llegítima o del seu suplement.*"

És clar que el legislador ha separat ambdós conceptes, perquè efectivament són diferents, distingint la demanda de reclamació de llegítima, de la demanda de reclamació de suplement de llegítima.

Fins i tot quan es referia prescripció, també distingia ambdues institucions: "*Article 378. L'acció per exigir la llegítima o el seu suplement prescriu en tot cas al cap de quinze anys...*"

I la pràctica notarial també distingeix els conceptes i dels protocols que tenen habitualment s'expressa la doble renúncia: "*renuncia a la llegítima i al seu eventual suplement*".

Tot i així, sembla que s'hauria de permetre la renúncia al suplement de la llegítima, al suplement per raó d'aparició de nous béns, sobretot atès el caràcter restrictiu que s'està donant a la llegítima.

La prescripció per reclamar el complement serà de 10 anys des de la mort del causant i la del suplement des de que el legitimari conegui la seva existència (per aplicació dels principis de l'*actio non nata* i *actore non valente non currit praescriptio*).

Ara bé, no compartim la regulació sobre la meritació de l'interès. Si es tracte de complement, és a dir, de la part que l'hereu ha deixat de pagar, l'interès ha de ser des de la mort igualment, perquè com dèiem, és un capital que hauria d'haver lliurat abans. Per un cabal relicte conegut. I del que l'hereu haurà fet seus els interessos o fruits.

I respecte del suplement, per aparició de nous béns, cal distingir dos supòsits. El cas en que l'hereu coneixia l'existència dels béns des de la delació i va amagar amb dol o sense al legitimari la seva existència, en quin cas l'interès s'ha de meritjar des de la delació juntament amb l'eventual acció de reclamació de danys i perjudicis en el seu cas. Del supòsit en que tampoc l'hereu podia conèixer l'existència dels béns. En aquest cas, sembla lògic que els interessos comencin des de que en tinguin coneixement, ara bé, també haurà l'hereu de pagar la part proporcional d'interessos o fruits si els béns els han generat o poden generar-se, o no s'han generat per desídia de l'hereu.

5.6.- Possibilitat d'ampliació de la demanda⁹⁰.

Per tractar-se precisament d'un plet d'investigació, el procés de llegítima sovint es troba en situacions de necessitat d'ampliació de demanda o de diligències. Per exemple diligències de prova. Per tant ampliació de fets i de prova.

Es comú que l'aparició de documentació a través de proves noves, comporti fets nous que a la vegada requereixin prova nova. No hi ha d'haver impediment. No hem de confondre les al·legacions o peticions noves, amb l'aportació de proves noves. De fet, al contrari que les al·legacions, l'aportació de proves noves s'hauria de facilitar al màxim. I en canvi, la pràctica ensenya que els Tribunals (com el legislador) han confós les al·legacions i peticions noves (*mutatio libeli*) amb les proves noves.

I en matèria de llegítima és habitual que les proves aportin fets nous desconeguts (encara que moltes vegades coneguts pel hereu demandat), perquè reiterem que no es pot exigir al legitimari conèixer la situació patrimonial del causant. De fet, la peculiaritat és que són fets nous únicament pel demandant, no pas per l'hereu

⁹⁰ Sobre aquesta qüestió resulta interessant la monografia de PICÓ i JUNOY, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, València, 2006.

demandat, que la majoria de vegades els coneixia perfectament, i per tant no se li causa cap indefensió⁹¹.

⁹¹ Un exemple prou il·lustratiu és el recurs de reposició interposat contra la denegació de la prova que pretenia esbrinar el preu d'una expropiació concedida a un causant i cobrada per l'hereu. Deia el recurs:

“3.- La prueba 3.8, consistente en:

3.8.- Es lliuri ofici a l'esmentada entitat (SOCIETAT URBANA METROPOLITANA DE REHABILITACIÓ I GESTIÓ de l'Ajuntament de Barcelona, c/ Ferran 34) a fi i efecte que porti a les presents actuacions còpia dels expedients amb tota l'esmentada informació (adjuntar a l'ofici el document núm. 7 de la demanda per a major comprensió).

Es cierto, como dice el Auto de 1 Abril 2014, que la posibilidad de que el demandado (expropiado) no aportase la prueba ya se tuvo en cuenta, y precisamente por esa razón se pidió, también, la prueba 3.8, para que fuese la parte expropiante (SOCIETAT URBANA METROPOLITANA DE REHABILITACIÓ I GESTIÓ de l'Ajuntament de Barcelona) quien aportase la información sobre el precio de la expropiación.

Pero la prueba se denegó por el Juzgado para evitar lo que entonces parecían solo aparentes duplicidades, pero como se ha podido comprobar después precisamente a la luz del resultado de la prueba, no era en realidad una duplicidad. Y no lo era porque después hemos podido conocer un hecho nuevo, imprevisible entonces, y que de ser sabido, no se hubiera denegado la prueba por duplicidad ni por ningún otro motivo.

4.- Precisamente por ese HECHO NUEVO es que ni esta parte, ni el Juzgado, podía prever la peculiar fijación del precio de la expropiación (“PREU MÍNIM INDISCUTIT”).

El hecho nuevo, de nuevo conocimiento, pues, aparece claramente con la certificación del Registro de la Propiedad que esta parte (ni el Juzgado) no han podido conocer hasta ahora (por eso la prueba parecía duplicarse).

El quid de la cuestión es que no se trata de que la prueba del 3.7 no fuera suficiente para acreditar el hecho del importe del precio, o que la 3.8 fuera una duplicidad (aparente), sino que con la prueba del Registro (y de la escritura) aparece un hecho de nuevo conocimiento, imprevisible: que curiosamente el precio no se fijó definitivamente en la escritura ni consta inscrito en el Registro.

Y por tanto, hemos de convenir que esa nueva circunstancia, precisamente porque no era previsible, el Juzgado la denegó porque parecía implicar una duplicidad.

Ya que el Juzgado, como esta parte, creyeron que en el Registro (y en la escritura) debería fijarse el precio, (pues el precio se fija en la escritura de expropiación), y por tanto, al no ser así en nuestro caso, ha provocado una circunstancia novedosa, desconocida e imprevisible hasta que se ha tenido conocimiento.

De este hecho nuevo, provocado por el mismo demandado, se deriva, pues, la necesidad de oficiar a la sociedad citada expropiante.

5.- Y no se vulnera la cosa Juzgada formal del art. 207 LEC (no art. 217 LEC) desde el momento en que aparece una circunstancia o hecho nuevo que no se conocía al tiempo

A la pràctica és pot dir que moltes vegades el plet de reclamació de llegítima es converteix en una persecució, on l'hereu tracta d'amagar el màxim tots els béns i

de resolver la cuestión de la admisión de la prueba. En nuestro caso, el imprevisible contenido de la fijación final del precio para después.

De hecho, lejos de haber una contradicción, de lo que se trata en realidad, es de pedir el complemento de la prueba ya acordada, pues en puridad, la fijación definitiva del precio es el objeto de todas las pruebas (3.7, 3.8 y 3.9), y lo que se pide, pues, es que se complete la parte de la escritura que está por terminar (fijación del precio), y que además se dice en la misma escritura que está por terminar.

6.- La parte demandada alega que la posibilidad de que el precio se determine después está prevista en la Ley de Expropiación. Ciertamente, y también en el mismo Código civil para el resto de enajenaciones ordinarias. Y es que, en materia de pactos, casi todo es posible. Pero la circunstancia concreta de que en la escritura no apareciera el precio no era previsible para el Juzgado y por esa razón precisamente denegó la prueba, por esa aparente duplicidad que hemos explicado antes. Precisamente la creencia de la duplicidad responde a esa falta de previsión. Por esa razón, esta parte insistió en que la prueba se practicase en todo caso como subsidiaria. (Así se dijo y consta claramente registrado en la grabación de la audiencia previa).

Nadie podía pensar entonces –excepto el heredero demandado que lo sabía y lo escondió– que el precio de la expropiación no figurase en la escritura ni el Registro, máxime cuando en la certificación solicitada por esta parte al Registro antes de interponer la demanda se nos dijo que no contenía el precio para no vulnerar la Ley de Protección de Datos, lo que hizo creer con más razón que el precio constaba en el Registro y por tanto en la escritura.

Precisamente lo que no se puede achacar a esta parte es que no propusiera la prueba (3.8, pues la propuso, primero como principal y después como subsidiaria). Pero en todo caso el motivo de la denegación de la prueba fue evitar duplicidades, y no todo lo contrario, es decir, causarlas. Y que no eran duplicadas únicamente se ha podido conocer ahora, con el hecho de nuevo conocimiento, es decir, la peculiar circunstancia de que no figure el precio definitivo en el Registro de la propiedad.

7.- Finalmente, a lo anterior le es aplicable la conocida máxima o aforismo de que “en materia de prueba lo que abunda no daña”. Con la denegación de prueba se causa indefensión y en cambio no sucede lo mismo en sentido contrario, de ahí que el Tribunal Supremo haya reiterado que “Es preferible, en todo caso, dice la S.T.S. de 23 octubre 1989, incurrir en un posible exceso respecto a la admisión de pruebas, que en su denegación”. S.T.S. de 19 Enero 1994.”

Finalment el Jutjat va acordar la pràctica de la prova, però no pas acordant la prova d'oficiar a la Societat expropiant de l'Ajuntament de Barcelona, sino fent aportar el document a l'Administrador del causant que en tenia una còpia segons va manifestar en la seva declaració.

reduir el seu valor, i el legitimari de buscar i sobrevalorar. Per això hi ha el concepte de suplement.

5.7.- Determinació de la quantia de la llegítima.

La determinació de la quantia de la llegítima és la part central de la demanda, tots els aspectes de la computació i imputació és el que seguidament analitzarem. Cal fer la precisió terminològica i sistemàtica de que en matèria de llegítima, el concepte col·lació no hi te res a veure. La Col·lació afecta a la partició de l'herència quan intervenen varis hereus, i només s'aplica entre aquests hereus, mai s'aplica la col·lació per calcular la llegítima⁹².

5.7.1.- Fixació del *quantum*.

Una sentència general i de referència de com determinar l'import de la llegítima, és la STSJCat 4 d'abril de 2005⁹³, ara consagrat en l'article 451-5 CCC i que és la

⁹² STSJCat de 3 d'abril de 1998, Id Cendoj: 08019310011998100001, i clarament la SAP Barcelona de 29 de juny de 1999, AC 1999/6904: *“En cuanto a la colación, es una institución relativa a la partición hereditaria cuando ésta se haya de practicar entre los descendientes del causante. Si en los casos generales de partición hereditaria los únicos bienes a dividir son los que integran el caudal relictivo, en cambio cuando los coherederos son descendientes del causante es posible que la partición hereditaria incida también sobre los bienes que el causante de la sucesión atribuyó en vida a sus descendientes, que después tengan la condición de herederos en su sucesión. Se habla entonces de colación de las referidas donaciones, institución que se puede definir, según ha señalado la doctrina con fundamento en el derecho romano, como la aportación de bienes por parte de un heredero a favor de los otros coherederos para que se tengan en cuenta en la partición de la herencia. La colación por tanto nada tiene que ver con la determinación de la legítima.”*

També la SAP Barcelona de 26 de març de 2003. JUR 2003/203265.

⁹³ STSJCat de 4 d'abril de 2005 (Id Cendoj: 08019310012005100037): *Aquesta Sala coneix la jurisprudència esmentada per la part recurrent (SS TS 8 de desembre de 1991, 27 de gener de 1989, TSJC 29 de gener de 1996 i 21 de març de 1991), i la comparteix plenament, com no podria ésser d'altre manera, en aquest sentit escau destacar, que de l'article 355 del Codi de successions se'n deriva que: per a determinar la quantia de la llegítima s'ha de partir del relictum o valor dels béns de l'herència al temps de la mort*

quarta part del valor dels béns del causant deduïnt-ne els deutes i les despeses de darrera malaltia i de l'enterrament. Inclouent el valor, al temps de morir el causant deduïdes les despeses, dels béns alienats gratuïtament en els deu anys anteriors a

del causant, i a aquesta quantitat s'hi ha d'afegir l'import del donatum i de la quantitat resultant se n'haurà de subtreure el percebut pel legitimari a compte de la llegítima (o sigui allò que sigui imputable a la llegítima). En cas contrari, o sigui en cas de prescindir en la premissa major de la subtracció, del import dels béns donats en vida pel causant, la llegítima catalana ja de per sí de naturalesa minvada es convertiria en il·lusoria.

En aquest sentit l'article 355 del CS considera computables a l'hora de determinar l'import de la llegítima "els béns donats pel causant, sense altra excepció que les despeses d'aliments, educació, i aprenentatge, cura de malalties, equip ordinari o regals de costum, l'esponsalici o escreix i la soldada". O sigui que, en termes aritmètics, aquestes donacions s'han de tenir en compte a l'hora de determinar el minuend del qual s'haurà de restar el que s'hagi d'incloure en el subtrahend, que comprendrà les donacions atorgades entre vius pel causant com a imputables a ella o que serveixin de pagament o bestreta a compte de la llegítima (art. 359.3), i evidentment allò que el causant deixi en el testament en favor del legitimari. De manera que el minuen comprèn el relictum i allò que es computable pel càlcul de la llegítima (bàsicament el donatum) i el subtrahend, el que hagi deixat el causant en testament i allò que es imputable al pagament de llegítima, i la diferència, o la "resta" si dona resultat positiu, suposarà el complement de llegítima o sigui, la quantitat que haurà de cobrar l'hereu forçós per sobre del que li volia atorgar el de cuius. D'acord amb les anteriors premisses, la Sala no pot compartir l'afirmació del recurrent en el sentit que els 8.819.500 pessetes que va rebre de la seva mare no s'haurien d'imputar a la llegítima, per les següents circumstàncies: a) En primer lloc, com ja s'ha avançat, l'Audiència determina que el senyor Jose Luis no ha pogut provar que els seus drets legitimaris hagin sigut perjudicats, aquesta afirmació es fa en la sentència combatuda, després d'acollir la tesi de la dictada en Primera Instància en el sentit que la demandada Estela ha provat el pagament del preu de les finques del Passeig de la Salut i de Caldes de Monbui, i, en canvi, el recurrent en cap moment ha provat que pagués el preu de les compra-vendes fetes per la seva mare al seu favor; com és sabut els fets declarats provats per l'Audiència esdevenen intangibles, consegüentment, l'anterior consideració vincula plenament a aquest Tribunal, b) En segon lloc, escau afegir que la sentència de l'Audiència en confirmar totalment la dictada en Primera Instància considera imputable a la llegítima de Jose Luis els vuit milions de pessetes lliurats al seu favor per la seva mare, pel fet que la prova de testimonis, de confessió i de la documental aportada a les actuacions se'n infereix, a l'entendre de les esmentades resolucions, la consideració que ja a l'any 1987 quan la causant disposà de l'avantdit quantitat en metàl·lic en favor del demandant, ja feu patent la seva voluntat que fos imputada al pagament de la llegítima, c) Finalment, s'ha de ressaltar que les esmentades conclusions a que arriba la sentència combatuda no son arbitràries, il·lògiques o contràries a tota raó, per tant es procedent respectar-les en grau cassacional.

la seva mort excloses liberalitats d'ús (vol dir habitual en la convivència familiar entre progenitors)⁹⁴.

5.7.2.- Actes propis del causant.

Per primera vegada, l'article 111-8 CCC preveu i regula de forma genèrica la doctrina dels propis actes.

La doctrina dels propis actes⁹⁵ ha estat objecte d'aplicació en algunes ocasions en matèria successòria i concretament en casos de reclamació legitimària. I és per això que interessa fer-ne referència.

Probablement la doctrina dels propis actes no requeria ser prevista, regulada i inclosa, de forma genèrica, en el Codi civil. Crec que no cal preveure i regular en els Codi civil les teories, doctrines o principis generals. Com a màxim, pot ser puntualment convenient, fer-ne referències indirectes en casos concrets. Regular doctrines de forma genèrica no sembla una bona tècnica legislativa, ben al contrari, les doctrines o principis generals serveixen per aplicar correctament el Codi, i si les reconvertim en regulació positiva reduïm precisament la seva naturalesa y funció.

Pel que fa a les relacions entre la doctrina dels propis actes i els supòsits de successions, es plantegen a un doble nivell. El primer des d'un punt de vista de successió per part de l'hereu dels actes propis realitzats pel causant que vinculen a l'hereu com a causahavent. I l'altre o segon nivell de discussió es planteja en quins actes, per molt propis que siguin, poden realment obligar si contravenen en alguna mesura preceptes de dret successori. En aquest sentit, es planteja la discussió clàssica de la nul·litat absoluta i la relativa. Els actes de nul·litat absoluta no podran ser convalidats pel testador o en el seu cas per l'hereu, i en

⁹⁴ Seguint a ROCA i TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Volum III, cit., p. 564. Que cita la STSJCat de 3 d'abril de 1998 no s'imputen les despeses de la testadora per pagar una carrera universitària, per exemple.

⁹⁵ El llibre referent d'aquesta qüestió DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963.

canvi, els actes previstos en la legislació que puguin ser nuls de forma relativament o anul·lables, podran ser convalidats per l'actuació del testador i de l'hereu pels seus actes de voluntat expressos o pels seus actes propis.

Respecte del primer nivell, és clar que *“l'hereu succeeix en tot el dret del seu causant. Consegüentment, adquireix els béns i els drets de l'herència, se subroga en les obligacions del causant que no s'extingeixen per la mort, resta vinculat pels actes propis d'aquest...”* ex article 411-1 del CCC i d'entre d'altres, la Sentència del TSJCat de 16 de juny de 2003 (RJC 2004, V, p. 1480) que estableix l'obligació de l'hereu respectar els actes propis però en la mateixa mesura que el causant hauria de respectar els seus propis actes, de manera que si el causant podia impugnar o contradir actes que afectaven als seus interessos, també podrà fer-ho el seu successor universal⁹⁶.

I tampoc l'hereu podrà impugnar actes del causant, encara que el perjudiquin, llevat si afecten a la seva llegítima.

⁹⁶ Respecte dels actes propis dels hereus, també és interessant, per la cita d'altres sentències, la STSJCat de 28 de gener de 2002 (RJ 2002/7882), que diu:

“Aquest fets permeten establir una primera conclusió, com és la vulneració del principi general de bona fe, que obliga a un comportament de la persona objectivament just i lleial (sentència del Tribunal Suprem de 26 d'octubre de 1995 [RJ 1995, 8349]) i la subsegüent interdicció d'actuar en contradicció amb els actes propis anteriors, sempre que això suposi una actuació incompatible amb la conducta anterior. Com resulta, per exemple, de la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional en la seva sentència de 21 d'abril de 1988 (RTC 1988, 73) i pel Tribunal Suprem en les seves sentències de 24 de juny de 1996 (RJ 1996, 4846) i 23 de juliol de 1998 (RJ 1998, 6392), en les quals es precisa que la part-recurrent, en la seva actuació processal ha infringit de forma clara la doctrina dels actes propis, que es fonamenta en la protecció que objectivament mereix la confiança que fonamentalment s'ha posat en el comportament aliè i en la regla de la bona fe, que imposa el deure de coherència en el comportament, que constitueix des d'aquesta perspectiva un límit a l'exercici dels drets. Amb la conseqüència que s'ha de qualificar d'inadmissible una pretensió contrària al principi general de bona fe i contrària també a la prohibició d'actuar contra els actes propis. Com s'ha d'afirmar igualment que la conducta de la part-recurrent és contrària al principi de la bona fe processal, que obliga a formular en els escrits de conclusions de forma clara i precisa les pretensions que s'esgrimeixen amb la finalitat d'evitar confusions a la part-adversa que obstaculitzin els seus drets de defensa, amb la subsegüent interdicció de la «mutatio libelli» i de modificar en el període de conclusions els arguments jurídics que s'ha al·legat durant les fases anteriors del procediment.”

Respecte del segon nivell, és a dir, si vinculen els actes nuls, la darrera sentència i que més directament s'ocupa del tema, és la STSJCat de 10 de febrer de 2011. Aquesta sentència s'ocupa d'un supòsit de reclamació de llegat en pagament de llegítima en relació a l'establert pel causant originari en una memòria testamentària (al cas l'hi era aplicable l'article 107 de la Compilació de 1960, i que actualment, amb determinats canvis, es correspon amb l'article 421.21.2 del Codi Civil de Catalunya). Pel que ara ens interessa, en relació als actes propis i si poden convalidar actes nuls, interessa molt l'estudi d'aquesta sentència, i per això, com que seguidament es comentarà amb profunditat la reproduïm extensament en la part fonamental, afirma que:

La instrumentalización de la voluntad testamentaria en un medio no apto e inadecuado para ello comporta su nulidad radical al no disponer la norma un efecto distinto para el caso de contravención. Ese tipo de nulidad es insubsanable e imprescriptible y no convalidable posteriormente conforme al bocado "quod nullum est nunquam producit effectum et non potest tractu temporis convallescere" (STS de 26-1-1988, 12-7-2007 ó 5-11-2009) razón por la cual (STS de 20-11-2001) es inoperante para eludir la sanción legal de reproche máximo la propia conducta o los actos propios del heredero, que si bien produciría efectos sanatorios en los supuestos de anulabilidad, no los produce en los casos de nulidad radical al reconocerse a ésta carácter de orden público, que se sobrepone a los intereses privados de las partes como sería en este caso soslayar las exigencias de publicidad de las disposiciones testamentarias por las que se transmitan bienes de elevado valor como es el caso del inmueble objeto de legado en la memoria discutida.

La tesis del recurrente obligaría a que los Tribunales amparasen, contra el criterio legal, cualquier tipo de disposición sucesoria contenida en las memorias testamentarias por la sola voluntad del causante o de su heredero o de los beneficiarios, obviando el contenido limitado de esta figura, que tanto antes como ahora (tras la promulgación del Libro IV del

CCCat) solo es apta para disponer de bienes de moderado valor. Corroborra lo expuesto la regulación más próxima a la Compilación realizada en el Código de Sucesiones de 1991 que distinguía con claridad en el art. 125 en relación con el art. 128, las nulidades no convalidables de los negocios testamentarios -testamentos, codicilos y memorias testamentarias- por no corresponder a alguno de los tipos previstos en el Código o bien por carecer de los requisitos y formalidades exigidos en los mismos, de los actos testamentarios nulos por otras causas.

De igual forma esta Sala se ha pronunciado ya en relación con los efectos de la declaración de nulidad aplicable a las memorias extralimitadas en la sentencia TSJC de 16-1-1995 en la que se aborda la cuestión relativa a la inaplicación de los principios del favor testamenti o de la conservación de los negocios jurídicos⁹⁷...”

“No cabe argumentar que el supuesto de hecho de la STSJC del año 1995 es radicalmente diferente al de autos, toda vez la nulidad de los actos

⁹⁷ La sentència citada diu: "... Memòria Testamentària ... en el dret català es caracteritza precisament per la limitació i la tipificació del seu contingut, ja que conforme al segon paràgraf de l' art, 107 de la Compilació del dret civil de Catalunya de 1960 , aquí aplicable, atesa la data de l'instrument, 5 de novembre de 1982, (que avui és l' art. 123 del Codi de successions per causa de mort del Dret civil de Catalunya de 30 de desembre de 1991) en les Memòries testamentàries solament «poden ordenar-se disposicions referents a diners que no ultrapassin la vintena part del cabal relict, i a joies, robes i parament de la casa»; i és ben patent (ningú ho posa en dubte) que l'important llegat de l'«Obra Pictòrica» esmentada ultrapassa palesament de tots aquests continguts amb els quals li hagués estat possible operar amb validesa; i com que en el dret català no és, doncs, legalment correcte que una Memòria testamentària contingui actes de disposició com el que determina la qüestionada, ordenant el llegat esmentat, que s'extralimita àmpliament el que pot ésser el contingut d'una memòria d'aquesta classe, és patent la seva nul·litat, com encertadament ha declarat i decidit la Sentència impugnada que, per tant, hem de respectar ja que, com bé diu la de 1a Instància (fonament jurídic cinquè acceptat per la sentència contra la qual es recorre) la declarada ineficàcia de la Memòria Testamentària per raó de la seva extralimitació, no és pas subsanable intentant evidenciar la real i autèntica voluntat del causant, perquè aquesta voluntat, per haver estat legalment rellevant i haver pogut ser objecte d'interpretació hauria d'haver cristal·litzat d'una manera correcta i adequada, i sols si concorre aquest pressupòsit formal inexcusable, podria entrar-se en la tasca d'interpretació de la voluntat; però com que el pressupòsit formal inexcusable aquí no hi és, és procedent desestimar el 1r motiu de cassació que, com hem dit, denunciava vulneració de la voluntat del testador."

jurídicos contrarios a la ley tanto puede invocarse por vía de acción como de excepción y en el caso presente desde el momento en que se presenta la demanda para exigir lo que estiman los actores quedaba por entregar del legado dispuesto en la memoria testamentaria, y se oponen los demandados por estimar inválida la obligación contenida en la disposición testamentaria, es completamente comparable a lo que en su día fue enjuiciado, sin que a ello obste como luego se verá la doctrina de los actos propios y sin que sea posible tampoco reducir la entrega a la cantidad que no exceda de la vigésima parte del caudal relicto, al referirse dicha limitación a los legados dinerarios y tratarse de un bien inmueble el que nos ocupa.

También carece de relevancia que los demandados no hubiesen alegado antes la nulidad de la memoria testamentaria pues es ahora cuando se produce la reclamación judicial del legado.

Se argumenta también en el recurso que esta Sala ha considerado meramente anulables las memorias testamentarias extralimitadas en la sentencia de TSJC 9-6-1997 al rechazar declarar de oficio la nulidad de una memoria testamentaria en la que se habían dispuesto ciertos legados dinerarios en favor de los nietos del causante.

Sin embargo, no se comparte la argumentación del recurrente pues en aquella ocasión, la cuestión relativa a la nulidad de la memoria había sido planteada por vez primera en el recurso de casación toda vez que el pleito versaba sobre reclamación de legados y de legítima siendo la cuestión nuclear discutida si los legados dinerarios contenidos en la memoria testamentaria, ya cobrados por sus destinatarios, debían o no ser imputados a la legítima reclamada en el pleito.

En todo caso la Sentencia de la Sala fue acorde con la reiterada doctrina legal, STS de 28 de febrero de 2.008, que no admite conocer en casación de cuestiones nuevas no aducidas por las partes en los escritos alegatorios; y, que es nueva la aportación de hechos (STS de 22 de abril de 1.992 y 27 de noviembre de 2.000) cuando la contraparte no tiene oportunidad procesal de alegar y probar sobre ellos, así como la

invocación de preceptos que, por vincular la consecuencia jurídica que establece a un supuesto de hecho distinto, su aplicación produzca alteración de la causa de pedir, pues otra cosa significaría desconocer los principios de preclusión e igualdad entre las partes, con indefensión de la otra (Sentencias de 20 de septiembre de 1.994, 4 de octubre de 1.996 y 13 de julio de 1.999)..

SEXTO.- Tampoco resulta de aplicación la doctrina de los actos propios, que por otro lado no cita como vulnerada, en los casos de actos jurídicos nulos al no admitir como se ha dicho convalidación, subsanación o confirmación. Así ha venido pronunciándose la doctrina del TS, siendo de citar, entre infinidad de Sentencias, la clásica de 21 de junio de 1932 y las de 13 de mayo de 1963; 25 de junio de 1966; 9 de julio de 1984 y 15 de octubre de 1985 y la de esta Sala que en la Sentencia de 16-1-1995 ya citada, en relación con los actos vinculantes dijo: "...pero és que a part d'això, el motiu esmentat hauria de desestimar-se també en el fons, perquè l'hereu universal ha de respectar, certament, les disposicions per causa de mort del seu causant sempre i que s'ajustin als preceptes del dret successori; i pot i no acceptar-les si no és així; que és el que s'esdevé en aquest cas, en el qual la disposició del llegat de l'Obra Pictòrica en la Memòria Testamentària és nul·la radicalment, i en proclamar-ho així, l'hereu i la sentència contra la qual es recorre no infringeixen cap principi legal ni jurisprudencial, sinó que, ben al contrari, els hi donaren just acompliment, i per tant es procedent rebutjar l'últim motiu del recurs i, en conseqüència, tot ell."

SÉPTIMO.- En el segundo motivo del recurso de casación se invoca la infracción de lo dispuesto en el art. 1089 del CC y la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo expuesta en Sentencias de 30-9-1975, 17-10-1975 y 20-11-1992, sobre la fuerza vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones. Pues bien, sobre no haber sido planteada esta causa de pedir en el escrito de demanda ni en el escrito de apelación por lo que se trataría de una cuestión nueva no admisible en casación al tener que ser resuelta "per

saltum", lo cierto es que el motivo se sustenta en los actos propios del causante de los demandados Sr. Vicente cuando reconoció la validez de la memoria testamentaria y pagó lo que los actores consideran solo una parte del valor dinerario del legado, comprometiéndose a pagar una nueva cantidad si se resolvían los problemas financieros de la empresa, pues ya se ha rechazado que sea operativa tal doctrina cuando se trata de actos radicalmente nulos, por lo que sin perjuicio de que las acciones de repetición no fueran procedentes, tampoco obligan a los herederos a darles cumplimiento al no ser eficaces en aquello que no llegó a cumplirse (art. 1306 CC por analogía).

De otra parte, las Sentencias que cita el recurrente se refieren todas ellas a promesas unilaterales cuya única fuente de obligación era la voluntad de una de las partes cuando según el documento de 27 de diciembre de 1994, el compromiso Sr. Vicente siempre era sobre la base de lo previsto en la memoria testamentaria, declarada nula por comprometer el ordenamiento jurídico al contravenir una norma prohibitiva. El documento de 1994 no podría servir tampoco para transformar una obligación inexigible en una deuda exigible aún cuando hubiese sido reconocida con independencia de su origen.

OCTAVO.- No obstante rechazarse ambos recursos habida cuenta la controversia jurídica suscitada no se impondrán las costas del recurso extraordinario por infracción procesal ni del de casación (art. 394 y 398 LEC).

No compartim el resultat final de la Sentència, ni tampoc els raonaments referits a la vinculació dels actes propis en relació als actes nuls. I el *quid* de tot està en que la Sentència no distingeix els actes nuls de ple dret amb els actes nuls de forma relativa o anul·lables, ni tampoc de la nul·litat parcial. Perquè s'ha de partir de la base que el principi, "*quod nullum est nunquam producit effectum et non potest tractu temporis convallescere*" en que es fonamenta la Sentència de 10 de febrer de 2011 del TSJCat, només es refereix, i sempre només es refereix, a la nul·litat absoluta.

La Sentència del TSJCat, igual que la Sentència de 20 d'abril de 2010 de l'AP Barcelona (Secció 19a.), Id Cendoj: 08019370192010100166, invoquen i es recolzen d'un forma automàtica en la Sentència del TSJCat de 16 de gener de 1995, però no aprofundeixen i ni tan sols arriben a examinar si el cas resolt per aquesta sentència és idèntic al que es planteja en el present resolt en la Sentència que ara comentem de 10 de febrer de 2011.

Doncs bé, passa que entre ambdós supòsits hi ha diferències essencials, que impedeixen que el criteri seguit per la citada Sentència del TSJCat resulti aplicable en el present supòsit. En efecte, mentre que en el cas resolt per la Sentència del TSJCat de 16 de gener de 1995 l'hereu s'havia negat a fer efectius els llegats ordenats en la memòria testamentària, sent aquest el fet en què es basa la referida Sentència per declarar la ineficàcia de la memòria testamentària, en el cas l'hereu no es va negar mai a lliurar els llegats establerts pel causant en la seva memòria testamentaria, sinó que aquest hereu va manifestar constant i reiteradament la seva voluntat inequívoca de fer efectius els llegats.

La Sentència del TSJCat no fa referència ni cita la Sentència del TSJCat de 9 de juny de 1997, (tot i que hem pogut comprovar que aquesta Sentència es va citar en el recurs d'apel·lació i després en el recurs de cassació), sense ni tan sols indicar per què van fer cas omís d'aquesta important resolució judicial. Doncs bé, la Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat denega la declaració de nul·litat d'una memòria testamentària a la qual els recurrents en cassació retreien una extralimitació del que disposa l'art. 107.2n de la Compilació. Per denegar aquesta declaració de nul·litat, l'esmentada Sentència va prendre en consideració, en essència, dos fets: 1) el fet que, inicialment, els recurrents no invocar l'extralimitació del que disposa l'art. 107.2n de la Compilació de 1960 com a causa d'invalidesa i ineficàcia de la memòria testamentària, b) i el fet que, a més, els recurrents havien vingut actuant com si la memòria testamentària fora vàlida i eficaç.

El criteri establert en l'esmentada Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat creiem que resulta aplicable al supòsit de la Sentència de 10 de febrer de 2011, perquè, igual que va passar en el cas resolt per aquesta Sentència, en aquest cas

l'hereu mai va posar en dubte la validesa i eficàcia dels llegats ordenats pel seu pare en la seva memòria testamentària, sinó que aquest hereu sempre va manifestar la seva voluntat de fer efectius aquests llegats, i sempre va actuar com si els llegats fossin vàlids i eficaços, fins al punt que fins i tot va arribar a complir en part.

D'altra banda, hi ha una altre circumstància rellevant a tenir en compte, quina és que, en els supòsits que es considerin que la memòria testamentària atorgada incorre en nul·litat pel que fa a la part que pogués accedir, en aquests casos, aquests llegats s'han de considerar parcialment (i no pas totalment) vàlids i eficaços, concretament en la part en que no excedeixin del límit previst en l'art. 107.2n. de la Compilació de 1096, és a dir, quant a la vintena part (5%)⁹⁸ del cabal relict.

La sentència dona per fet que la nul·litat és absoluta, però val a dir que no hi ha cap norma legal que estableixi la nul·litat absoluta de la memòria testamentària pel fet que el causant, en ordenar llegats en aquesta memòria testamentària, incorri en una extralimitació del que disposa l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960.

L'article 107.2n. de la Compilació de 1960 preveu determinades limitacions respecte dels llegats que el causant pot establir en una memòria testamentària, i disposa que no poden excedir de la vintena part del cabal relict. Però ni el citat art. 107 de la Compilació de 1960, ni cap altra norma legal, sancionen amb la nul·litat absoluta de la memòria testamentària l'extralimitació del que disposa el paràgraf 2n. de l'esmentat article, quan el causant estableixi en aquesta memòria testamentària llegats que excedeixin del límit previst a l'esmentat art. 107.2n. de la Compilació. Cap norma legal declara expressament la nul·litat de la memòria

⁹⁸ Per cert, la Sentència de l'Audiència Provincial citada, confón la vintena part amb el 20%, fet que és il·lustratiu de la precipitació i potser de la superficialitat amb la qual la va analitzar la qüestió a la qual es refereix en l'afirmació esmentada, que constitueix una de les qüestions fonamentals del cas, volem cridar l'atenció sobre la imprecisió en què incorre aquesta Sentència quan, citant l'art. 107 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya de 1960, es refereix al "20% del caudal relict", sent així que el citat art. 107 de la Compilació no diu el vint per cent del cabal relict, sinó a "la vintena part del cabal relict", el que és ben diferent, (que vol dir un 5% i no pas un 20%).

testamentària pel fet que el causant, en establir llegats en la pròpia memòria testamentària, sobrepassi els límits que preveu l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960.

La sentència declara la nul·litat absoluta de la memòria testamentària com si fos l'única conseqüència jurídica possible en el cas que el causant incorri en una extralimitació del que disposa l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960.

Si el causant, en ordenar llegats en una memòria testamentària, incorre en una extralimitació del que disposa l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960, la nul·litat radical d'aquesta memòria testamentària no és l'única conseqüència jurídica que resulta possible, ja que hi caben altres efectes jurídics que siguin menys lesius per a la conservació de la validesa i l'eficàcia jurídiques de la pròpia memòria testamentària .

Per tant, considerem que, si eventualment el causant incorre en una extralimitació del que disposa l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960 en establir llegats en una memòria testamentària, el criteri més coherent i respectuós amb els principis del *favor testamenti* i de conservació del negoci jurídic consisteix en entendre que la conseqüència jurídica derivada d'aquesta extralimitació no és la nul·litat absoluta de la memòria testamentària, sinó l'atribució a l'hereu de la facultat de negar-se a lliurar els llegats extralimitats.

Sobretot perquè la doctrina i al jurisprudència ensenyen que la nul·litat absoluta d'una acte o negoci jurídic és una sanció jurídica excepcional, que s'ha d'evitar sempre que això sigui possible, en atenció al fonamental principi general de conservació del negoci jurídic. Així, per exemple, Albaladejo García⁹⁹, afirma:

“la invalidez es de interpretación restrictiva; lo que equivale a decir que sólo debe de estimarse cuando sea seguro que la ley la establece en el caso y que se da en él”.

⁹⁹ ALBALADEJO GARCIA, *Derecho civil I. Introducción y Parte general*, Barcelona, 1980, p. 453.

En el mateix sentit la Sentència del Tribunal Suprem de 13 de febrer de 1984 (RJ 1984\651) proclama "*el sentido restrictivo que ha de presidir la materia de nulidades*". Al seu torn, la Sentència del Tribunal Suprem de 7 de juny de 2006 (RJ 2006\3724), amb abundant cita de jurisprudència (STS 15 desembre 1993, que cita STS 29 març 1932, 15 gener 1949, 29 octubre 1949, 28 abril 1963, 15 desembre 1993 i 23 abril 1997), es refereix a la necessitat de "*evitar el peligro de proliferación de nulidades excesivas en aquellas cuestiones que entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad y que deben de dejarse a la iniciativa e interés de las partes*".

D'acord amb els principis generals del *favor testamenti* i de la conservació del negoci jurídic, el criteri jurisprudencial i doctrinal exposat resulta aplicable en el cas que el causant, en establir llegats en una memòria testamentària, incorri en una extralimitació del que disposa l'art. 107.2n de la Compilació de 1960. També en aquests supòsits el criteri més coherent i respectuós amb els principis del *favor testamenti* i de la conservació del negoci jurídic consisteix en entendre que la referida extralimitació no produeix la nul·litat radical de la memòria testamentària, sinó altres conseqüències jurídiques menys perjudicials per al manteniment de la validesa i eficàcia jurídiques de la memòria testamentària.

Per això, atenent als principis generals esmentats, s'ha d'entendre que la extralimitació del que disposa l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960, únicament produeix la conseqüència jurídica consistent a atribuir a l'hereu la facultat de negar-se a fer efectius els llegats que pateixin d'aquella extralimitació. Es tracta d'una conseqüència jurídica important, per descomptat, però menys lesiva per a la conservació de l'eficàcia jurídica de la memòria testamentària que la nul·litat absoluta. I és, com diem, una conseqüència jurídica derivada dels esmentats principis del *favor testamenti* i de la conservació del negoci jurídic.

Per tant, en contra del criteri que sosté la Sentència de TSJCat de 10 de febrer de 2011, l'extralimitació en què pot incórrer un causant, en ordenar els llegats en la seva memòria testamentària, no ha de provocar la nul·litat absoluta de la memòria testamentària, sinó que tan sols la facultat de negar-se a fer efectius els llegats en

la mesura que excedissin de la limitació prevista en l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960. Ara del 10% segons l'article 421.21.2 CCC.

Ara bé, en el cas que estudia la Sentència de TSJCat de 10 de febrer de 2011, l'hereu no només no es va negar en cap moment a lliurar els llegats que el causant havia ordenat en la seva memòria testamentària, sinó que, ben al contrari va expressar la seva voluntat inequívoca, rotunda, constant, escrita i reiterada de complir íntegra i fidelment els llegats ordenats pel seu pare. Per això, des del nostre punt de vista, la memòria testamentària atorgada era plenament vàlida i eficaç.

A més a més, la voluntat expressada per l'hereu de lliurar els llegats ordenats pel causant en la seva memòria testamentària no contravenia normes imperatives ni exigències d'ordre públic.

El fet que l'hereu manifestés la seva voluntat inequívoca i ferma de complir els llegats establerts pel seu pare en la seva memòria testamentària no vulnerava cap norma legal imperativa, ni contravé l'ordre públic, fins i tot en el cas que el causant hagués incorregut en una extralimitació del que disposa l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960.

Cal assenyalar que els llegats ordenats no van lesionar els drets legítims. I, d'altra banda, la limitació que preveia l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960 no obeeix a cap exigència essencial o d'ordre públic del dret successori català, com posa de relleu el fet que l'art. 421.21.2 del Codi Civil de Catalunya hagi elevat ni més ni menys que al doble la part del cabal relicte que el causant pot disposar en la memòria testamentària. Perquè, mentre que l'art. 107.2n. de la Compilació establí el límit en la vintena part del cabal relicte (un 5%), el Codi Civil de Catalunya el fixa com hem dit en el 10% (una desena part) de l'haver hereditari, el que mostra que es tracta d'una limitació que respon a consideracions d'oportunitat, i que no reflecteix cap exigència d'ordre públic.

La sentència criticada, basa la seva declaració de nul·litat de la memòria testamentària en la Sentència del TSJCat de 16 de gener de 1995 (és la que reproduïx en part), però no ha tingut en compte que el criteri seguit per la

esmentada Sentència del TSJCat no és aplicable al cas de la Sentència de 10 de febrer de 2011, donades les diferències que existeixen entre els dos supòsits de fet.

Certament, la Sentència de 16 de gener de 1995 del TSJCat es refereix a un cas en què el causant va ordenar un llegat en la seva memòria testamentària, incorrent en una extralimitació del que disposa l'art. 107.2n. de la Compilació. Ara bé, en el cas resolt per la referida Sentència del TSJCat, l'hereu s'havia negat expressament a fer efectius els llegats ordenats en la memòria testamentària, sent aquest el fet en què es basa la referida Sentència per declarar la ineficàcia de la memòria testamentària. Segons diu, la raó en què es va fonamentar l'esmentada Sentència del TSJCat de 16 de gener de 1995 per declarar la ineficàcia de la memòria testamentària no consistia únicament en l'existència de la extralimitació en què havia incorregut el causant, sinó que el fet determinant que va tenir en compte aquesta Sentència va ser precisament la negativa de l'hereu a fer efectiu el llegat ordenat pel causant. Així ho declara expressament la Sentència de 16 de gener de 1995 del TSJCat en el seu Fonament de Dret 8è, diu: *"l'hereu universal ha de respectar, certament les disposicions per causa de mort de la seva causant sempre que s'ajustin als preceptes del dret successori, i pot no acceptar-les si no és així, que és el que succeeix en aquest cas"*. És a dir, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va entendre que l'hereu podia optar vàlidament entre complir el llegat o, al contrari, negar-se a complir-lo, i estima que, en aquell cas, l'hereu es va negar a complir el llegat, i aquesta voluntat contrària al compliment, unida a la extralimitació en què va incórrer el causant, determinaven la ineficàcia de la memòria testamentària. El que, a més a més, significa entendre, necessàriament, que no és un supòsit de nul·litat radical.

Però els fets del segon cas de la Sentència del TSJCat de 10 de febrer de 2011 és diferent, perquè l'hereu no es va negar mai a lliurar els llegats establerts pel causant, sinó que aquest hereu manifestar la seva voluntat inequívoca de fer efectius els llegats.

La Sentència de TSJCat de 9 de juny de 1997, (preterida per la Sentència de 10 de febrer de 2011), entén que la extralimitació en què hagi pogut incórrer el causant en la seva memòria testamentària no produeix la nul·litat absoluta o radical d'aquesta memòria testamentària.

La Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat va denegar la declaració de nul·litat de la memòria testamentària basant-se que els recurrents van al·legar aquesta nul·litat per primera vegada en fase de cassació i en l'aplicació de la doctrina dels actes propis, ja que els recurrents havien actuat inicialment com si la memòria testamentària fora vàlida i eficaç.

Cal tenir en compte que, en el cas resolt per la Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat, la nul·litat de la memòria testamentària al·legada pels recurrents en cassació es basava en l'art. 123.2 del Codi de Successions de Catalunya de 1991, que és el precepte legal exactament equivalent a l'art. 107.2n. de la Compilació de 1960. Doncs bé, la Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat denega la declaració de nul·litat d'una memòria testamentària per una extralimitació substancialment idèntica a la de la Sentència de 10 de febrer de 2011.

Per denegar la declaració de nul·litat de la memòria testamentària, l'esmentada Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat va prendre en consideració, en essència, els dos següents fets: 1) en primer lloc, el fet que, inicialment, els recurrents en cassació no van invocar l'extralimitació del que disposa en l'art. 107.2n de la Compilació de 1960 com a causa d'invalidesa i ineficàcia de la memòria testamentària, 2) i el fet que, a més, els recurrents havien vingut actuant com si la memòria testamentària fora vàlida i eficaç.

En efecte, l'esmentada Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat declara en la Fonament de Dret 2n:

“SEGUNDO.- El primer motivo de recurso se basa en el apartado 4.º del artículo 1692 de la LECiv, por infracción del artículo 123, párrafo segundo del Codi de Successions y jurisprudencia interpretadora del mismo. Entiende la parte recurrente que la Memoria testamentaria otorgada por don Juan R. F. es nula de pleno derecho al exceder de los

límites cuantitativos fijados en el precepto mentado, pues si el total caudal relicto se cifra en 192.832.325 ptas., los 17.000.000 de pesetas, a que asciende el montante de lo entregado, es cantidad superior a 9.641.616 ptas., que constituye la vigésima parte de aquel «relictum». Dicha nulidad de la Memoria deviene, además según el recurrente, de la doctrina de esta propia Sala reflejada en Sentencia de 16 enero 1995. El cumplimiento de la disposición sucesoria sólo ha de interpretarse, siempre según el recurrente, en el deseo de respetar la voluntad del testador, entendiéndose que se trata de una donación pura, unilateral e incondicionada”.

“El motivo casacional es improsperable. Como es sabido, no pueden tener acceso a la casación las cuestiones nuevas, entendiéndose por tales aquellas que no han sido objeto de controversia y discusión entre las partes en las distintas instancias procesales. Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado (en Sentencias de 11 abril, 4 junio, 22 julio y 20 septiembre 1994 que las cuestiones nuevas alteran el objeto de la controversia, atentan a los principios de preclusión e igualdad de partes y producen indefensión a la otra parte. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias más recientes de 1 y 31 octubre 1996. La nulidad planteada por la parte recurrente aparece por primera vez y sorpresivamente en este recurso. Nunca hasta ahora los actores, apelantes y hoy recurrentes habían cuestionado la validez de la Memoria. Es más, habían aceptado el metálico «renunciando a cualquier reclamación por este concepto», de suerte que incluso la actual e intempestiva petición vulnera el principio general de buena fe según el cual «venire contra factum proprium non valet». Lo único que se ha discutido a lo largo del proceso es la esencia y naturaleza de la disposición sucesoria, inclinándose tibiamente el Juez de Primera Instancia a considerar que se trata de una donación «mortis causa», con lo que, de conformidad con el artículo 358 del Código Sucesorio, es imputable a la legítima y afirmando la Sección de Apelación que se trata de un legado dinerario a favor de los legitimarios por derecho de representación, con cita del artículo 352.2 del Código de Sucesiones, con lo que -dice- es claramente imputable a la legítima «iure

representationis». Y éste es el verdadero tema nuclear, no la validez de la Memoria, siempre aceptada y nunca discutida hasta llegar a esta Sala; Sala que, por lo demás, es cierto que en una sentencia -la citada por la parte recurrente- declaró la nulidad de una Memoria testamentaria pero siendo éste precisamente el objeto del debate”.

Al declarar la Sentència del TSJCat de 9 de juny de 1997 que no es podia declarar en fase de cassació la nul·litat de la memòria testamentària per ser aquesta la primera ocasió processal en què els recurrents van al·legar aquesta nul·litat, va entendre, inequívocament, que la extralimitació en què el causant incorri en atorgar la memòria testamentària no produeix la nul·litat absoluta o de ple dret de la memòria testamentària

La jurisprudència del Tribunal Suprem ha declarat reiterada i invariablement que la nul·litat absoluta o de ple dret és apreciable d'ofici per part dels tribunals: Sentències del Tribunal Suprem de 24 d'abril de 1996 (RJ 1997\3398), 14 febrer 2002 (RJ 2002\1345) i 5 de maig de 2008 (RJ 2008\4130), entre altres. D'acord amb aquesta doctrina, si la Sentència del TSJCat de 9 de juny de 1997 hagués entès que la extralimitació en què hagués pogut incórrer la memòria testamentària produeix la nul·litat absoluta o de ple dret de la pròpia memòria testamentària, hauria admès la possibilitat de declarar o apreciar d'ofici aquesta nul·litat. Aquesta era la conseqüència jurídica ineludible. Per contra, la referida Sentència no considera apreciable d'ofici la possible extralimitació que els recurrents imputaven a la memòria testamentària, el que significa que al esmentada Sentència del TSJCat entén que aquesta extralimitació no provoca la nul·litat radical o de ple dret de la memòria testamentària.

D'altra banda, la jurisprudència del Tribunal Suprem ha establert també que les infraccions o defectes jurídics que són apreciables d'ofici per part dels tribunals poden ser apreciats fins i tot en fase de cassació. Així, per exemple, la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de novembre de 1994 (RJ 1994\8632) declara:

”Por razones de método procede entrar a examinar seguidamente el motivo sexto ya que su estimación haría innecesario el de los restantes

motivos; se alega infracción del artículo 66, párrafo 4, de la Ley General de Cooperativas, de 2 abril 1987, entendiendo la Cooperativa recurrente que ha caducado la acción ejercitada por el transcurso, sin haberlo hecho, del plazo de dos meses que establece el precepto invocado; aunque esta cuestión es alegada por primera vez, sin que lo haya sido en las instancias, en este recurso, al tratarse de una cuestión apreciable de oficio,, tanto en la instancia como en esta fase de casación,, procede entrar en su estudio” (Fundamento de Derecho 3º). Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2002 (Rj 2002\9919) señala: “Esta inexistencia de la acción se traduce en una falta de legitimación en el demandante que, como dice la sentencia de 30 de junio de 1999) con cita de las de 13 de noviembre de 1995 , 6 de mayo de 1997 y 24 de enero de 1998 , «es cuestión que puede ser examinada de oficio por los mismos (órganos jurisdiccionales). Los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que se apliquen aun no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello», que es lo que sucede en el presente caso en que se ejercita una acción de retracto no nacida al tiempo de formularse la demanda” (Fundamento de Derecho 2º); y, en consecuencia, el Fallo de esta Sentencia del Tribunal Supremo declara expresamente: “Apreciándose de oficio por esta Sala la falta de legitimación activa «ad causam» del demandante don José B. A., ha lugar a la casación y anulación parcial de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca de fecha dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete y a la revocación, también parcial, de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Monzón, de fecha dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis “.

En suma, d'acord amb la jurisprudència esmentada, la nul·litat absoluta o de ple dret és apreciable d'ofici fins i tot pel Tribunal de Cassació. Per tant, si aquest Tribunal pot apreciar la nul·litat absoluta en fase de cassació fins i tot en el cas

que cap part hagués al·legat o denunciat aquesta nul·litat al llarg del procés, lògicament també podrà ser declarada la nul·litat absoluta en fase de cassació quan alguna part l'hagués al·legat per primera vegada en la fase de cassació.

En conseqüència, no hi ha dubte que, si la Sentència del TSJCat de 9 de juny de 1997 hagués entès que les extralimitacions de les que pugui patir la memòria testamentària produeix la nul·litat absoluta o de ple dret de la pròpia memòria, no s'hauria negat a examinar en cassació si, en el cas resolt per aquesta sentència, existia o no aquella extralimitació, que va ser denunciada pels recurrents en fase de cassació. Per contra, la referida Sentència es va negar a examinar la qüestió esmentada, el que implica inequívocament que va entendre que aquella possible extralimitació no produïa la nul·litat absoluta de la memòria testamentària, en contra del criteri que la Sentència de 10 de febrer de 2011 del TSJCat. I per això, la Sentència del TSJCat de 9 de juny de 1997 considera aplicable a aquesta matèria la doctrina dels actes propis, cosa que no hauria estat possible si hagués entès que la possible extralimitació de la qual patia la memòria testamentària produeix la nul·litat absoluta d'aquesta memòria testamentària

Com hem indicat, la segona raó que l'esmentada Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat va tenir en compte per denegar la declaració de nul·litat de la memòria testamentària és que els recurrents, tot i que van denunciar la extralimitació en què havia incorregut la memòria testamentària, havien vingut actuant com si la memòria testamentària fora vàlida i eficaç, de manera que considera que la doctrina dels propis actes impedeix declarar la nul·litat d'aquesta memòria testamentària: *“Es más, [els recurrents] habían aceptado el metálico «renunciando a cualquier reclamación por este concepto», de suerte que incluso la actual e intempestiva petición vulnera el principio general de buena fe según el cual «venire contra factum proprium non valet».* Lògicament, si la citada Sentència hagués entès que la extralimitació que els recurrents imputaven a la memòria testamentària produeix la nul·litat de ple dret d'aquesta memòria testamentària, no hauria considerat aplicable la doctrina dels actes propis. Per contra, la Sentència esmentada entén que la possible extralimitació de la memòria testamentària no podia privar d'eficàcia d'aquesta memòria a instància dels

recurrents, com a conseqüència que els propis recurrents havien vingut actuant com si la memòria testamentària fora vàlida i eficaç.

A més a més, no hi ha contradicció entre les Sentències de 16 de gener de 1995 i 9 de juny de 1997 del TSJCat, sinó que les dues resolucions es complementen entre si, en funció de que qui al·lega l'extralimitació de la memòria testamentària hagi manifestat una voluntat favorable o contrària a complir i respectar les disposicions incloses pel causant en la pròpia memòria testamentària. La contradictòria, és, doncs, la Sentència de 10 de Febrer de 2011 del TSJCat.

En una lectura superficial de les esmentades Sentències de 16 de gener de 1995 i 9 de juny de 1997 del TSJCat, potser es podria pensar que aquestes sentències mantenen criteris contraposats pel que fa a l'eficàcia o ineficàcia de la memòria testamentària que incorri en una extralimitació, perquè la primera d'aquestes dues Sentències declara la ineficàcia d'una memòria testamentària en què s'havia produït aquesta extralimitació, mentre que la segona Sentència denega la declaració d'ineficàcia d'una altra memòria testamentària a la qual s'imputava el mateix defecte. Però, en realitat, els criteris que mantenen ambdues Sentències no es contradiuen perquè el fet fonamental que tenen en compte una i una altra resolució judicial no és únicament l'existència d'una extralimitació de la memòria testamentària, sinó l'actitud o comportament dels destinataris de la memòria testamentària davant aquesta possible extralimitació. Per això, la Sentència de 16 de gener de 1995 del TSJCat declara la ineficàcia de la memòria testamentària, basant-se que l'hereu podia optar per negar-se a complir el llegat ordenat en aquesta memòria, i que aquesta opció contrària al compliment del llegat havia estat l'escollida per l'hereu. Per contra, la Sentència de 9 de juny de 1997 del TSJCat denega la declaració d'ineficàcia de la memòria testamentària, atenent al fet que els recurrents no havien denunciat inicialment la extralimitació de la memòria, a més havien vingut actuant com si aquesta memòria testamentària fora vàlida i eficaç. I d'aquests dos criteris, complementaris, que estableixen les esmentades Sentències de 16 de gener de 1995 i 9 de juny de 1997 del TSJCat, el que sembla que resulta més aplicable al supòsit de fet de la Sentència de 10 de febrer de 2011 del TSJCat, és el seguit per la Sentència de 9 de juny de 1997.

Que les dues esmentades Sentències 16 de gener de 1995 i 9 de juny de 1997 del TSJCat estableixen criteris que es complementen entre si, ho demostra el fet que la segona d'aquestes Sentències denega la declaració d'ineficàcia de la memòria testamentària, tot i que té expressament en compte l'existència de la Sentència de 16 de gener de 1995 del mateix Tribunal.

Efectivament, en el cas de la Sentència de 10 de febrer de 2011 del TSJCat els demandats eren dret havent de l'hereu. Per tant, novament d'acord amb la doctrina dels actes propis, els demandats quedaven jurídicament vinculats per la voluntat inequívoca i reiterada manifestada per l'hereu de complir íntegrament els llegats ordenats pel causant en la memòria testamentària. En aquest sentit, les Sentències del TS de 3 d'abril de 1962 i 26 d'octubre de 1962 assenyalen que els propis actes vinculen a l'hereu i només són atacables quan invoqui drets propis que referits a l'herència li col·loquin en posició de tercer:

"Como ha declarado esta Sala en su sentencia de 3 de abril de 1962, por aplicación del principio de respeto a los actos propios el heredero no podrá atacar los actos del causante, que por ser jurídicamente eficaces en sí mismos, resultarían inatacables por el propio causante, mientras el heredero actúe simplemente en ejercicio de los derechos del causante y no cuando invoque derechos propios que aunque referidos a la herencia le coloquen frente a ella en la posición de tercero, porque entonces surgirá el heredero como titular frente al causante de un derecho que le autoriza a desconocer los actos de éste, razón por la que la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos del causante".

En el mateix sentit es pronuncia la doctrina¹⁰⁰.

En tot cas, i d'acord amb els principis del *favor testamenti* i de conservació del negoci jurídic, la Sentència de 10 de febrer de 2011 del TSJCat havia d'haver limitat la nul·litat de la memòria testamentària, i en conseqüència, considerar

¹⁰⁰ MARSAL GUILLAMET, "La vinculació de l'hereu als actes propis del causant envers els Béns de l'hereu", *Setenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, 1992, p. 327

parcialment vàlids els llegats que contenia pel que fa a aquella part en la qual els llegats no excedeixin del límit previst en l'article 107.2n. de la Compilació de 1960, és a dir, quant a la vintena part del cabal relict.

Finalment, com a complement congruent de l'anterior, el mateix article 1.6 del Código civil espanyol en relació amb l'article 1089 del mateix Código civil i la doctrina jurisprudencial establerta, entre altres, en les Sentències de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 30 de setembre de 1975 (RJ 1975\3408), 17 d'octubre de 1975 (RJ 1975/3675) i 20 de novembre de 1992 (RJ 1992\9421), mitjançant els quals s'afirma la força vinculant de les declaracions unilaterals de voluntat i s'inclouen aquestes declaracions entre les fonts de les obligacions. D'acord amb l'article 1.6 del Código civil, la jurisprudència és una font complementària de l'ordenament jurídic. En aquest cas, la doctrina jurisprudencial relativa a la força vinculant de les declaracions unilaterals de voluntat com a font de les obligacions ve a completar la relació de fonts de les obligacions que preveu l'article 1089 del mateix Código civil.

Igualment, la Sentència del TS de 17 d'octubre de 1975 (RJ 1975/3675) declara:

“Que este motivo plantea el interesante problema de la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad que según los recurrentes, resuelven negativamente la norma y jurisprudencia invocada; pero con relación a él, cabe destacar: Primero: Que el principio clásico de las fuentes de las obligaciones, recogido en el art. 1089 de nuestro CC, ha sido sustituido modernamente por el que reduce a dos dichas fuentes, a saber: la voluntad -admitiendo también en éste, la voluntad unilateral-, y la ley; Segundo: Que los ordenamientos legislativos y la doctrina científica de nuestra Patria, admiten varios casos de obligaciones creadas por la voluntad unilateral, citándose por los autores, como ejemplo de ello, los arts. 1330 y 1887 del CC, los 587 y 589 del CCom, las denuncias de los contratos y las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito, a los que podemos añadir la aceptación y repudiación de herencia, que la doctrina científica configura como declaraciones unilaterales de voluntad no recepticia, y cuya eficacia obligacional proclama nuestro Código en el

art. 997, y ha sancionado la jurisprudencia en multitud de Sentencias entre las cuales cabe citar las de 23 abril 1928, 6 marzo 1944), 23 mayo 1955) y 18 septiembre 1975; Tercero: Que ya muchos Códigos modernos admiten, en ciertos casos, la eficacia obligacional de la promesa unilateral; y Cuarto: Que aunque alguna sentencia de este Tribunal, le negó eficacia -SS. de 25 abril 1924 y 21 junio 1945)-, otras, en cambio, se la reconocieron -SS. de 31 octubre 1924, 17 octubre 1932), 10 enero 1946), 5 mayo 1958) y 13 noviembre 1962)- e incluso se le reconoce la de 1 diciembre 1955, que invocan los recurrentes”.

Al seu torn, la Sentència del TS de 20 de novembre de 1992 (RJ 1992\9421) indica:

“En definitiva: no tiene ningún inconveniente esta Sala en admitir la doctrina de la Audiencia, que estima la existencia de una voluntad unilateral vinculante para quienes la declaran, una vez que concurre el consentimiento de los que la reciben, reuniéndose así los requisitos propios del contrato”.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial esmentada admet la força vinculant de la declaració unilateral de voluntat com a font de les obligacions per al subjecte que efectua aquesta declaració, una vegada que aquesta declaració és acceptada o consentida pels destinataris de la mateixa. Aquesta doctrina jurisprudencial completa, d'acord amb el que disposa l'article 1.6 del Código civil espanyol, la relació de fonts de les obligacions que estableix l'article 1089 del mateix Código civil.

L'existència de l'obligació concreta per l'hereu queda corroborada en el cas concret per altres raons complementàries: a) Res és obstacle perquè una persona a la qual s'imposa una obligació mitjançant un acte jurídic nul s'obligui, tot i aquesta nul·litat, a realitzar la prestació prevista en l'acte jurídic en qüestió, sempre que la nul·litat no vingui determinada per una exigència d'ordre públic o derivi de la vulneració dels valors fonamentals de l'ordenament jurídic. En aquests casos, la persona contraurà una obligació, no per raó de l'acte jurídic nul, sinó en virtut de

la seva voluntat d'obligar a realitzar la prestació de què es tracti. Doncs bé, la limitació que establia l'article 107.2n. de la Compilació de 1960 respon a consideracions d'oportunitat, però no obeeix a cap raó d'ordre públic o un principi essencial del dret successori català. Per tant, res obsta perquè l'hereu, fins i tot en el cas que la memòria testamentària fora nul·la de forma radical, decidís obligar a lliurar els llegats ordenats en aquesta memòria. Si s'entengués que la memòria testamentària atorgada pel causant és nul·la, l'obligació de l'hereu de lliurar els llegats naixeria, no d'aquella memòria testamentària, sinó de l'acte *inter vivos* consistent en la voluntat manifestada per ell de complir els llegats. I b) Des del moment en què l'ordenament jurídic admet l'existència d'actes jurídics onerosos i lucratius, tampoc hi ha obstacles que impedeixin que l'hereu es va obligar, com a acte jurídic de liberalitat motivat per sentir aquest deure com a obligació moral, a lliurar els llegats ordenats pel causant en la memòria testamentària.

5.7.3.- La computació.

Segons la Sentència del TSJCat de 22 de Novembre de 1993, els béns s'han de valorar amb el criteri nominalista i segons el seu valor en venda i no pas valor en renda o altres criteris. I així, la SAP Barcelona, Secció 13a, (Id Cendoj: 08019370132013100577), seguint la citada del TSJCat diu:

Así, la STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 1993, declara que "la Ley no establece un criterio de valoración, pero el valor en venta, establecido pericialmente, es objetivo y real. La valoración debe hacerse al momento de la defunción del causante y no cabe incrementar la cuantía debida con base en criterios valoristas: "La valoración dels béns hereditaris s'ha de fer (...) en base a uns criteris essencialment objectius, amb totes les dificultats que això comporta, atès que el concepte de valor és essencialment relatiu (...) el valor en venda és o pot ser un valor objectiu i real (...) Això vol dir únicament que el valor en venda no és l'únic que s'ha de tenir en compte, però no que se n'hagi de prescindir (...) s'ha establert per uns dictàmens pericials, la qual cosa porta a la racional conclusió que per mitjà de la prova pericial s'ha establert la valoració objectiva de la finca que forma

part del cabal hereditari (...) La Compilació admet el principi nominalista quan es tracta de pagament de la llegítima en diners, com resulta de l'article 138 (...) que en el supòsit de pagament (...) en béns hereditaris ordenava que s'estimessin per llur valor en el temps d'efectuar-se d'una manera fefaent la designació o l'adjudicació (...) el criteri del legislador català era i segueix sent (...) el d'atenir-se al principi nominalista quan el pagament de la llegítima es fa en diners (...)". En el mismo sentido, SSTSJ de Cataluña de 6 de marzo y de 9 de agosto de 2008.

a) Computació de les donacions. El *donatum*.

Com sabem als efectes del còmput i quantificació de la llegítima, el *donatum* ha de ser considerat *relictum*, i l'hereu donatari, propietari del *donatum*, l'ha de computar com a tal per pagar la llegítima. Se n'ocupen els articles 451-5 i 451-8 CCC bàsicament.

b) Reducció de les donacions per inoficiositat.

Respecte a la legitimació o necessitat d'interposar l'acció de reducció o supressió de les donacions per inoficiositat aquest ens remetem al dit anteriorment al referir-nos a les parts processals (que és el previst en l'article 451-22 CCC). Ara toca tractar la seva problemàtica processal des del punt de vista de l'ordre a seguir per reduir les donacions, matèria regulada en l'article 451-23 i 451-24 CCC.

La regulació en aquesta matèria no és exhaustiva ni detallada, fet comprensible atès que la pràctica ensenya que són normes inaplicades.

La simple lectura de les normes, articles 451-22 a 24 CCC denota la complexitat de portar al procés l'efectivitat de la norma. Per tant la problemàtica processal derivarà de la complexitat substantiva de la matèria que no és objecte d'aquest treball.

Ara bé, val la pena si més no, comentar succintament alguns aspectes que cal tenir presents a l'hora de tractar el procediment en que s'exercitin accions de reducció o supressió de donacions inoficioses.

c) Necessitat de declarar nul·les les donacions dissimulades per compraventa.

És habitual practicar, entre causant i hereu, la simulació de la donació per compravenda. És a dir, la simulació de la compravenda dissimulant una donació, ja sigui per pagar menys impostos, ja sigui per no computar en el càlcul de la llegítima i així eludir el pagament de la llegítima. És una pràctica habitual i molt coneguda pels tribunals des de fa molts anys.

La jurisprudència ha dit que la prova que les compravendes encobreixen donacions és sempre indiciària¹⁰¹. Altrament, estaríem pràcticament davant d'una prova diabòlica pel legitimari demandant, que s'ha de presumir que no coneix les interioritats, detalls i particularitats no del patrimoni del causant, probablement per haver tingut poca o fins i tot mala relació amb el causant (per això no és hereu, i per això el causant potser ha volgut simular les compravendes).

La petició de nul·litat de les donacions per computar la llegítima no és necessària, excepte, com sabem i ja hem dit, quan no hi ha prous béns a l'herència i cal demanar la revocació (inoficiositat) de les donacions. Tampoc és necessària la declaració de nul·litat –ni quan no hi ha prous béns a l'herència- si el donatari és el propi hereu. Ho expliquen, comentant la Sentència del TSJCat de 12 de setembre de 2002, Id Cendoj: 08019310012002100083, Puig Ferriol i Roca i Trias¹⁰²:

¹⁰¹ STSJCat de 29 de juliol de 1996. RJCat 1996-IV. “... La demandada afirma que estamos ante una verdadera compra-venta y que se pagó el precio mediante su efectiva realización. La primera sentencia acoge la tesis de los demandantes y estima que la compra-venta instrumentada ante Notario encubre una donación porque frente a la sólida prueba de presunciones –usual en los supuestos de simulación- la demandada no ha demostrado que hubiera una efectiva contraprestación onerosa. ... Quien afirma que un contrato carece de causa o que la causa es gratuita afronta la difícil demostración de un hecho negativo: la no entrega de contraprestación efectiva, mientras la parte que afirma que se pagó precio y que además acredita bajo fe notarial la entrega de un cheque, le bastaba con probar que el efecto fotocopiado en la escritura no formaba parte del aparato simulatorio y que fue efectivamente cobrado. Tarea que ni siquiera intentó a pesar de su simplicidad, máxime habida cuenta de que al tratarse de un cheque barrado hubiera tenido que hacerse efectivo a través de la entidad bancaria.”

¹⁰² ROCA i TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Volum III, Dret de Successions, cit., p. 572.

“La STSJC de 12 de setembre de 2002 planteja el cas del donatari beneficiat amb una donació que s’ha declarat computable i el qual a la vegada és cridat com hereu. El tribunal diu que “si el donatari és l’hereu del causant [i, per tant, no un tercer] no escau que el legitimari exerciti en contra seu ni les accions dels articles 141 i 142 de la Compilació [ara, art. 451-22] ni cap d’altra per a rescindir les donacions i aconseguir la plena efectivitat del pagament de la llegítima perquè els béns que hagin estat objecte de tals donacions –o el seu valor- ja estan en el patrimoni de l’hereu i aquest respon personalment i íntegra del pagament de la llegítima i del seu suplement”.”

Sobre la nul·litat per simulació dels actes del causant, també la STSJCat d’11 de novembre de 2002, Id Cendoj: 08019310012002100065:

“...esta Sala tiene declarado que: “La opinión doctrinal es clara al respecto y mantiene, unánimemente que los legitimarios están legitimados activamente para ejercitar las acciones de nulidad por simulación de los actos de su causante que perjudiquen a su legítima y es claro que este perjuicio no se presume, como no se presume tampoco la simulación. La jurisprudencia así lo ha reconocido también y de ello son ejemplo las sentencias de 19 de enero de 1.950 y 24 de octubre de 1.995” (sentencia de 3 de abril de 2.000, con cita expresa en su texto de la sentencia también de esta Sala de fecha 30 de diciembre de 1.992). Esta doctrina ha de ser ahora mantenida.”

Igualment a l’anterior, la també coneguda STSJCat de 3 d’abril de 2000, Id Cendoj: 08019310012000100035.

Els indicis, en el cas de les donacions encobertes per compravendes, solen ser:

- Parentiu directe: per exemple pare-causant i fill-hereu.
- Lligat a l’anterior, el fet d’existir una estreta relació personal de confiança entre pare-causant i fill-hereu.

- El judici de petició de llegítima -

-Circumstàncies personals especials de caire familiar a causa d'una separació matrimonial que impliqui eventuais atribucions de guarda amb al progenitor que finalment és causant i el fill hereu, front a altres fills que han finalment tingut més relació amb l'altre progenitor. O bé, molt habitual darrerament, la manca de relació amb els fills d'una anterior parella, molt més grans que els nous fills del segon matrimoni.

-El fet que la donació es realitza quan el causant ja té una edat considerable i poc abans de morir, per una mort anunciada a causa d'una malaltia coneguda, per exemple.

-El fet que el donant-venedor coincideixi en la mateixa persona que el causant i el donatari-comprador en la mateixa persona que ja havia nomenat com hereu, ja que el testament ja estava atorgat al temps de fer la donació dissimulada.

-El fet que precisament que es vengui la nua propietat en bloc i en molt poc temps i només quedi el testador amb una reserva, per exemple, de l'usdefruit vitalici.

-El fet que en les escriptures de compravenda es digui que el preu es confessa rebut amb anterioritat, sense acompanyar cap tipus de prova. La simple manifestació en les escriptures no demostra la veritat intrínseca.

-Inexistència de l'efectiu pagament del preu, que no s'hagi acreditat de cap manera, sense constar ingressat en el patrimoni del causant. O l'emissió d'un xec que en realitat mai va ser efectivament cobrat.

-L'eventual manca de solvència del comprador, que no solament no disposa de patrimoni, si no que no acredita l'origen dels diners per poder pagar el preu confessat rebut en les escriptures de compravenda

-La manca generalitzada de col·laboració en el procés per part de l'hereu.

-Evidentment, el preu inferior al real, *pretium vilis*.

Sobre els indicis de la donació encoberta per una compravenda resulta interessant la SAP Girona (Secció 2a) 20 de gener de 2003, Id Cendoj:

17079370022003100035¹⁰³ i també la de SAP Barcelona (Secció 17a) de 18 de novembre de 2002, Id Cendoj: 08019370172002100028¹⁰⁴.

¹⁰³ *Es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aplicando el art. 1276 del Código Civil viene apreciando donaciones encubiertas bajo la forma de compraventas, para lo cual exige tener en cuenta las circunstancias de cada caso con la dificultad de que concurren pruebas directas, por lo que ha de acudirse casi siempre a las indicaría con fortaleza suficiente para llevar a los juzgadores a la apreciación de su realidad (así SSTS de 13 diciembre 1993 [RJ 1993, 9615] y 14 de marzo de 1995 [RJ 1995, 4230]). Pero en cualquier caso, es incuestionable que el Código Civil, fiel a la teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a la falsedad o fingimiento: uno, en el que la falsa declaración es fiel exponente de la carencia de causa («colorem habet, substantiam vero nullam»), que configura la llamada simulación absoluta, y el otro, aquel en que la declaración representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza («cotorem habet, substantiam alternam») y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o simplemente simulación relativa (SSTS de 29 de julio de 1993 [RJ 1993, 6493] y 19 de junio de 1997 [RJ 1997, 5418]).*

En el presente caso, para apreciar la existencia de simulación en la compraventa efectuada por la madre a la hija de un piso y un parking en el año 1991 por el precio de 2.500.000 pesetas, habrá de acudirse a los criterios jurisprudenciales que advierten la necesidad de acudir a la prueba indirecta de las presunciones «ex» art. 1253 CC y de lo obrante en autos se desprende que entre las partes contratantes existía una relación de parentesco (madre vendedora e hija compradora), unida a clara afectividad; también queda demostrada la falta de necesidad de vender, ya que la vendedora disponía de una pensión, de varias cuentas bancarias e inversiones con cantidades nada despreciables, y de algún bien inmueble, al margen del vendido, que, dada su avanzada edad, de 79 años en la fecha de la venta, cubrían sobradamente sus necesidades sin que fuera preciso enajenar el piso y el parking. Tampoco se acredita la entrega del precio, que en la escritura de compraventa figura confesado, pues la hija, supuesta compradora, no da razón suficiente de pago, ya que según mantiene al absolver la posición vigésimo primera, folio 265, cree recordar que pagó dos millones y medio y que lo pagó con cheque sin recordar la procedencia. Pero tampoco se ha acreditado que en la fecha de la compraventa se produjera un incremento del activo en las cuentas de la vendedora o un detrimento en las de la compradora por dicho importe. A su vez la compradora manifiesta al absolver la posición núm. 23 que no cobraba sueldo en aquellas fechas, pero que aquel año ingresó seis o siete millones procedentes de pensiones atrasadas de su hija y de una venta de un hotel, hecho que no tiene soporte probatorio. Y desde luego el movimiento de tales cantidades de dinero en el año 1991 (pago de dos millones y medio por un piso y un parking, cobro de seis o siete millones por pensiones atrasadas y venta de un hotel), es irracional que no dejen la menor huella o vestigio, máxime cuando los pagos se habrían hecho mediante título de crédito formal sobre fondos disponibles en un banco o entidad de crédito.

De lo expuesto, ha de considerarse probada la relación familiar unida a estrecha relación de afectividad entre compradora y vendedora, la avanzada edad de la

En aquests casos, a més a més, venen accentuats per la necessitat de l'inversió de la càrrega de la prova, ja que, com ha vist la jurisprudència l'hereu te millor accés a la prova (article 217.7 LEC):

“Si el heredero legitimario no conoce la existencia de todos o de parte de los bienes o discute si un determinado acto jurídico con forma onerosa era en realidad una donación computable a efectos del cálculo de la legítima, teniendo en cuenta la escasa o nula colaboración de los herederos en estos caso es claro que para concretar la cuantía exacta del crédito hereditario en que consiste la legítima, será necesaria la práctica de las pruebas correspondientes, el acceso a las cuales en muchas

vendedora, la innecesidad de la venta, la falta de acreditación de entrega del precio y la no percepción de salarios por la compradora. Por otra parte no sólo no existe prueba, sino tampoco un mínimo indicio que permita apoyar la realidad del pago, respecto del cual las manifestaciones de la compradora resultan difusas y racionalmente carentes de credibilidad, ante la posibilidad de aportar datos de fácil recuerdo que sin embargo omite, y documentos, aunque sólo sea por referencia, susceptibles de eventual comprobación.

TERCERO Ante tales hechos, este Tribunal considera, en aplicación del art. 1253, hoy derogado por la LECiv 1/2000, que regula las presunciones judiciales en su art. 386, que la certeza de la donación en vez de la compraventa del piso y el parking, constituye una enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano con la relación fáctica destacada, que legitima la presunción; y ello al margen de si el precio estipulado era o no vil, lo cual no ha quedado convenientemente demostrado en autos, ni en el rollo al inadmitirse la prueba solicitada y aportada en tal sentido, pues no constando pago alguno y presumiendo el Tribunal que el precio sólo se establece a efectos simulatorios, resulta irrelevante si era ajustado o no al valor de mercado de los inmuebles transmitidos.

¹⁰⁴ *Mas esta cantidad ya ha sido recibida con creces por las demandantes mediante la donación encubierta de los pisos que recibieron de sus padres, pues esta Sala, al igual que el Tribunal de Primera Instancia, considera probada, mediante la declaración testifical del hermano de las litigantes, (folio 51 de autos), la realidad de la donación, ya que el piso que compró su hermana fue pagado por sus padres y el piso que sus padres vendieron a su hermana no fue en realidad una venta, sino una donación, pues su hermana no entregó precio alguno. La manifestación realizada por el padre en su testamento de que había satisfecho la legítima a los hijos que no nombra herederos viene corroborada por la declaración de y por el hecho de que el otro hermano tampoco reclame la legítima. Es razonable pensar que las otras hijas, las demandantes, a quienes no se atribuyó nada en el testamento paterno también recibieron en vida su legítima mediante la donación de los pisos referida.*

*ocasiones no está en manos de los herederos forzosos (así los datos obrantes en la Hacienda Pública, entidades bancarias, etc.).*¹⁰⁵ “

La inversió de la càrrega de la prova és en aquests casos, doncs, decisiva, i és una circumstància que el jutge haurà de tenir especialment en compte.

L'actual Jurisprudència sobre la procedència de la petició de nul·litat de les donacions dissimulades. Per a computar el valor de les donacions, no és necessari la prèvia declaració de nul·litat de les compravendes per a que es declari que en realitat eren donacions. El TSJCat s'ha pronunciat en quatre ocasions:

La STSJCat de 30 de desembre de 1992¹⁰⁶, en el cas que analitza aquesta Sentència, es desestima la demanda de nul·litat que el legitimari havia interposat

¹⁰⁵ Interlocutòria AP Barcelona, de 20 de febrer de 2003, RJCcat, III-2004, p. 814.

¹⁰⁶ “... -se- reduce la cuestión a examinar si la actora está o no legitimada para impugnar la enajenación mencionada dada la repercusión que aquélla puede tener en la posible merma de sus derechos legitimarios...

La recurrente insiste reiteradamente que está ejercitando una acción de nulidad como cualquier persona a quien perjudique el contrato nulo, acción que tiene carácter previo y tiende a la integración del caudal hereditario... el legitimario es un acreedor del heredero a una pars valoris bonorum sin perjuicio de las garantías... y justifica el interés del legitimario en que su quantum, sobre los bienes relictos que le corresponde, no quede disminuido por negocios jurídicos que puedan mermar el valor total del caudal hereditario.

La actora en su demanda pretende destruir la falsa apariencia del contrato simulado y desvelar el contrato realmente celebrado. Y a partir de la cobntestación a la demanda conoce y es reconocido por los demandados que lo realmente querido por los contratantes es permutar unos bienes por otros. Con lo que ninguna evasión de determinados bienes hereditarios se va a producir cuando deban valorarse en la reclamación de la legítima.

Sin embargo la actora recurrente elude expresamente la acción de reclamación de legítima sin que, al parecer, tampoco extrajudicialmente haya solicitado el heredero la valoración y el pago de la legítima... Sólo al legitimario se le considerará tercero interesado que resulta afectado por la simulación cuando ejercita la acción dentro del procedimiento reclamatorio antes indicado. De lo contrario, como sucede en el presente caso, su interés y posible perjuicio sólo es perceptible en el terreno de la hipótesis ya que tampoco es descartable la valoración a satisfacción de la actora, incluso extrajudicial, de los bienes permutados una vez iniciada la reclamación de la legítima. Fuera de este procedimiento no está legitimada la actora para defender los bienes, como ella dice, de

prèviament a la demanda de reclamació de llegítima. I el tribunal desestima el recurs i confirma la desestimació de la demanda, doncs –en tot cas- ni tan sols s’havia acumulat l’acció de reclamació de llegítima i diu que la seva legitimació per poder demanar la nul·litat dels negocis simulats dependrà de que efectivament reclami abans o al mateix temps ja sigui judicial o fins i tot extrajudicialment el pagament de la llegítima. Afirmar també, *obiter dictum*, que el legitimari tampoc té legitimació per demanar la nul·litat, atès que el legitimari és un creditor personal y no és cohereu.

La STSJCat de 21 de març de 1994¹⁰⁷ aclareix que no és pas el mateix que es declari computables les donacions simulades per compravendes, que es declari la nul·litat de les compravendes, el que fa el Tribunal és considerar-les com a *donatum* sense necessitat de declarar la nul·litat del negoci aparent.

La STSJCat de 3 d’abril de 2000¹⁰⁸ i la STSJCat de 11 de novembre de 2002¹⁰⁹. En aquestes sentències el Tribunal ha establert una clara doctrina en aquest sentit, degut especialment a la naturalesa de *pars valoris bonorum* de la llegítima.

la comunidad hereditaria, ya que no es coheredera ni se aplica a la legítima catalana lo dispuesto en el art. 806 del Código civil.”

¹⁰⁷ “... no és pas veritat que la sentència declari la nul·litat de l’escriptura... del notari Sr. Follia, sinó que el que la sentència fa és declarar que les transmissions de les accions de les entitats –Lafuente Lorenzo, S.A- i –S.A. Los Faros-Lafuente Palomar- que va realitzar la causant a favor dels seus tres fills mascles hereus són constitutives de donació onerosa ja que el valor del que es va donar era superior a la contraprestació que van fer els donataris, per la qual cosa és procedent la seva col·lació a l’efecte de calcular la llegítima. És ben diferent doncs el que diu la sentència del que li volen fer dir els recurrents, raó per la qual la denúncia d’incongruència que fa el motiu, en no ésser certa, no pot pas reeixir...”

¹⁰⁸ “... Y tampoco cabe la menor duda de respecto a que la legitimaria tiene legitimación para impugnar los actos simulados realizados por el causante.

El tema, sin embargo, no es éste. El tema está en decidir si esta legitimación lo es a todos los eventos o, como se decía en la sentencia de esta Sala, solo en tanto en cuanto se pruebe que pueden resultar afectados los derechos legitimarios de la legitimaria. Piénsese que la legitimaria no es coheredera y que no se aplica a la legítima catalana lo dispuesto en el art. 806 del Código civil. La opinión doctrinal es clara al respecto y mantiene, unánimemente, que los legitimarios están legitimados activamente para ejercitar las acciones de nulidad por simulación de los actos de su causante que perjudiquen a su legítima, y es claro que este perjuicio no se presume, como no se presume tampoco la simulación. La jurisprudencia así lo ha reconocido también y de ello son ejemplo las sentencias de 19 de enero de 1950 y 24 de octubre de 1995.

La SAP de Barcelona de 7 de gener de 2003 (Id Cendoj 08019370142003100121) va revocar l'acció principal de declaració de nul·litat dels negocis per innecessària i per improcedent, i va estimar la petició de llegítima sense necessitat de declaració aquesta nul·litat per computar el valor dels béns a l'efecte de calcular la llegítima¹¹⁰.

El que sí es fa necessari, és demanar que el valor de les donacions es computi als efectes de calcular la llegítima¹¹¹.

De fet, no serà estrany, que el legitimari, desconeixedor de molts aspectes del patrimoni del causant, no sàpiga ni tan sols si existeixen donacions (que poden fins i tot no està inscrits en el Registre de la propietat). Es pot donar el supòsit de que les transmissions (simulades per compravendes) no s'hagin inscrit en el Registre de la Propietat. En aquests casos, com ja hem dit, el legitimari, en la seva

Por otra parte, de la demanda se deduce claramente que la actora entiende que las simulaciones a que alude lo han sido en forma relativa, esto es, disimulando a través de un contrato de promesa de venta o de permuta. Pero lo cierto es que la actora, empeñada en lograr el pronunciamiento anulatorio, olvida, por una parte, que en el caso de simulación relativa no se produce este efecto global y, por otra, olvida también probar el perjuicio causado a su legítima. La recurrente, en efecto, elude expresamente la acción de reclamación de legítima y tampoco, según parece, ha solicitado del heredero la valoración de la misma. Como se decía, pues, en la sentencia de 20 de diciembre de 1992, “su interés y posible perjuicio sólo es perceptible en el terreno de la hipótesis, ya que tampoco es descartable la valoración a satisfacción de la actora, incluso extrajudicial, de los bienes permutados.

La sentencia indicada no imponía, consecuentemente, un modelo de proceso a seguir, con acumulación de autos o de acciones, como elucubra el recurrente. Sólo afirmaba –y esta afirmación debe mantenerse igualmente en la presente resolución– que la actora no ha probado el perjuicio de sus derechos legitimarios, y con ello carece de interés jurídico porque anula los actos realizados por su causante.”

¹¹⁰ “*QUINTO.- Como queda dicho la sentencia apelada declaró nulas las transmisiones, pero el único derecho reconocido a la actora es el de percibir lo que por legítima le corresponda. La sentencia apelada y las partes han desconocido que para determinar la cuota legitimaria basta “computar”...*

FALLO.- Estimando en parte el recurso... con revocación total del fallo, se estima la petición subsidiaria ... y se reconoce a la actora la cuota legitimaria...”

¹¹¹ Com exigeix la STSJCat de 29 de juliol de 1996 (RJCat 1996-IV, p. 923).

demanda, perfectament se li ha de permetre la no necessitat de concretar el patrimoni existent, i pot dir, de forma genèrica, que es computin les donacions – encobertes o no- cas de ser-hi.

La problemàtica la podem allargar preguntant-nos si el que en realitat succeeix no és tant que al legitimari no li calgui demanar la nul·litat de les compravendes i la declaració de que en realitat són donacions o simplement és que en realitat el legitimari no pot demanar la nul·litat per manca de legitimació activa. Per no tenir dret o acció *ad causam*.

Ara bé, tota aquesta qüestió relativa a la donació de béns immobles (com també de les donacions remuneratòries o *donatum mixtum cum donationem*) s'ha vist o es pot veure trasbalsat per la interpretació que ha fet el Tribunal Suprem de l'article 633 del Código civil. Efectivament, des de la Sentència de Ple de l'11 de Gener de 2007 del Tribunal Suprem, Id Cendoj: 28079110012007100179,¹¹² s'ha

¹¹² La part que interessa de la Sentència és la següent:

"La cuestión de si es válida la donación efectuada de este modo encubierto ha sido tratada en numerosas ocasiones por esta Sala con criterios discrepantes. El recurrente sólo recoge algunas de las sentencias favorables a su tesis de la nulidad. Lo niegan las sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 14 de mayo de 1966, 1 de octubre de 1991, 6 de abril de 2000 y 16 de julio de 2004. Son resoluciones cuya ratio decidendi es el criterio negativo a que la donación de inmuebles pueda ser disimulada, no meros obiter dicta que no obedecen al establecimiento de criterios para la resolución del caso litigioso, no constituyendo por tanto doctrina jurisprudencial. La contenida en las sentencias citadas tienen unas líneas muy semejantes, que nacen de la de 3 de marzo de 1932; la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del art. 633 Cód. civ., pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario. La primera no prueba la existencia de la donación del modo y forma que exige el art. 633 (S. 3 la escritura pública se otorgó para amparar un contrato nulo, sin que en la misma constase el animus donandi, las cargas impuestas al donatario, ni la aceptación de éste (sentencia de 1 de diciembre de 1964); y que la aceptación del donatario no existe pues dio su consentimiento para un contrato de compra (sentencia 1 de octubre de 1991). Frente a estas sentencias pueden situarse otras en las que se mantiene la posición contraria, esto es, la validez de la donación de inmuebles disimulada. Son las de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero de 1993, 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999. Al igual que las mencionadas en el párrafo anterior, la validez de la donación encubierta es ratio del fallo. El argumento básico de esta posición es el de que si bajo el

negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquél será la propia de este último, y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente; que el Notario cuando autorizó la escritura pública estaba en verdad autorizando un contrato de donación (sentencias de 9 de mayo de 1988 y 30 de septiembre de 1995).

Un tercer criterio es el de que, ante las posiciones enfrentadas sobre la cuestión, ha de resolverse ateniéndose a las circunstancias del caso (sentencias de 19 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1989, 22 de enero de 1991, 30 de diciembre de 1999, 18 de marzo de 2002 y 7 de octubre de 2004).

Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 Cód. civ., cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos.

Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El art. 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico.

La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El art. 622 sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que "excedan del valor del gravamen impuesto", es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (art. 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incompresibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los arts. 619 y 622 en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria. Finalmente, hay que decir que el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica

canviat el criteri respecte de la validesa de les donacions, de manera que ara és jurisprudència consolidada (pel fet de ser una Sentència de Ple) que és requisit de validesa fer constar en l'escriptura l'*animus donandi* i l'acceptació. Així que, si no consta expressament la voluntat de donar i també l'acceptació de la donació, encara que es provi que es volia donar i es volia acceptar la donació, la donació és nul·la de ple dret.

Aquesta jurisprudència no és en realitat pacífica, i de fet la sentència, tot i ser del ple, va tenir el vot particular de tres magistrats.

De fet, la tesis denominada clàssica de declarar nul·les les donacions encobertes que no continguin el requisit formal, afecta a la llegítima, perquè un dels motius en que es fonamenta l'opció de declarar nul·les les donacions és precisament protegir als creditors del donant, i per tant, protegir als legitimaris, que poden sostenir, aleshores sí, que la donació és nul·la de ple dret per infracció de l'article 633 del Código civil, i estalviar-se d'haver d'acumular, per exemple, la problemàtica que comporta l'acció d'inoficiositat de les donacions en els casos que fos necessària (insuficiència de béns per pagar la llegítima) i quan hi ha hagut vàries donacions a diferents persones¹¹³.

a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)".

¹¹³ SAP Barcelona, 29 de septiembre de 2008 Sección 1a. Id Cendoj: 08019370012008100546:

"SÉPTIMO.-Tras lo explicado debemos plantearnos si la prueba de que no hubo voluntad de otorgar un contrato de compraventa sino de donación ha de determinar la nulidad de la escritura por no haber expresado tal voluntad en la misma, como al respecto recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007, según la cual, <<la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del art. 633 del Cc ., pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario>>.

Ahora bien, la expresada doctrina jurisprudencial da respuesta a una cuestión muy diferente de la que nos ocupa porque en el supuesto de hecho analizado por el Tribunal Supremo, la demanda fue instada por terceros perjudicados por la compraventa simulada efectuada entre el matrimonio allí demandado y la hija de ambos, en la que asimismo, y con carácter subsidiario, se había pedido la rescisión por fraude de acreedores del acto expresado, lo que pone de manifiesto que el contrato otorgado buscaba una finalidad defraudatoria de derechos de terceros, que se vieron obligados a acudir a los tribunales para obtener la protección de su derecho.

En cambio, en el caso de autos, hubo un acuerdo entre los esposos otorgantes en el sentido de efectuar la transmisión que efectivamente tuvo lugar, por lo que la acción que

ahora ejercita la parte demandante carece de interés legítimo que la justifique y resulta contraria a sus propios actos. Por consiguiente, atendido que no existen terceros perjudicados sino que el proceso enfrenta a las mismas partes otorgantes del contrato, y que fueron estas partes quienes de forma voluntaria, y probablemente acogiéndose a consejos de índole fiscal, optaron por el sistema traslativo del dominio que mejor pudiera convenir a sus intereses, y dado que no se aprecia la concurrencia de un interés legítimo en la parte que insta la nulidad que justifique su declaración, debe prevalecer el principio general de conservación de los contratos en aras a la seguridad jurídica, y concluir que declaración de nulidad no puede ser estimada.”

SAP Barcelona de 28 d’abril de 2008 Sección 1a Id Cendoj: 08019370012008100210

”SEXTO.- Partiendo de las anteriores premisas, la primera cuestión a analizar en el recurso formulado por la parte actora es la pretendida nulidad de la compraventa por inobservancia de la forma al tratarse de una donación encubierta...

Pues bien, parece conveniente recordar lo que se argumentaba en la sentencia de 11 de enero de 2007 dictada en Pleno por la Sala 1ª del Tribunal Supremo: "La cuestión de si es válida la donación efectuada de este modo encubierto ha sido tratada en numerosas ocasiones por esta Sala con criterios discrepantes. El recurrente sólo recoge algunas de las sentencias favorables a su tesis de la nulidad. Lo niegan las sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 14 de mayo de 1966, 1 de octubre de 1991, 6 de abril de 2000 y 16 de julio de 2004. Son resoluciones cuya ratio decidendi es el criterio negativo a que la donación de inmuebles pueda ser disimulada, no meros obiter dicta que no obedecen al establecimiento de criterios para la resolución del caso litigioso, no constituyendo por tanto doctrina jurisprudencial. La contenida en las sentencias citadas tienen unas líneas muy semejantes, que nacen de la de 3 de marzo de 1932; la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del art. 633 Cód. civ., pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario. La primera no prueba la existencia de la donación del modo y forma que exige el art. 633 (S. 3 la escritura pública se otorgó para amparar un contrato nulo, sin que en la misma constase el animus donandi, las cargas impuestas al donatario, ni la aceptación de éste (sentencia de 1 de diciembre de 1964); y que la aceptación del donatario no existe pues dio su consentimiento para un contrato de compra (sentencia 1 de octubre de 1991).

Frente a estas sentencias pueden situarse otras en las que se mantiene la posición contraria, esto es, la validez de la donación de inmuebles disimulada. Son las de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero de 1993, 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999. Al igual que las mencionadas en el párrafo anterior, la validez de la donación encubierta es ratio del fallo. El argumento básico de esta posición es el de que si bajo el negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquél será la propia de este último, y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente; que el Notario cuando autorizó la escritura pública estaba en verdad autorizando un contrato de donación (sentencias de 9 de mayo de 1988 y 30 de septiembre de 1995).

Un tercer criterio es el de que, ante las posiciones enfrentadas sobre la cuestión, ha de resolverse ateniéndose a las circunstancias del caso (sentencias de 19 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1989, 22 de enero de 1991, 30 de diciembre de 1999, 18 de marzo de 2002 y 7 de octubre de 2004).

Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 Cód. civ., cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos.

Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El art. 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico.

La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El art. 622 sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que "excedan del valor del gravamen impuesto", es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (art. 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incompresibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los arts. 619 y 622 en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria. Finalmente, hay que decir que el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)".

Partiendo de tal doctrina, es de observar, que, en realidad, la cuestión planteada en autos no es exactamente la resuelta en dicha sentencia en la medida en que el Tribunal Supremo de lo que está hablando es de "una escritura pública de compraventa totalmente simulada" y considera que ese caso no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio

d) Computació dels contractes de vitalici

Els contractes de vitalici solen ser una fórmula molt adient per encobrir donacions del causant als hereus per evitar que siguin computats a la llegítima. I són negocis que, per la seva configuració, permeten practicar bé la simulació de la onerositat als efectes d'evitar la computació.

De la mateixa manera que en el cas de les compravendes que encobreixen donacions, en els casos de contractes de vitalici, per poder esbrinar si hi ha verdadera causa o es tracte d'una donació dissimulada per evitar que es computi el seu valor per calcular la llegítima, s'haurà d'atendre a les circumstàncies del cas i als mecanismes de la prova indiciària.

La situació econòmica-patrimonial que justifiqui la necessitat econòmica del causant, per esbrinar la manca de necessitat de cap vitalici, ni de garantia per rebre aliments, és a dir el balanç del seu patrimoni.

Així com les necessitats econòmiques diàries o el ritme de vida del causant.

La capacitat econòmica dels adquirents del contracte de vitalici per poder fer els pagaments.

Els vincles entre les persones intervinents en el contracte de vitalici: causant-hereu, causant-muller de l'hereu, causant-fill de l'hereu, causant-societat patrimonial familiar, etc... Que els dos donataris siguin, doncs, precisament els hereus directes o indirectes. El fet de qui és el que efectivament gestiona el

disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez el animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial dado que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación, pero en el caso que nos ocupa sí aparecen reflejados los consentimientos de los contratantes en la propia escritura en la medida en que ambos aceptan un precio inferior al de mercado, con la consiguiente liberalidad en cuanto al exceso, constanding así en la misma el animus donandi de la vendedora y la aceptación del comprador.

En consecuencia, este primer motivo del recurso que atiene a la nulidad de la escritura de compraventa por inobservancia de la forma al tratarse de una donación encubierta no puede prosperar; sin perjuicio obviamente, del derecho de los demandantes de defender sus derechos hereditarios ejercitando las acciones oportunas, como con acierto se apunta en la instancia.”

patrimoni objecte del vitalici, o de si els hereus-fills són també cotitulars dels comptes del pare/mare-causant.

El temps en que es fa el contracte de vitalici i l'edat de la causant en relació a la característica fonamental del vitalici que és l'equilibri entre les parts de la seva aleatorietat, (i si l'edat s'acosta als 80 anys el contracte de vitalici és ja poc aleatori, a no ser que l'import de la renda sigui molt elevat).

La forma de repartir el patrimoni en vitalicis, per exemple el fet de donar dues cases una cada un dels dos fills hereus, i cap al tercer fill legitimari (no nomenat hereu).

La quantia de la renda vitalícia, que ha d'estar clarament per sobre del valor en renda si es transmet la possessió, atès que el vitalici paga el valor en renda i part del valor d'adquisició de la propietat.

La periodicitat dels pagaments del vitalici, la irregularitat dels pagaments.

L'estat de salut del causant. I directament lligat a això, la proporció de la quantitat total efectivament pagada a compte. Si és inferior al 30 % de la valor de la finca, és probable que es tracti d'una simulació.

Per altra banda, el cost real del vitalici si després es confondrà amb el mateix propietari (adquirent-hereu), atès que, tots els diners pagats pel vitalici es recuperen al ingressar a l'herència, per tant també s'haurà d'atendre a l'ús que n'hagi fet el causant.

De la mateixa manera que ho veurem en les compravendes, permutes, *negotium mixtum cum donationem*, i altres contractes simulats, o en les societats familiars patrimonials, etc..., no computar determinats contractes de vitalici és obrir la porta a que tothom pugui fer vitalicis no aleatoris i simulats (pagant menys del 10% del valor) per no haver de pagar la llegítima.

Una solució, no prevista expressament, ni sembla tampoc que s'hagi plantejat, és computar pel càlcul de la llegítima el valor que el pagament del vitalici no hagi cobert. Tot i que el resultat és exactament el mateix que computar el vitalici com a donació. És *negotium mixtum cum donationem*. La part pagada ha enriquit al causant (encara que potser s'ho hagi gastat) i la part no pagada es computa com a donació.

Normalment, els contractes de vitalici que simulen una encoberta donació són la millor situació pels hereus, burlant els drets legítims i sense tenir massa en compte les verdaderes necessitats del causant. En aquests casos, aflora que la verdadera causa del contracte de vitalici no és onerosa en favor del causant, sinó gratuïta.

Com insinua la SAP de Barcelona, de 29 de juny de 1999, hem de sospitar, o posar-nos en guàrdia davant de negocis jurídics que, prop de la mort, realitzen els hereus amb el causant, atès que poden obeir a motius per evitar el pagament de la llegítima¹¹⁴.

Durant els anys 90 va haver-hi varies Sentències del TSJC computant a la llegítima finques que havien estat objecte de cessió a canvi d'aliments, i en la majoria d'elles el donatari mai simulava pagar la prestació.

I a mesura que aquestes resolucions es donaven, els obligats a pagar aliments-donatari-hereus van aprendre que havien de simular no sols el contracte de vitalici, sinó també la prestació que comportava, perquè sinó el TSJC no es podia creure la simulació, el parany.

¹¹⁴ “Para calcular la legítima global se ha de hacer una operación contable, que contempla el art. 355 del Codi de Successions, cuya finalidad es la protección del derecho de los legitimarios; por eso mismo, las normas que la establecen son imperativas; se imponen a la voluntad del causante, que no las puede cambiar, y comprenden la totalidad del caudal hereditario. Las fases de dicha operación son la determinación del caudal hereditario (art. 355, regla 1ª CS), la depuración (regla 1ª “in fine”) y agregación de donaciones (regla 2ª). Por lo que se refiere a esta última operación, que es la que constituye objeto de controversia, tiene como finalidad evitar que el causante burle los derechos de los legitimarios haciendo donaciones que impidan la existencia de caudal relicto a su muerte. Por ello se establece la necesidad de agregar al valor que tenían los bienes de la herencia en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas y de los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, el de las donaciones efectuadas. A tal efecto se han de computar todas ellas, con independencia de quién sea el donatario, sin otra excepción que los gastos de alimentos, educación y aprendizaje, cura de enfermedades, equipo ordinario o regalos de costumbre, el esponsalicio o escreix y la soldada.”

Per això, pel legitimari, s'ha convertit en una prova diabòlica poder acreditar la simulació del contracte de vitalici, perquè precisament està pensat i gestionat per a simular una situació que permeti no computar als efectes del càlcul de la llegítima el bé objecte del vitalici.

Si donada la realitat formal del pagament de la prestació alimentaria, no es pot demostrar per part del legitimari, la simulació total i l'existència de la donació, s'ha d'estar a la doctrina establerta per la paradigmàtica STSJC de 16 de desembre de 1993 (Ponent Sr. Puig Ferriol), que, apreciant la figura del *negotium mixtum cum donationem*, computa el valor de l'objecte de la cessió a efectes de llegítima, restant els imports satisfets pel donatari-hereu:

“...la sentencia recurrida (confirmada pel TSJC) establece en este caso la computación del valor de la finca por entender que su transmisión al heredero por un contrato llamado de renta vitalicia, encubre una donación...y como tal donación ha de computarse a los efectos del cálculo de la legítima.”

I més clara encara és la SAP Barcelona de 20 de febrer de 2012 (Ponent Sr. Recio Córdoba), Id Cendoj: 08019370012012100065¹¹⁵.

¹¹⁵ “*Conviene comenzar por recordar lo declarado por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en sentencia de fecha 18 septiembre 2006:*

"OCTAVO.- Por el contrato de renta vitalicia o violari una persona, se obliga a transmitir a la otra unos determinados derechos a cambio de que el otro le pague una cantidad periódica en dinero u otros bienes. Tiene como notas características ser un contrato bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo aunque también puede constituirse a título gratuito. Es esencial en este contrato, como en los restantes de esa misma naturaleza, el elemento de la aleatoriedad en el que debe darse lo que se denomina equivalencia del riesgo es decir que ambas partes deben tener igual posibilidad de pérdida o ganancia a la conclusión del negocio.

La aleatoriedad del contrato de renta vitalicia consiste es que es incierto lo que durará la obligación de pagar la renta en cuanto que depende de un elemento objetivamente incierto: el tiempo exacto que durara la vida de la persona que se toma como referencia para medir la duración de la obligación (certusan etincertusquando). Por el contrario el valor del inmueble es cierto y determinado.

En las rentas vitalicias constituidas a título oneroso para que se dé la equivalencia del riesgo entre las partes en el momento de la estipulación del negocio ambas deben tener una igual posibilidad de pérdida o de ganancia ”.

Por otro lado se ha de recordar que constituye reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo la que proclama que al ser grandes las dificultades que encierra la prueba plena de simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes

en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto, y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el artículo 386 LEC y se reconoce en reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS 25abril 1981 , 2 diciembre 1983 , 5 diciembre 1984 y 13 octubre 1987 , entre otras muchas), y con su base apreciar comportamiento simulador absoluto cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido en definitiva la causa que nominalmente se expresa.

CUARTO.- Aplicando tal doctrina al caso de autos, es de observar que el ahora demandado D. Abelardo ha aportado a las actuaciones justificante de pago a su abuelo de la suma de 25.000 pesetas mensuales durante más de 7 años, esto es, un total de 2.200.000 pesetas (fs.60 a 140), sin que obre en las actuaciones prueba pericial que acredite que la firma de los recibos no fue puesta por el causante; si bien es cierto que tampoco este extremo bastaría para justificar la validez de la operación en la medida en que se trata de documentos elaborados por las partes contratantes, de modo que podrían llegar a considerarse un elemento más de la simulación contractual: el causante firma los recibos, pero no percibe cantidad alguna. Por tanto, lo relevante en estos momentos es analizar la razonabilidad de la operación, esto es, si realmente el contrato de renta vitalicia obedecía a la conveniencia del ahora causante de incrementar sus ingresos mensuales, al tiempo que se aseguraba la u Por tanto, lo relevante en estos momentos es analizar la razonabilidad de la operación, esto es, si realmente el contrato de renta vitalicia obedecía a la conveniencia del ahora causante de incrementar sus ingresos mensuales, al tiempo que se aseguraba la utilización de la vivienda y el cuidado prestado por familiares. En esta línea se mueve el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya al analizar casos similares, y así en su sentencia de fecha STSJC Catalunya 14 febrero 2008 concluye lo siguiente:

"Es evidente que no puede alterarse, por la falta de concurrencia de los datos que pueden llevar a la conclusión contraria, la que se alcanza en la sentencia recurrida de que existía una causa justificada para la celebración del contrato de autos, teniendo en cuenta que Doña. Beatriz únicamente percibía una pequeña pensión y vivía en una residencia geriátrica cuyo superior coste había de sufragar, siendo perfectamente entendible su deseo de no vender su vivienda y de preferir transmitir tan sólo la nuda propiedad con reserva del usufructo, a cambio de una cantidad que le permitiera abonar el coste de la residencia y hacer frente a sus gastos. Se añade aquí que la causa o razón de ser del contrato, además de presumible en su existencia y licitud - art.1277 C. Civil -, aparece aquí, a falta de dato en contrario que debía proporcionar en todo caso la parte actora, como concurrente y adecuada, lo que lleva a acordar el decaimiento del motivo".

Pues bien, como quiera que el precio en que se valoró el inmueble en la escritura fue el de 2.900.000 pesetas, sin que obre en autos prueba alguna que permita afirmar que tal valor resultaba inferior al de mercado en aquellas fechas (tan sólo contamos con una pericial que valora el inmueble a la fecha de la muerte del causante -marzo 1998- y, además, lo hace en atención al estado en que se encuentra en la actualidad tras haber sido rehabilitada por el demandado), obligado es concluir que no cabe cuestionar la corrección del precio pactado en la medida en que, además de la entrega de dicha

Una darrera sentència de l'AP¹¹⁶ és una mostra de que de vegades l'habilitat del causant i els hereus aconsegueix el fi de distreure de la imputació determinades donacions, negocis gratuïts, a través de la simulació del contracte de vitalici. En aquest cas la Sala es va deixar seduir per les aparences. Perquè el cas presentava clars indicis de que el contracte de vitalici era en realitat oneros.

El cas presentava les següents particularitats segons el recurrent en apel·lació:

- Que la causant tenia un patrimoni immobiliari fora del corrent (tenia prop de quinze immobles, entre Barcelona i la Cerdanya).
- Que la causant tenia tot aquest patrimoni immobiliari només amb una hipoteca de 125.000 € com a càrrega (reconegut pels codemandats), sense cap més passiu.
- Que la causant cobrava diferents prestacions de la Seguretat Social i del Departament de Benestar.
- Que la causant cobrava rendes procedents dels arrendaments que gestionaven els hereus.

cantidad en concepto de renta o pensión, el ahora demandado autorizaba a su abuelo a seguir residiendo en la vivienda de autos.

Consciente de ello la parte actora, centra su recurso en la falta de necesidad del causante de ceder la vivienda cuando tenía ingresos suficientes para vivir, sin embargo tal argumento no puede justificar la simulación contractual por cuanto ello supondría entrar a especular sobre los gastos y necesidades que tenía el causante cuando resulta evidente que la operación le reportaba un notable incremento de sus ingresos mensuales, superior al 50%: en aquellas fechas percibía una pensión de 42.630 euros (f.286) y pasaba apercibir mensualmente la total cantidad de 67.630 pesetas.

Por otro lado, lo relevante es advertir (i) que la parte demandada ha acreditado en debida forma el pago de las mensualidades pactadas, cuya suma se acerca al precio de valoración del inmueble en la fecha de la transmisión, (ii) que la parte actora no ha acreditado que el precio pactado resulte insuficiente cuando ni ha aportado una valoración del inmueble a la fecha en que se produjo el contrato ni ha acompañado un cálculo actuarial que mostrara lo reducido de la renta vitalicia pactada, (iii) que el causante permaneció residiendo en la finca, y (iv) que la renta pactada, unida al cuidado prestado, justifica el interés del causante en suscribir el contrato de renta vitalicia; lo que en definitiva supone que no podemos afirmar la existencia de simulación contractual cuando se ha dado estricto cumplimiento a lo pactado.

En estas circunstancias, se ha de concluir con la instancia la validez del contrato en cuestión, lo que conlleva la desestimación del primer motivo del recurso”

¹¹⁶ SAP Barcelona de 24 de febrer de 2015 Secció 16a. Ponent Sr. Valdivieso Polaino.

- Que la causant rebia ingressos del Tresor Públic, i també d'una Aportació a un Pla de Pensions (mateixos Documents 110 a 112).

La causant, doncs, era una senyora “rica”, i els hereus no ho eren (consten en les actuacions les declaracions de l'IRPF dels demandats, i, ni de bon tros, els seus patrimonis s'apropa al patrimoni que tenia la causant en vida).

Atès la situació econòmica anterior, no es pot apreciar la necessitat de la causant d'atorgar un vitalici a favor de cada un dels seus hereus. Perquè la causant no tenia cap situació econòmica que justifiqui o expliqui cedir dos xalets de la Cerdanya per un preu (500 €/mes) que no supera el valor en renda.

En tot cas, el contracte vitalici que van atorgar els dos hereus demandats no seria el lògic ni el millor negoci per garantir l'economia de la causant, si no la millor situació pels dos hereus. És a dir, en els dos negocis jurídics que van atorgar els dos hereus, el que s'estava protegint era el patrimoni dels dos hereus, burlant els drets legitimaris. Però no la seguretat econòmica de la causant. És ben clar, i no fa falta tenir molta experiència professional en matèria de successions, perquè en el cas:

- La causant (nascuda l'any 1929) a l'atorgar els vitalicis tenia 75 anys en el primer vitalici (2003), i 78 anys en el segon vitalici (2005).
- En aquesta època, 2003 i 2005, hem de convenir que vendre o arrendar els immobles era molt fàcil i lucratiu.
- Si verdaderament la causant hagués tingut necessitats econòmiques per garantir la seva economia i assegurar-se la seva subsistència, en comptes de desprendre's per un vitalici a baix preu dels dos xalets, podria haver-se'ls venut (els valors que els codemandats atorguen als xalets, que no acceptem, però serveixen d'exemple, són de més de 600.000 € entre tots dos –calen 50 anys justos per cobrar 600.000 € cobrant-ne 1.000 al mes-).
- Com hem dit el valor en renda de les cases era superior a l'assignació de 500€ al mes que suposadament pagaven els dos hereus, que en tot cas pagaven de forma irregular.

- Per tant, podria haver arrendat les dues cases, i treure més rendiment, a part de mantenir en el seu patrimoni les dues cases.
- O bé podria haver conservat els dos xalets i vendre's un més dels 11 immobles que tenia a la ciutat de Barcelona. O vendre només un xalet.
- En tot cas els podia haver arrendat als seus propis fills hereus.

Per tant, com diem, no es creïble la onerositat del contracte de vitalici, perquè no hi havia causa, ni tingués com objectiu procurar-se la subsistència a canvi d'aliments –més quan pels fills, la prestació d'aliments als pares, és una obligació legal-.

Com insinua la SAP Barcelona, de 29 de juny de 1999, Id Cendoj: 08019370171999100431, hem de sospitar, o posar-nos en guàrdia davant de negocis jurídics que, prop de la mort, realitzen els hereus amb el causant, atès que poden obeir a motius per evitar el pagament de la llegítima:

“Para calcular la legítima global se ha de hacer una operación contable, que contempla el art. 355 del Codi de Successions, cuya finalidad es la protección del derecho de los legitimarios; por eso mismo, las normas que la establecen son imperativas; se imponen a la voluntad del causante, que no las puede cambiar, y comprenden la totalidad del caudal hereditario. Las fases de dicha operación son la determinación del caudal hereditario (art. 355, regla 1ª CS), la depuración (regla 1ª in fine) y agregación de donaciones (regla 2ª). Por lo que se refiere a esta última operación, que es la que constituye objeto de controversia, tiene como finalidad evitar que el causante burle los derechos de los legitimarios haciendo donaciones que impidan la existencia de caudal relicto a su muerte. Por ello se establece la necesidad de agregar al valor que tenían los bienes de la herencia en el momento de la muerte del causante, con deducción de sus deudas y de los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, el de las donaciones efectuadas. A tal efecto se han de computar todas ellas, con independencia de quién sea el donatario, sin otra excepción que los gastos de alimentos,

educación y aprendizaje, cura de enfermedades, equipo ordinario o regalos de costumbre, el esponsalicio o escreix y la soldada.”

Per altra banda durant la suposada vigència dels vitalicis hi havia períodes sense pagar mensualitats. Cap dels dos va acreditar entre els anys 2003 i 2005 fins el 2007. I que en total van pagar poc més del 10% de cada finca.

A banda que eren transferències que es cobraven amb una mà i es pagaven amb l'altre ja que els hereus també eren cotitulars dels comptes de la Mare on ingressaven la pensió del vitalici.

Si donada la realitat formal del pagament de la prestació alimentaria, no es pot demostrar per part del legitimari, la simulació total i l'existència de la donació, s'ha d'estar a la doctrina establerta per la paradigmàtica STSJC de 16 de desembre de 1993 (Ponent Sr. Puig Ferriol), que, apreciant la figura del *negotium mixtum cum donationem*, computa el valor de l'objecte de la cessió a efectes de llegítima, restant els imports satisfets pel donatari-hereu¹¹⁷.

¹¹⁷ STSJCat de 16 de desembre de 1993 (Ponent Sr. Puig Ferriol). “...la sentencia recurrida (confirmada pel TSJC) establece en este caso la computación del valor de la finca por entender que su transmisión al heredero por un contrato llamado de renta vitalicia, encubre una donación...y como tal donación ha de computarse a los efectos del cálculo de la legítima.”

Més clara encara és la SAP Barcelona de 20 de febrer de 2012 (Ponent Sr. Recio Córdoba):

“Conviene comenzar por recordar lo declarado por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en sentencia de fecha 18 septiembre 2006: "OCTAVO.- Por el contrato de renta vitalicia o violari una persona, se obliga a transmitir a la otra unos determinados derechos a cambio de que el otro le pague una cantidad periódica en dinero u otros bienes. Tiene como notas características ser un contrato bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo aunque también puede constituirse a título gratuito. Es esencial en este contrato, como en los restantes de esa misma naturaleza, el elemento de la aleatoriedad en el que debe darse lo que se denomina equivalencia del riesgo es decir que ambas partes deben tener igual posibilidad de pérdida o ganancia a la conclusión del negocio. La aleatoriedad del contrato de renta vitalicia consiste es que es incierto lo que durará la obligación de pagar la renta en cuanto que depende de un elemento objetivamente incierto: el tiempo exacto que durara la vida de la persona que se toma como referencia para medir la duración de la obligación (certusan etincertusquando). Por el contrario el valor del inmueble es cierto y determinado.

En las rentas vitalicias constituidas a título oneroso para que se dé la equivalencia del riesgo entre las partes en el momento de la estipulación del negocio ambas deben tener una igual posibilidad de pérdida o de ganancia."

Por otro lado se ha de recordar que constituye reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo la que proclama que al ser grandes las dificultades que encierra la prueba plena de simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto, y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el artículo 386 LEC y se reconoce en reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS 25abril 1981 , 2 diciembre 1983 , 5 diciembre 1984 y 13 octubre 1987 , entre otras muchas), y con su base apreciar comportamiento simulador absoluto cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido en definitiva la causa que nominalmente se expresa.

CUARTO.- Aplicando tal doctrina al caso de autos, es de observar que el ahora demandado D. Abelardo ha aportado a las actuaciones justificante de pago a su abuelo de la suma de 25.000 pesetas mensuales durante más de 7 años, esto es, un total de 2.200.000 pesetas (fs.60 a 140), sin que obre en las actuaciones prueba pericial que acredite que la firma de los recibos no fue puesta por el causante; si bien es cierto que tampoco este extremo bastaría para justificar la validez de la operación en la medida en que se trata de documentos elaborados por las partes contratantes, de modo que podrían llegar a considerarse un elemento más de la simulación contractual: el causante firma los recibos, pero no percibe cantidad alguna. Por tanto, lo relevante en estos momentos es analizar la razonabilidad de la operación, esto es, si realmente el contrato de renta vitalicia obedecía a la conveniencia del ahora causante de incrementar sus ingresos mensuales, al tiempo que se aseguraba la u Por tanto, lo relevante en estos momentos es analizar la razonabilidad de la operación, esto es, si realmente el contrato de renta vitalicia obedecía a la conveniencia del ahora causante de incrementar sus ingresos mensuales, al tiempo que se aseguraba la utilización de la vivienda y el cuidado prestado por familiares. En esta línea se mueve el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya al analizar casos similares, y así en su sentencia de fecha STSJC Catalunya 14 febrero 2008 concluye lo siguiente:

"Es evidente que no puede alterarse, por la falta de concurrencia de los datos que pueden llevar a la conclusión contraria, la que se alcanza en la sentencia recurrida de que existía una causa justificada para la celebración del contrato de autos, teniendo en cuenta que Doña. Beatriz únicamente percibía una pequeña pensión y vivía en una residencia geriátrica cuyo superior coste había de sufragar, siendo perfectamente entendible su deseo de no vender su vivienda y de preferir transmitir tan sólo la nuda propiedad con reserva del usufructo, a cambio de una cantidad que le permitiera abonar el coste de la residencia y hacer frente a sus gastos. Se añade aquí que la causa o razón de ser del contrato, además de presumible en su existencia y licitud - art.1277 C. Civil -, aparece aquí, a falta de dato en contrario que debía proporcionar en todo caso la parte actora, como concurrente y adecuada, lo que lleva a acordar el decaimiento del motivo".

En resum, el vitalici pot ser una operació simulada, no onerosa ni amb funció aleatòria, atès que:

-L'edat de la causant (78 anys).

-La seva situació econòmica que feia injustificable la necessitat econòmica.

-La seva situació patrimonial, el fet de donar les dues cases una cada un dels dos fills hereus en perjudici del tercer legitimari, insinua la simulació.

-Que els dos donataris siguin precisament els dos fills que seran hereus.

Pues bien, como quiera que el precio en que se valoró el inmueble en la escritura fue el de 2.900.000 pesetas, sin que obre en autos prueba alguna que permita afirmar que tal valor resultaba inferior al de mercado en aquellas fechas (tan sólo contamos con una pericial que valora el inmueble a la fecha de la muerte del causante -marzo 1998- y, además, lo hace en atención al estado en que se encuentra en la actualidad tras haber sido rehabilitada por el demandado), obligado es concluir que no cabe cuestionar la corrección del precio pactado en la medida en que, además de la entrega de dicha cantidad en concepto de renta o pensión, el ahora demandado autorizaba a su abuelo a seguir residiendo en la vivienda de autos.

Consciente de ello la parte actora, centra su recurso en la falta de necesidad del causante de ceder la vivienda cuando tenía ingresos suficientes para vivir, sin embargo tal argumento no puede justificar la simulación contractual por cuanto ello supondría entrar a especular sobre los gastos y necesidades que tenía el causante cuando resulta evidente que la operación le reportaba un notable incremento de sus ingresos mensuales, superior al 50%: en aquellas fechas percibía una pensión de 42.630 euros (f.286) y pasaba apereibir mensualmente la total cantidad de 67.630 pesetas.

Por otro lado, lo relevante es advertir (i) que la parte demandada ha acreditado en debida forma el pago de las mensualidades pactadas, cuya suma se acerca al precio de valoración del inmueble en la fecha de la transmisión, (ii) que la parte actora no ha acreditado que el precio pactado resulte insuficiente cuando ni ha aportado una valoración del inmueble a la fecha en que se produjo el contrato ni ha acompañado un cálculo actuarial que mostrara lo reducido de la renta vitalicia pactada, (iii) que el causante permaneció residiendo en la finca, y (iv) que la renta pactada, unida al cuidado prestado, justifica el interés del causante en suscribir el contrato de renta vitalicia; lo que en definitiva supone que no podemos afirmar la existencia de simulación contractual cuando se ha dado estricto cumplimiento a lo pactado.

En estas circunstancias, se ha de concluir con la instancia la validez del contrato en cuestión, lo que conlleva la desestimación del primer motivo del recurso.”

- Les irregularitats dels pagaments del vitalici.
- La insignificant quantitat mensual pagada, inferior al valor en renda de les finques, i que per tant no incloïa un pagament a compte del capital o valor en venda de l'immoble.
- La insignificant quantitat total pagada a compte, inferior al 10%.

En canvi la Sentència que va resoldre la qüestió¹¹⁸, tot i considerar:

“la poca relevancia de la cantidad directamente entregada, se comparte el criterio de la sentencia apelada,..., dado que se trataba de un contrato aleatorio, en el que el desembolso económico para los cesionarios era incierto desde el principio. Y, por otra parte, es evidente que es muy difícil valorar las atenciones personales prestadas por los demandados a su madre. En definitiva la causa de la cesión fue onerosa, porque estaba representada por la obligación que asumían los demandados de prestar las atenciones que precisase su madre durante el resto de su vida, que podía ser más o menos duradera.”

e) Sobre la computació de les accions de les societats patrimonials.

Darrerament, i amb el mateix objecte d'enterbolir el caudal relicte del causant s'aporten els béns a una societat patrimonial (sent accionista el titular i/o altres familiars hereus).

En aquests casos, cal aplicar plenament la doctrina de l'aixecament del vel, ja que la societat patrimonial i el demandat són en realitat una mateixa persona, amb unitat de patrimonis i de caixa (el patrimoni immobiliari del causant entra en la seva pròpia societat, precisament per raons bàsicament fiscals i distreure el pagament de llegítima).

f) Computació de l'assegurança de vida i altres productes financers.

Com sabem, l'assegurança de vida no forma part del cabal relicte, ja ho ha declarat la jurisprudència de forma reiterada¹¹⁹.

¹¹⁸ SAP Barcelona de 15 de febrer de 2015. Secció 16a. Ponent Sr. Valdivieso Polaino.

I respecte dels productes financers, s'ha de penetrar en la naturalesa de cada producte a fi i efecte de poder decidir si és imputable a llegítima.

g) Valoració dels béns expropiats.

Com sabem, els béns s'han de valorar al temps de la mort.

En algunes ocasions succeeix que un bé, o una part del béns, de l'herència és expropiat i després de ser expropiat, i sense haver acabat el procediment d'expropiació, el causant mort. El procediment d'expropiació pot durar varis anys, i per tant, el fet de l'expropiació distorsiona el valor del bé.

La qüestió és saber quin és el valor del bé. I sobretot, com i quan s'ha de valorar.

El Codi civil de Catalunya estableix que la valoració del bé ha de ser la real en venda al temps de la mort del causant.

Per altra banda, els articles 38 i 43 Llei d'Expropiació forçosa, i els articles 28 i 29 de la Llei 6/1998 de règim del sol i valoracions de 13 abril, estableixen que el valor d'expropiació ha de ser el valor real de mercat. Per totes també, la STSJCat de 20 de febrer de 2009 (Sala contenciosa administrativa, Secció 2a.) (JUR 2009/170624)¹²⁰.

¹¹⁹ Entre d'altres anteriors, SAP Barcelona, Secció 17a, de 18 de Març de 2014, Id Cendoj: 08019370172014100077.

¹²⁰ *Viene reiteradamente recordando esta Sala que no se desprende de la Constitución española de 1978 que el justiprecio deba ser imperativamente un valor de sustitución. El derecho de propiedad garantizado por el art. 33 CE es, desde la vertiente individual, un derecho subjetivo al "equivalente económico" cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación, como que corresponde al legislador el establecimiento de los criterios objetivos de valoración prefijados, a partir de los cuales se cuantifica el justiprecio "(así, por ejemplo, STC 111/1983, 37/1987 y 6/1991)"; de manera que no es ningún imperativo constitucional que la valoración de los bienes inmuebles expropiados se efectúe a partir de uno u otro tipo de método, ni, por tanto, determina cuáles sean los supuestos de pérdida de vigencia de los valores catastrales a los presentes efectos. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 19 de diciembre de 1986, num. 166, señala de forma clara que "En cuanto al contenido o nivel de la indemnización, una vez que la Constitución no utiliza el término de "justo precio", dicha indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un*

proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable. Conforme a lo expuesto, la garantía constitucional de la "correspondiente indemnización" concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación".

Y dicho parámetro del "justo equilibrio" entre la exigencia del interés general y la protección del derecho al respeto del bien, como concepto distinto al valor de sustitución, es el que igualmente se desprende de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos respecto al entendimiento del art. 1 del Protocolo nº 1 CEDH (así: S. 20-XII-2005 Özer vs. Turquía, 22-XII-2005 Mek vs. Turquía, 23-III-2006 Ülker vs. Turquía, 4-IV-2006 Bodur vs. Turquía TEDH).

Ello supuesto y entrando en la consideración concreta de aquellos extremos suscitados por la parte recurrente, tendríamos que en relación al valor en venta del producto inmobiliario, no cuestionada la determinación del valor de repercusión mediante el método residual ante la pérdida de vigencia de los valores catastrales, lo único discutido es la asunción que efectúa el acuerdo del Jurado del precio de vivienda protegida para el calculo de tal valor.

En este punto procede resaltar como la resolución impugnada no acoge el valor de la vivienda de protección oficial sino que atiende al precio de vivienda protegida y promedia ésta con las viviendas de mercado libre. No hay que olvidar que lo que se trata es determinar una muestra representativa de los precios de los inmuebles comparables al que se valora y no la aplicación lineal de un determinado mercado de vivienda, por lo que no sirven los juicios apodícticos de la demanda, ni tampoco las consideraciones a cerca de cual sea el mercado a cuya finalidad atiende el Plan que soporta la expropiación, sino el realmente existente en el ámbito con el que se compara la finca. En tal sentido la prueba pericial practicada en el proceso atiende a la realidad del entorno y refiere y analiza las proporciones realmente existentes de vivienda libre y de vivienda social, de lo que deduce un valor ya promediado de 149,299pts/m², que esta Sala acepta. Asimismo procede acoger la propuesta de dicho dictamen en relación al coste de construcción en orden ala aplicación del método residual - 76,451 pts/m² construido -, obtenido del promedio de una vivienda de tipo medio como las existentes en el entorno, en el tercer trimestre de 2001, según el boletín oficial de la construcción.

Por todo ello esta Sal acepta como valor de repercusión del suelo expropiado la cifra fijada en el dictamen pericial de 30,195'15 ptsm²

En cuanto a la edificabilidad, la resolución del Jurado reconoce la aplicación del aprovechamiento materializado en la edificación existente en parcela 0'8464 m²/m²s, superior al que la propia resolución refiere - 0'5396 m²/m²s - como propio del planeamiento en el ámbito de modificación del PGM del sector Turo de la Peira y Can Carreras y que resulta de considerar una superficie de suelo en este ámbito de 181,617 m² y una superficie de techo de 98,000m².

Pues bien, sin necesidad de adentrarnos en las consideraciones que la demanda efectúa en orden cuál sea el aprovechamiento medio del sector, como las claras consideraciones

La quantitat que s'haurà de computar pot resultar de diverses proves. El preu fixat en l'escriptura pública d'expropiació atorgada de mutu acord entre el causant expropiat i l'administració vincularà a l'hereu, com a acte propi del causant com a valor de mínims que ha de ser computat per calcular la llegítima. És clar que vincularà a l'hereu i no pas al legitimari, que podrà optar per conformar-se en el valor acordat pel causant o encarregar una nova valoració. Perquè el valor fixat en els negocis jurídics de l'hereu amb l'administració no pot vincular al legitimari ni al tribunal a l'hora de fixar el valor real per computar, al càlcul de la llegítima, l'immoble expropiat.

que para dicho supuesto contiene las Normas Urbanísticas del Plan General Metropolitano que es causa de la actuación ejecutada mediante el sistema de expropiación, procede aceptar la aplicación del aprovechamiento de 1,11 m²/m²s, relativo al subsector "Can Carreras", esto en cuanto que la expresión del art. 28.2 de la Ley 6/1998 , sobre régimen del Suelo y Valoraciones, relativa al aprovechamiento reconocido por el planeamiento, debe entenderse al referido al correspondiente ámbito de gestión en el que esté incluida la finca (Sentencias 369/2007 y 371/2007 de esta misma Sección y Tribunal), sin que aparezca desacreditado que el citado sea el ámbito más específico para la finca en cuestión, como que fue el reconocido por el Ayuntamiento de Barcelona en su propia hoja de aprecio, razón que, en consonancia además con lo dispuesto en este sentido por la Sección 3^a de este mismo Tribunal respecto las impugnaciones de las valoraciones de otras fincas de este Sector (por ejemplo Sentencias 13/2007, 14/2007, 69/2007, 70/2007, 71/2007), hace que deba ser estimado el recurso en este particular.

En relación, al coeficiente corrector de antigüedad aplicable a las construcciones existentes en el suelo expropiado se estima atinado el de 0'49 aplicado por el perito procesal, que permite fijar en 5.219.918 pts el valor de todas ellas, incluidas las que no integran la vivienda propiamente dicha

Los costes de urbanización, atendidos los términos del artículo 30 de la Ley 6/1998 , del suelo y valoraciones, es claro que deben ser deducidos, pues, pese a que la zona tenga un cierto grado de urbanización, la ejecución del Plan especial comporta la ultimación de la misma y ello en la cuantía fijada por el Jurado, al limitarse la parte a cuestionar su procedencia sin entrar en el análisis de su cuantía.

Finalmente en cuanto a los gastos de derribo de las construcciones, es claro que su importe no puede deducirse del valor de aquellas, al deber valorarse el inmueble, según reiterada Jurisprudencia conforme al estado y circunstancias presentes al momento del justiprecio por lo que procede corregir asimismo en este extremo la resolución impugnada.

De la mateixa manera, si el preu just s'ha fixat en un procediment contenciós, la Sentència no vincula al legitimari, atès que no ha estat part. L'efecte de la cosa jutjada no pot afectar a qui no ha pogut ser part en el procediment.

Per tant, si les finques han estat expropiades, no és imprescindible determinar el valor dels béns expropiats mitjançant la prova de perits, atès que el legitimari es pot conformar amb la valoració determinada pel causant o l'hereu.

Reprenent el plantejament inicial, els dubtes sorgeixen en els casos en que des de l'inici de l'expedient expropiatori (o inclús des de que l'Administració anuncia que ho expropiarà) i sense haver acabat el procediment d'expropiació, el causant mor. En aquests casos es transforma en un deute de valor, que ja no pot variar.

El valor que ha de servir de base per calcular la llegítima és, doncs, el preu d'expropiació efectivament pagat, ja que aquest té efectes *ex tunc* a l'inici de l'expedient d'expropiació.

És evident, que el preu no pot ser el valor de les finques objecte de l'expropiació obviant i deixant al marge del fet de l'expropiació. El valor de les finques, en el moment que es coneix amb certesa l'existència de l'expropiació, el valor a computar per calcular la llegítima ha de ser el preu –just- que per les mateixes s'hagi de pagar. Doncs el valor de la finca ja no podrà ser mai diferent del preu que efectivament s'acabi pagant.

De fet, si valoréssim la finca sense tenir en compte el fet de l'expropiació, probablement el valor seria superior al preu just. Però és que el valor de la finca serà, almenys, el que precisament es fixarà per l'organisme públic. Que és el valor -mínim- admès i declarat entre el causant o l'hereu si es tanca després de la delació.

No hi ha dubte que des del moment en què es coneix l'existència de l'expropiació el valor de la cosa passa a transformar-se en un dret de crèdit, és a dir, el preu que es pagarà o que s'ha pagat.

En els supòsits d'expropiació, el valor de la finca a l'efecte de computar la llegítima, ja no pot dependre de les particulars valoracions de cada part, sinó de l'ens públic, un tribunal públic en definitiva. Doncs seria del tot incorrecte valorar la finca per sobre del preu just (llavors estariem regalant l'excés del preu), i valorar-la en menys (que implicaria regalar una part de la finca).

En cas d'expropiació, el legitimari ja no té el dret de *pars valoris bonorum* de la finca sinó del preu en què es valori la finca pel Tribunal Administratiu, ja que l'alienació es perfecciona amb l'inici de l'expropiació. Exactament igual com si fos una compravenda. Així doncs, en cas d'expropiació, el legitimari ja no té el dret de *pars valoris bonorum* de la finca, sinó del preu que es pagarà per ella, com si s'hagués venut pel causant abans de morir i estigués pendent rebre el pagament del preu, doncs l'alienació es perfecciona amb l'inici de l'expropiació i es consuma amb el pagament del preu.

I les obligacions derivades del procediment expropiatori, o de la compravenda, es transmeten a l'hereu, i els drets i obligacions respecte del valor, es transmeten com un deute de valor. Així ho ha declarat també la Sentència del TS de 5 de juny de 2008 (Rec. 1369/2001), Id Cendoj: 28079110012008100317, en el sentit apuntat, i de manera que el dret a percebre una indemnització per expropiació es transmet als hereus del titular del bé expropiat¹²¹.

¹²¹ “*Por otro lado, esta Sala ha entendido que el derecho a percibir una indemnización por expropiación se transmite a los herederos del titular del bien expropiado. En este sentido merece ser destacada la reciente Sentencia de 17 de julio de 2007 [Recurso 3319/2000], que atribuye al derecho a percibir una indemnización por expropiación la naturaleza de derecho transmisible mortis causa a tenor de lo establecido en el art. 659 CC. Por tanto, no puede acogerse el planteamiento de la parte recurrente de su segundo motivo, puesto que tanto el derecho a percibir una indemnización por expropiación forzosa como la propia indemnización devengada tras el fallecimiento, sea líquida o no, es transmisible mortis causa, pues forma parte del conjunto de derechos del causante que son transmitidos a sus herederos. A mayor abundamiento, los criterios jurisprudenciales alegados por la parte recurrente en el segundo motivo que, a su entender, son vulnerados por la sentencia impugnada, amén de no contener una doctrina jurídica en el sentido enunciado en el motivo, tampoco podrían ser considerados "jurisprudencia" a los efectos del art. 1.6 CC, puesto que la STS 21 feb 1992, fue dictada por la Sala Tercera en el Rec. 2012/1989, y respecto a la STC 19 dic 1986, no habiéndose denunciado infracción de derecho constitucional y no teniendo relación la doctrina que establece con lo debatido en el supuesto de autos, no puede ser considerada a los efectos de constituir doctrina constitucional aplicable al caso. El motivo casacional por oposición a doctrina jurisprudencial debe descansar en la alegación de, al menos, dos sentencias de esta Sala, dictadas en supuestos de hecho semejantes y a los que se les hubiera dado una solución similar (SSTS 17 jul 2007 [Rec. 2411/1999 y 5297/2000], entre las más recientes, y 9 mar 2001 [Recurso 400/1996], con cita de otras). Finalmente, en cuanto a la manifestación de que el derecho de indemnización no tiene carácter de fruto o renta ex arts. 354 y 355 CC y, por tanto, no transmisible por vía de legado por aplicación del art. 882 CC, la STS*

El preu d'una finca que serà expropiada es converteix en un expectativa *certum dies incertum quando*, és a dir, el preu es coneix i arribarà, el que està per veure és en quin moment arriba. Com diu la jurisprudència esmentada, es transmet el dret. I en els pocs i afortunats casos en què l'expropiat té alguna cosa a dir i el preu és negociat amb l'Administració i no fixat per ella unilateralment, amb més motiu el preu a valorar la finca a efectes de llegítima serà el pagat per l'Administració: perquè si en el plet de llegítima l'hereu no estigués d'acord per ser el preu cobrat massa alt, aniria contra els seus propis actes, i si no estigués d'acord per ser massa baix, voldria dir que com a mínim el valor computable seria el pagat per l'Administració.

A més, quan el preu es fixa per l'hereu de mutu acord, per conveni, és a dir per acord de transacció (per evitar un plet o evitar-lo), aquest acord té efectes de cosa

13 june 1994 (Rec. 1514/1991), en un supuesto de hecho parecido aunque no idéntico, para desestimar la tesis de la transformación de un legado de cosa específica con ocasión de una expropiación y, consecuentemente, la ineficaz disposición testamentaria referente a ese legado, argumentó que 'debe añadirse que la enajenación por expropiación forzosa, hecho que se produce sin la voluntad del expropiado, convierte la cosa en una suma de dinero que no permite incluirla en el apartado tercero puesto que la cosa no ha perecido aunque el derecho real sobre ella se ha transformado, como sucede con otras transformaciones de cosas sujetas a otros derechos reales (vid. artículo 519 sobre expropiación de cosa dada en usufructo). Aplicando la anterior doctrina (...) no puede prosperar el motivo cuarto del recurso en el que, por el cauce del nº 5º del artículo 1.692 , se sostiene la extinción del legado y la infracción por la sentencia recurrida del artículo 869 CC'. En este sentido ha de afirmarse, con la sentencia impugnada, que el justiprecio percibido por la expropiación parcial de la finca legada comparte la misma titularidad dominical que la finca de la que procede, pues ha de estarse, sobre todas las demás consideraciones, en primer lugar, a la voluntad del testador, cuya intención era legar la finca completa a su hija Marina y sin que estuviese en su intención transformar el legado testamentario, dada la modificación forzosa del mismo por causa de la expropiación. En segundo lugar, por la propia naturaleza del justiprecio que, como apunta el propio recurrente, tiene naturaleza indemnizatoria, cuya finalidad es reparar el daño producido por la privación total o parcial del dominio, unido directamente a la cosa expropiada y, por tanto, dotado de una naturaleza próxima al fruto civil, por cuanto no se hace depender de la persona que en el de iniciar el expediente de expropiación forzosa fuese su titular sino que en todo caso hace surgir un derecho de crédito frente a la administración expropiante."

jutjada per imperatiu de l'article 1809 Código civil, o almenys tindrà valor d'acte propi, no pot valer menys la finca que el que el mateix hereu ha fixat per Conveni amb l'Administració.

h) Reducció de llegats inoficiosos.

Com sabem, l'hereu té dret a la quarta falcídia, quan la càrrega de llegats supera aquesta quarta. D'aquesta qüestió se n'ocupa l'article 427-37 a 45 CCC i també respecte de la llegítima els articles 451-22 a 24 CCC.

i) La llegítima i el càlcul de la quarta falcídia.

Calcular la quarta llegítima i la quarta falcídia a la vegada d'un mateix cabal relicte té particularitats que el CCC no especifica clarament.

La quarta falcídia, (o quota hereditària mínima –que és el nom nou que se li ha donat amb la promulgació del Codi civil en l'article 427-40)-, “és la part que té dret l'hereu excessivament gravat amb llegats, de manera que no li queda lliure,... una quarta part de l'actiu hereditari líquid, un cop deduïdes les càrregues...”, amb la finalitat d'incentivar l'hereu per tal que accepti l'herència (STSJC de 21 de juny de 1999, Id Cendoj: 08019310011999100007)¹²². A diferència de la llegítima el causant l'ha pot prohibir (article 427-40.1 CCC). La jurisprudència ha definit amb claredat la qüestió¹²³.

¹²² ROCA i TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Vol. III, Dret de Successions, cit., p. 405.

¹²³ Una sentència referent sobre la quarta falcídia és la STSJCat de 16 de gener de 2012, Id Cendoj: 08019310012012100003: "*Pues bien, como apuntamos a este respecto en las SSTSJCat 2/2010 (RJ 2010, 4869) y 36/2010 (RJ 2011, 4380) al tratar de la regulación de la cuartafalcidia por el código justinianeo, ya desde entonces se llegó a admitir su exclusión por el testador (D. 35,2,15,1; D. 35,2,46), si bien solo de forma expresa - "...expressim designaverit..." (N. 1,2,2 in fine). En la misma ocasión, dejamos constancia de que la cuarta trebellianica fue una figura jurídica establecida en el Derecho romano clásico a imitación de la falcidia (ad exemplum Falcidia), lo que explica que, en general, se estimaran aplicables a aquella las disposiciones del Corpus concernientes a esta última, especialmente en cuanto a las formas de prohibición por el testador -ex quibus rationibus infertur prohibita Falcidias videri prohibitam Trebellianicam (PEREGRINI). Por lo mismo, no puede extrañar que la controversia entre los*

comentaristas del Corpus y los romanistas modernos acerca de si era necesario o no que el testador realizara la prohibición de la detracción con palabras expresas y específicas (verba specialiter) para que ésta surtiera efecto o, a lo sumo, con palabras equivalentes (verba aequipollentia), siempre que no fuera posible otorgarles otro sentido que el prohibitivo (de necessitate inferant prohibitionem), alcanzara por igual a ambas instituciones y que fuera mayoritariamente resuelta en sentido afirmativo también para ambas (...) Así las cosas, planteada bajo la vigencia del Codi de Successions per causa de mort (1991) la posibilidad de que la regulación de la cuarta trebeliánica en cuanto a la forma de prohibición por el testador -que por las razones históricas ya mencionadas ha devenido más completa en este aspecto- pudiera aplicarse por analogía (art. 4.1 C.C.) a la falcidia, en la STSJC 36/2010 hicimos notar que ambas instituciones tienen la misma razón de ser -motivar al heredero gravado a aceptar la herencia-, lo que, entre otras cosas, explica que el Proyecto de 5 Compilación de 1955 se remitiera expresamente a la regulación de la trebeliánica (art. 437.2). Por ello, junto a la opinión de un sector autorizado de la doctrina (ROCA SASTRE, ROCA TRÍAS) y el criterio resultante de la escasa jurisprudencia del TS emitida en el tiempo que ostentaba plenas competencias en la interpretación del Derecho civil catalán (STS 1ª 22 abr. 1978), nos condujo a aceptar dicha aplicación analógica, declarando, por tanto, que la prohibición de la falcidia por el testador pueda hacerse, en general, de forma tácita, pero en todo caso mediante la utilización en el testamento -o en el heredamiento- de expresiones de significación concluyente e indiscutible, como cuando se dice que se entreguen los legados dispuestos "sin detracción alguna" o "únicamente con la de determinados bienes o cantidades" (art. 231.1 CS), o cualquier otra locución, de análogos sentido y claridad, dirigida inequívocamente a excluir o a limitar de cualquier manera las consecuencias propias de la cuarta del heredero en orden a la reducción de todos o de parte de los legados dispuestos por el testador (arts. 276 y ss. CS). En este sentido, en la mencionada ocasión nos plateamos expresamente el valor que debiera otorgarse, a este respecto, a la disposición del testador que, contra la regla general de raíz romana (art. 271.3 CS), se limitase a otorgar al legatario la facultad de tomar posesión por sí mismo de los legados dispuestos a su favor (art. 271.4 CS), considerada bien de forma aislada, bien de manera conjunta con la institución de heredero ordenada mediante la fórmula "en el resto" o "en el remanente" del caudal relicto, sin que, sin embargo, hubieren quedado bienes libres en cuantía suficiente para cubrir la cuota hereditaria mínima, por si tras estas disposiciones pudiera advertirse una tácita prohibición de la falcidia. Entonces, aclaramos que dicha disposición no alteraba en absoluto la preferencia de los acreedores del causante (art. 36 CS), ni la de los legitimarios (art. 373 CS) ni la del heredero gravado en más de lo obtenido mortis causa (art. 273 CS), por lo que tampoco podía considerarse que, a salvo de una previsión más concreta del testador, con dicha disposición quedase afectada la preferencia del heredero -o coheredero (art. 278.1 CS)- a quien, por razón de los legados -o prelegados (art. 278.1 CS)-, no le hubiere quedado libre, al menos, una cuarta parte del activo hereditario líquido (art. 274 CS). De cualquier manera, ya en la STSJC 36/2010 dejamos al margen el supuesto de que la prohibición de detracción de la falcidia contenida en el testamento afectare a los descendientes del causante, teniendo en cuenta que para este caso -como ya hemos dicho- el art. 231.2 CS (art. 200.2 CDCC) impone que la prohibición de la trebeliánica se haga, siempre, "amb paraules expresses i no

altrement". Pues bien, las mismas razones que fueron expuestas para justificar la aplicación por analogía a la cuarta falcidia de la norma contenida en el párrafo primero del art. 231 CS, relativa a la prohibición tácita, justifican la aplicación, igualmente por analogía, de la norma contenida en el párrafo segundo del mismo precepto. Téngase en cuenta que, atendidas las especiales características de las relaciones entre ascendientes y descendientes y las dificultades probatorias que para los ajenos a ellas podría tener el esclarecimiento de las verdaderas intenciones subyacentes en el lenguaje tácito del testador, no resulta desproporcionado exigir de éste una formulación expresa de la prohibición de detraer la cuarta falcidia, porque en ausencia de la misma, solo es razonable entender que la designación del descendiente como heredero testamentario, sin otra precisión contenida en el propio testamento o deducida de una disposición de la ley (art. 278.2 CS), debe integrar, como mínimo, el contenido económico que legalmente está previsto para la cuarta falcidia."

I la més recent de l'AP de Barcelona, la de 22 de gener de 2015 (Secció 17a, Ponent: Sra. Ledesma Ibáñez, Id Cendoj: 08019370172015100058). *"En este sentido, siguiendo el resumen contenido en la sentencia de esta misma Audiencia Provincial (Sección 1ª) de 29 de abril de 2014, conviene brevemente recordar que la llamada "cuarta falcidia", como dice la sentencia de 7 enero 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJ Cat) " es una institución que hunde sus raíces en el Derecho Romano y que tiene como principal finalidad incentivar la aceptación por el heredero de la herencia excesivamente gravada con legados, cuyo origen, con precedentes en la 'Lex Furia' y en la 'Lex Voconia', se encuentra en la 'Lex Falcidia ' del tribuno Publio Falcidio por la cual se dispuso que el testador no podía legar más de tres cuartas de la herencia pues la restante cuarta parte debía quedar íntegra para el heredero". Esa resolución remarca que la cuarta falcidia "tenía por objeto incentivar al heredero para aceptar la herencia gravada con legados con el fin de evitar que, por su renuncia, se produjera la total ineficacia del testamento y de todas las disposiciones particulares contenidas en él" y recuerda que es una institución que siempre se ha considerado vigente en Catalunya y que en la actualidad se encuentra regulada en el Libro IV del Código Civil de Catalunya (CCCat), que, por razones de vigencia temporal, resulta de aplicación al supuesto de autos. Así, en lo que ahora interesa, el CCCat. regula en su artículo 427-40 el derecho a cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima, disponiendo que: "1. Salvo que el causante lo haya prohibido, el heredero puede reducir los legados si su ordenación no le deja libre la cuarta parte del activo hereditario líquido. La reducción se hace en la medida necesaria para que el heredero pueda retener en propiedad esta cuarta parte, llamada cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima (..)". 3 Por su parte, el art. 427-41 del mismo texto legal se ocupa del cálculo de la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima estableciendo al respecto que "1. Al efecto de determinar el importe de la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima, integran el activo hereditario líquido todos los bienes del caudal relictivo, incluidos los dispuestos en cualquier tipo de legado, los créditos del causante contra el heredero y los créditos extinguidos por legados de perdón de deuda, pero no los bienes objeto de atribución particular en pacto sucesorio y de donación por causa de muerte. Del valor de los bienes debe deducirse las deudas de la herencia, los gastos de última enfermedad y de entierro o incineración del causante, y el importe de las*

La controvèrsia processal es sol centrar en tres problemàtiques: i) la forma de calcular la quarta falcídia si també hi concórrer la llegítima, ii) els requisits de l'inventari, iii) si el causant havia prohibit tàcitament la quarta falcídia. Per tant a nosaltres ens afecta la primera qüestió, la forma de calcular la quarta falcídia si també hi concórrer la llegítima. L'article que recull el càlcul és l'article 427-41 CCC (abans eren els articles 276 i 277 del CS).

A l'actiu hereditari net (actiu menys passiu, despeses de darrera malaltia i d'enterrament) se li ha de restar també l'import de la llegítima –inclosa la llegítima de l'hereu que sigui legitimari-. De manera que, la falcídia és inferior a la llegítima, perquè tenen bases diferents¹²⁴. La falcídia és la quarta del cabal

legítimas, incluida la del heredero que sea legitimario. 2. La valoración de los bienes y deudas debe referirse al momento de la muerte del causante y deben descontarse del valor de los bienes los gravámenes que los afecten, salvo los derechos de garantía". El artículo 427-44 hace referencia a la extinción de la cuarta falcidia, indicando que "1. El derecho a detraer la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima se extingue por renuncia expresa o tácita, que se entiende producida si el heredero gravado, a sabiendas de que puede detraerla, entrega o cumple íntegramente los legados excesivos sin reducción."

¹²⁴ SAP Tarragona de 26 de novembre de 1997 (Secció 3a. Ponent Sr. Albar García, Id Cendoj: 43148370031997100094): “*La legitima, una cuarta parte, será 8.241.512, y su mitad, que es lo que correspondería a la actora, 4.120.756. En cuanto a la cuarta falcidia, sería el resultado de restar a 32.966.051 los 8.241.512 de legitima y de dividir el resto por cuatro, esto es 6.181.134.*”

Una Sentència que explica molt bé còm calcular la quarta falcídia en relació a la llegítima (potser la primera i quan no existia la norma del 427-41 CCC que és més clara que les anteriors de la Compilació i el CS) és la SAP Tarragona de 23 de març de 2004 (Secció 1a. Ponent: Carril Pan, Id Cendoj: 43148370012004100103): “*Respecto a la pretensión ejercitada cabe precisar que la cuartafalcidia es el derecho que la ley confiere al heredero al que por razón de los legados no queda libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, en cuyo caso tendrá derecho a retener en propiedad dicha parte, a cuyo fin los legados podrán ser reducidos en la medida necesaria (art. 274 C.S.). Se traduce así ese derecho de retener en un sistema efectivo de reducción de los legados que impiden esa efectividad de una cuarta parte de la cuota hereditaria que el heredero ha de recibir del activo hereditario, es decir, la cuarta falcidia no se integra por una cuarta parte del caudal, sino por una cuarta parte de la cuota hereditaria que corresponde en la herencia al heredero que la invoca, y así se deriva del art. 275 C.S. que señala que si son varios los herederos, cada uno podrá retener por falcidia la cuarta parte de la respectiva cuota en el activo hereditario. A su vez, se impone señalar que el derecho que confiere al heredero es el de reducir los legados en proporción para hacer efectiva la cuota a*

retener (art. 274 C.S.), pero el actual C.de S. confiere al legatario afectado por la reducción la facultad de evitarla abonando en dinero, el importe de la reducción (art. 280 C. de S.). Partiendo de esos principios básicos, debemos señalar que la condición de coheredera universal de María Luisa le confería el derecho a percibir de la herencia de su padre la mitad del caudal hereditario líquido, una vez deducida las legítimas de los tres hermanos y gastos de entierro. Es decir, en principio, deducida de la suma de 23.391.050.-ptas., la legítima de los tres hermanos (una cuarta parte del caudal hereditario líquido, a dividir entre los tres herederos, según se deriva del art. 356 C.de S., 5.847.762.-ptas.), restan a la herencia 17.543.287.-ptas., que, en principio, de no existir legados, debieran dividirse entre las dos herederas por partes iguales, pero que dada la compatibilidad de la vocación universal y particular, es decir de la condición de heredera y legatario, y dada la voluntad expresada por el testador, Rocío recibe como legataria la mayoría de los bienes de la herencia y la actora, María Luisa, solamente una finca, que ha sido tasada pericialmente en 3.151.000.-ptas. La pregunta a contestarse es: esa suma cubre la legítima más la cuarta falcidia a que tiene derecho María Luisa. La contestación debe afrontarse señalando que María Luisa tiene derecho a recibir en concepto de legítima la tercera parte de la legítima global, que señalamos estaba constituida por la suma de 5.847.762.-ptas., cuyo tercio es 1.949.254.-ptas. Su legado pues, como ya reconoció la actora cubre la legítima. Para saber si cubre también la cuarta falcidia, acumulable a la legítima (art. 282 C.S.) debemos dividir por dos el caudal hereditario líquido, descontada la legítima: 17.543.287.-ptas; esta división nos permitirá establecer la cuota hereditaria de María Luisa y, por consabido, la de Rocío, al ser herederas universales las dos. Resulta una cuota de 8.771.643.-ptas. sobre la cual tiene que calcularse la cuarta falcidia, que será, conforme a la establecida en el art. 275, la cuarta parte de esa cuota, al concurrir más de un heredero. Resulta, pues, que la cuarta falcidia a cuyo derecho tiene María Luisa es la suma de 2.192.910.-ptas., y no la suma de 4.385.821.-ptas. invocada por la apelante, que resulta de calcular la falcidia no sobre la cuota hereditaria de María Luisa, sino sobre la caudal hereditario líquido, deducida la legítima global, cálculo que se ajusta a lo establecido en el art. 274 para el supuesto de heredero único, pero no a lo establecido en el art. 275 para el supuesto de varios herederos, supuesto este en el que, 3 reiteramos, la cuarta falcidia no se calcula sobre el activo hereditario líquido, sino sobre la cuota hereditaria correspondiente a cada uno de los herederos, cálculo que se efectúa independientemente para cada heredero en función de aquella cuota, como señala unánimemente la doctrina. Así, pues, la actora tiene derecho a recibir en calidad de legítima (1.949.254.-ptas.) y de falcidia (2.192.910.-ptas.) el total de 4.142.164.-pts., y dado que su legado ha sido tasado en 3.151.050.-ptas., es manifiesto que no cubre la cantidad que le corresponde por legítima más cuarta falcidia, por lo que tendrá derecho a reducir a prorrata los legados que recibe su hermana Rocío o a que ésta le abone en metálico la suma de 991.114.-ptas., pues tales legados impiden que María Luisa reciba las partes que la Ley le atribuye en la herencia de su padre, siendo de destacar que si otra hubiera sido la voluntad de su padre, pudo éste hacer una expresa prohibición (art. 274.2 C.S.) de retener la falcidia, prohibición que la doctrina identifica también con el mandato de que los legados se paguen sin detracción, nada de lo cual aparece en el testamento del padre de las litigantes.

relicte net un cop se li ha restat la llegítima. Però no es perjudica a l'hereu que sigui també legitimari, perquè la falcídia i la llegítima són compatibles, i l'hereu cobra la llegítima primer i la falcídia després¹²⁵.

TERCERO.- ...el C.S., en orden a la cuarta falcidia, sólo ordena integrar en la herencia las donaciones mortis causa (art. 277), pero no las realizadas por actor inter vivos, lo cual es debido a que la falcidia se calcula, por disposición legal, tomando como base el activo hereditario más aquellos otros actos que deben tener eficacia por causa de la muerte, como establece el párrafo 2º del referido artículo, teniendo el testador la libre facultad de prohibir al heredero, si esa es su voluntad, la retención de la falcidia ya en su totalidad o en parte, facultad que no ejercitó el padre de las aquí litigantes. Respecto a que los legados se instituyeron a favor de herederos, debe indicarse que estos legados se denominan prelegados y el C.S. contempla expresamente la reducción de éstos al igual que de los legados, como establece el art. 278.”

¹²⁵ La SAP Barcelona Secció 1a. de 29 d'abril de 2014 Ponent Sr. Vidal Carou, Id Cendoj: 08019370012014100184, s'ocupa del càlcul de la quarta falcídia i de la compatibilitat amb la llegítima: “*No obstante, y antes de entrar en el estudio del referido error aritmético, conviene brevemente recordar que la llamada 'cuarta falcidia', como dice la sentencia de 7 enero 2010 del Tribunal Superior de justicia de Catalunya es una institución que hunde sus raíces en el Derecho Romano y que tiene como principal finalidad incentivar la aceptación por el heredero de la herencia excesivamente gravada con legados, cuyo origen, con precedentes en la 'Lex Furia' y en la 'Lex Voconia', se encuentra en la 'Lex Falcidia' del tribuno Publio Falcidio por la cual se dispuso que el testador no podía legar más de tres cuartas de la herencia pues la restante cuarta parte debía quedar íntegra para el heredero. La sentencia del Tribunal Superior de justicia de Catalunya de 7 enero 2010 se hace eco de estos orígenes y señala que "tenía por objeto incentivar al heredero para aceptar la herencia gravada con legados con el fin de evitar que, por su renuncia, se produjera la total ineficacia del testamento y de todas las disposiciones particulares contenidas en él" y recuerda que es una institución que siempre se ha considerado vigente en Cataluña y que en la actualidad se encuentra regulada en el Libro IV del Código Civil de Cataluña. Entrando ya en el referido error de cálculo denunciado por la recurrente, resulta indiscutido que el activo hereditario líquido importa la cantidad de 1.233.188,59 euros y, por consiguiente, la legítima global asciende a 308.297,09 euros (art. 451-5 CCCat) y la individual de cada una de las hermanas a 154.148,54 euros (art. 451-6 CCCat). De igual modo resulta igualmente pacífico que legítima y cuarta falcidia pueden cobrarse conjuntamente pues una y otra institución tienen finalidad y razón de ser muy distintas pues mientras el derecho a la legítima se tiene por razón de parentesco, el derecho a la cuarta falcidia busca proteger al heredero de una herencia excesivamente gravada con legados. Ambas cuartas se reciben por títulos distintos y por ello puede el heredero detraer ambas cuartas del caudal relicto. Y el CCCat, como ya antes la Compilació de 1960, se pronuncia abiertamente en favor de dicha compatibilidad en su art. 427-43.2 declarando que " si el heredero es legitimario, tiene derecho a cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima,*

5.7.3.- La imputació.

Si la computació estudiada fins ara es refereix a la llegítima global de tots els membres, la imputació es refereix a la llegítima individual. Qüestió que no presenta problemes processals rellevants, excepte les situacions de liberalitats imputables a que es refereix l'article 451-5.b) sobre liberalitats d'ús i els 451-8.5 sobre la dispensa de la imputació per part del causant.

5.8.- Acumulació de l'acció de petició de llegítima i nul·litat de testament.

No hi ha inconvenient en acumular l'acció de petició de llegítima amb altres accions i especialment amb la de nul·litat de testament (regulada expressament en l'article 422-3 CCC).

Es freqüent en la pràctica que l'acció principal sigui la nul·litat de testament i subsidiàriament la reclamació de la llegítima, i aquesta acumulació té l'avantatge que en el cas que es desestimi l'acció de nul·litat la provable estimació de l'acció subsidiària, ni que sigui parcialment, evita la eventual condemna en costes.

además de derecho a la legítima ". Ahora bien, la cuarta falcidia no se calcula de igual forma que la legítima pues, al margen de que el 'donatum' no computa para la cuarta falcidia, el art. 427-40.3 CCCat dispone que debe detrarse del activo hereditario neto el importe de la legítima que grava la herencia, de modo que, en el caso de autos, la cifra sobre la que debe calcularse su importe es la de 924.891,50 euros (1.233.188,59 - 308.297,09), de forma que la misma importa 231.222,87 euros. Y dado que son dos las herederas y la falcidia debe calcularse separadamente para cada una de ellas (427-40.3 CCCat), resulta para cada coheredera una cantidad de 115.611,43 euros. En consecuencia, y dado que la legítima (154.148,54 euros) y la cuarta falcidia (115.611,43 euros) de la recurrente suman 269.759,97 euros y a la misma tan solo le han sido atribuidos bienes por valor de 247.021,49 euros, resulta el déficit de 22.738,48 euros que denuncia la parte recurrente y que determina la estimación parcial del recurso y que, conforme al artículo 427-42 CCCat, deben reducirse los excesivos legados que gravan la parte de su herencia (art. 427-42), reducción que en el caso de autos afectará a los prelegados ordenados por la testadora pues a partir de la Compilació, y superando la opinión tradicional en esta materia, que era contraria a la concurrencia en una misma persona de la doble condición de heredero y legatario, el prelegado pasó a ser considerado a todos los efectos como un legado más. Dicha reducción se hará en la forma prevenida art. 427-45.1 CCCat si bien la demandada podrá evitarla abonando su importe en dinero al heredero (art.427-45.1 y 2 CCCat)."

I l'acció de nul·litat, pot anar acompanyada també de l'acció d'indignitat o de desheretament.

Per l'acció de nul·litat hem de partir de l'article 421-4 CCC, "*Són incapaces per testar els menors de catorze anys i els qui no tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament*", i de l'article 422-1 i ss. CCC sobre nul·litat i ineficàcia dels testaments i de les disposicions testamentàries.

El principal efecte de la nul·litat del testament és l'entrada en vigor del testament precedent o en el seu cas la successió intestada¹²⁶.

El fet de l'atorgament del testament davant Notari és una presumpció *iuris tantum* de validesa que es pot contradir amb altres proves. La jurisprudència ja ho havia establert fa temps, Sentència de AP Barcelona de 5 de febrer de 1988,

"...La aseveración notarial respecto a la capacidad del otorgante "constituye una presunción iuris tantum que puede destruirse mediante otra completa que pruebe lo contrario (STS 8 mayo 1922, 23 marzo 1944, 25 marzo 1957, 16 abril 1959, 7 octubre 1967) o, como dice la de 16 febrero 1945, mediante pruebas cumplidas o convincentes, demostrativas de que en aquel acto el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales de Justicia, no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudiera formar el notario y los testigos,... pese al respeto que en "principio merece, no puede ser estimado como documento auténtico que demuestre, por sí mismo, la equivocación evidente del juzgador...y es que la fuerza probatoria del documento notarial se extiende a lo que el fedatario presencia, pero no a lo que opine, ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que ante el mismo se hagan (STS 10 abril 1944, 17 abril 1959, 12 mayo 1962 y "21 julio 1969, entre otras)."

¹²⁶ PUIG FERRIOL i ROCA TRIAS, Institucions del Dret civil de Catalunya, Vol. II, 4^a Edició, Tirant lo blanch, València, 1992, p.153: "*El principal efecte de la nul·litat de testament és la declaració d'ineficàcia i consegüent obertura de la successió intestada, si anteriorment no s'havia atorgat un altre testament. Si existeix aquest testament anterior i no és posterior, nul o ineficax per qualsevol causa, serà aquest el testament que regeixi la successió, perquè el testament nul posterior no té la capacitat per revocar el testament anterior perfecte (art. 127.1 i 130.2 CS)*".

I per exemple la STS de 21 de març de 1952 ja deia: "*El juicio de capacidad del Notario constituye mera presunción <iuris tantum> de "exactitud."*"

Fins a principis de l'any 2000 la jurisprudència era escassa i exigent en el grau de capacitat del testador¹²⁷, però darrerament la jurisprudència és menys exigent,

¹²⁷ Interessant és la visió mèdica de la normativa: MARTINEZ SELLES, "*Los artículos 30, 663 y 665 del Cc. vistos por un médico legista*". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm 693, Any XX, 1966, Madrid, p. 7 y 8.

La Resolució de la DGRN de 14 juny 1977 diu: "*El Notario no da fe de la capacidad de los otorgantes sino que emite un juicio acerca de aquélla*".

En el mateix sentit la Resolució de 7 de gener de 1992: "*Presunción <iuris tantum> del juicio de capacidad del Notario. Una eventual declaración judicial apreciando el defecto de capacidad no implica que el Notario haya incurrido en responsabilidad, por cuanto éste se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública sólo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado. No existe norma alguna que prescriba la observancia de un procedimiento o de unos requisitos determinados para la formación, ni aun para la formulación, de dicho juicio*".

STS de 22 de juny de 1992. nº642 del Repertori de Jurisprudència Civil. C.G.P.J. BOE. Madrid, 1994: "*El thema decidendi versa sobre la nulidad de testamento, a causa de la incapacidad del testador, como consecuencia de no hallarse este en su cabal juicio al tiempo de otorgar aquél*".

"*Ninguna incidencia tiene sobre el problema debatido, en relación con la naturaleza de la prueba sobre la que sustancialmente descansan las apreciaciones del juzgador, la circunstancia puesta de relieve por los recurrentes respecto de la fecha en que se otorgó el testamento (18 agosto 1983) y la fecha de declaración de incapacidad judicial del señor Lerchundi (31 octubre del mismo año), pues no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente, a los fines de denunciar la nulidad del testamento, por causa de incapacidad del testador,...utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, dado que si establece el artículo 666 Cc. que <para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento> este mandato no impide que una sintomatología manifestada, abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta. Tampoco cabe inferir de tal circunstancia que la prueba sobre el hecho fundante de la acción, tenga que ser, en estos supuestos, necesariamente, prueba indirecta, en el sentido de prueba indiciaria o por presunciones, pues las operaciones probatorias consisten habitualmente en una reconstrucción del pasado; de aquí, por ello, que sea erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial para acomodar su crítica a las pautas jurisprudenciales, elaboradas respecto de los artículos invocados, como infringidos, pues la prueba pericial debe ser apreciada,*

potser a causa que cada vegada més les persones atorguen testament més grans que abans i amb menys capacitat. I la doctrina ja fa temps que predica també una interpretació àmplia per apreciar la incapacitat¹²⁸.

conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que en cuanto tales están exentas, generalmente, del control casacional...."

¹²⁸ PUIG FERRIOL, "La capacidad para testar en Cataluña después de la Compilación", *RJCat* 1968, pp.24 y 25:"Según el art. 663 del C.c. están incapacitados para testar, <el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio>. Este precepto no se refiere únicamente a la incapacidad por enfermedad mental, sino que tiene un ámbito de aplicación mucho más extenso, ya que la expresión <no se hallare en su cabal juicio> significa tanto como que el testador no tiene plena conciencia de lo que realiza o que es incapaz para comprender la razón de sus actos".

També BELTRAN de HEREDIA, en *RDPriv* 1966, p.247. a l'interpretar <cabal juicio> en sentit ampli, com tota classe de perturbacions psíquiques, que alterin les facultats mentals, diu que, "si bien es necesario que la enfermedad mental preexista a la sentencia de incapacidad, el testamento otorgado antes de ésta es válido a no ser que se pruebe que en el momento de hacerlo no estaba el testador en su cabal juicio."

6.- LA OPOSICIO A LA DEMANDA.

6.1.- Contestació a la demanda.

La contestació a la demanda de llegítima no té particularitats especials previstes, però si que podem comentar alguns aspectes que es donen pel fet que, sovint hi ha pluridemandats.

6.1.1.- Termini per contestar-la en cas de pluridemandats.

S'ha dit que la importància i complexitat que pot provocar l'existència de pluridemandats en el procés és enorme¹²⁹. L'inici del còmput del termini per contestar la demanda i la forma en què s'ha de comptar, és un aspecte més de la pluralitat de parts que no escapa a aquesta complexitat ni l'eventual transcendència que pot tenir per a una millor estratègia de defensa. De manera que la forma de computar el termini no és una simple formalitat sense més, sinó que ha estat i és un aspecte amb transcendència processal pràctica.

¹²⁹ GUASP, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tom Segon, Madrid, 1945, p. 842.

Em els processos de reclamació de llegítima és habitual dirigir la demanda contra més d'una persona.

a) La situació anterior a la LEC 2000.

Per comprendre bé hem de partir de la situació anterior, amb la LEC 1881. On es va resoldre de manera que el termini per contestar la demanda era d'índole únic i comú, no particular. És a dir, s'iniciava per a tots igual, el dia que era emplaçat l'últim dels codemandats.

La doctrina va assenyalar que estava expressament previst un termini únic i comú¹³⁰ al declaratiu de major quantia en l'article 529 LEC 1881, el tema presentava alguns dubtes per al judici de menor quantia, que també van ser resolts en favor d'un termini únic i comú, tal com es va interpretar l'article 684 LEC 1881, i més dubtes presentaven la resta de processos (cognició i especials) que la doctrina i la jurisprudència no va resoldre expressament, però que la tendència indicava també un termini únic comú per a tots els demandats per remissió implícita a la regulació del major quantia per als aspectes processals generals¹³¹, i fins i tot per una tendència derivada de principis generals o de conveniència pràctica.

Els arguments de la jurisprudència recaiguda en aplicació de la LEC 1881, poden servir, encara avui, per resoldre la qüestió de la mateixa manera, i en aquest sentit, convé, doncs, analitzar la jurisprudència.

¹³⁰ La paraula “común” no va ser la més idònia. Qüestió aquesta que va ser destacada per un sector de la doctrina jurisprudencial.

¹³¹ ORRIOLS GARCIA, Pluridemandados, plazo único y común para contestar la demanda. *Justicia*, any 2014, nº 1. Pp. 271-290.

Vam sostenir l'aplicació d'un termini únic i comú per als codemandats i en tots els processos, menor quantia, cognició i especials. Així, per al Judici de cognició, les remissions a la regulació del major quantia revelaven l'aplicació del mateix criteri, és a dir, un termini comú per a tots els demandats, (*ad exemplum*, la remissió de l'article 38 del Decret de 21 de novembre de 1952, dels judicis de cognició, l'article 526 de la LEC 1881, en matèria de possibilitat d'ampliació del termini de la citació en relació al lloc del judici, quan el demandat no resideixi en aquest mateix lloc).

La interlocutòria de l'Audiència Provincial de Burgos de 14 de gener de 1988 va resoldre la qüestió dient:

“Primero.- El artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en el caso de ser varios los demandados el plazo de 20 días señalado en el artículo 681 para comparecer y contestar a la demanda en los juicios de menor cuantía será común para todos y el artículo 529 por remisión implícita del artículo 680, que referido plazo comenzará a correr y contarse, respecto a todos, el día siguiente al en que el último hubiere sido emplazado...”

Aquesta resolució és la precursora a interpretar frontalment l'inici del termini per contestar, sent diversos els demandats i tractar-se d'un judici de menor quantia.

La Sentència de l'AP Màlaga de 15 d'abril de 1993, en un supòsit de violació per part d'un dels dos codemandats, en què a més hi ha un gran espai de temps entre els dos codemandats (més d'un any), va establir que:

“...no sólo el apelante, que había sido emplazado el día 4-12-1990 estaba dentro del término para contestar y oponerse cuando el día 27 diciembre de aquel año se persona y allana, sino que incluso, al ser común para todos los demandados el plazo para contestar a la demanda, según el artículo 684 de la tan repetida ley, al haber sido emplazado el codemandado don Manuel ni más ni menos que el día 27-3-1992, tenía plazo para personarse y contestar el Banco hasta el día 22-4-1992.”

Més recentment, la Sentència de l'AP de Lleó de 19 de febrer de 1999 reitera el criteri que el "termini comú", a què fa referència l'article 684 LEC 1881, significa clarament -fins al punt de qualificar-lo de "qüestió pacífica"- que el termini per contestar ha de començar, per tots els demandats, l'endemà de ser citat l'últim d'ells. De la mateixa manera, la sentència del Tribunal Suprem de 26 de març de 1999, va entendre també que el termini en el judici de menor quantia és comú per a tots els codemandats, si bé en aquest cas va desestimar el recurs perquè el recurrent no va recórrer la resolució que disposava el contrari, és a dir, es va conformar en no utilitzar els recursos pertinents.

L'AP de Castelló, en la interlocutòria de 22 de setembre de 1999, es va plantejar el problema, també en judici de menor quantia, amb l'addició de si en la fase d'emplaçament és aplicable la doctrina de l'aixecament del vel entre els codemandats a efectes de tenir-los a tots per citats el mateix dia en què és emplaçat el primer dels codemandats. En aquest cas, es resol en sentit contrari al majoritari¹³².

La sentència del Tribunal Suprem de 14 de febrer de 2000 (Ponent, Sr. Jesús Corbal, Id Cendoj: 28079110012000101854), és la sentència que va tancar definitivament la qüestió respecte del judici de menor quantia, encara que ho va fer amb una interpretació merament literal sense altres raonaments, és a dir, sense entrar a l'anàlisi de les raons d'oportunitat del termini comú per a tots enfront del termini particular per a cada demandat.

¹³².- Aquesta sentència diu textualment: *“TERCERO.- Como cuestión previa de legalidad, a cuya luz puede examinar las alegaciones de las partes, hay que dejar constancia, en primer lugar, de que la Sala comparte el criterio del juzgador de primer grado, en relación con la correcta interpretación que lleva a cabo de los preceptos reguladores del emplazamiento en el procedimiento de menor cuantía, en relación con su especialidad respecto a las normas del mayor cuantía (que, es sabido, actúan de normas complementarias): aun cuando no resulte muy afortunada la dicción que el artículo 684 de la LECiv hace del vocablo “común”, es claro que ello significa que el plazo es igual para cada demandado en su duración, pero no que deba ser igualmente coincidente, toda vez que el artículo 681 de la citada ley procesal, sitúa imperativamente, el “dies a quo” en el emplazamiento, y el precepto en cuestión impone la preferencia de las normas específicas para cada procedimiento, lo que, es claro, conlleva la innecesaria aplicación de las normas reguladoras del procedimiento declarativo de mayor cuantía, que se contienen en los artículos 529 y 530, y la razón no es otra que la de que el artículo 529, señala claramente cuál es el día de cómputo inicial cuando hubiese varios demandados en el procedimiento de mayor cuantía, porque, precisamente a partir del último emplazamiento efectuado, es el propio juzgado el que marca el término para la contestación (al ser distintas fases procesales, la del emplazamiento para personarse, y la del plazo para contestar), y por tanto, en el procedimiento de mayor cuantía, hasta que se produce el último emplazamiento y se da término para contestar, no puede considerarse rebelde a ninguno de los demandados; por el contrario, en el procedimiento de menor cuantía, que es el caso de autos, y como imperativamente establece el artículo 685, transcurridos los veinte días desde el emplazamiento, sea uno o sean varios los demandados, se produce la declaración de rebeldía, cuando no se ha comparecido y/o contestado en el plazo mencionado.”*

“El precepto de aplicación al caso es el artículo 684 LECiv que prevé la hipótesis de existencia de varios demandados en un juicio de menor cuantía, regulando el plazo para contestar y su cómputo. La expresión “será común para todos” –que es lo mismo que prevé el artículo 530, párrafo segundo, para el juicio de mayor cuantía- significa que el plazo para contestar es de índole común y no particular, por lo que corre a la vez para todos los demandados y no sucesivamente para cada uno. Por eso el cómputo no puede empezar a hacerse para ninguno, cualquiera que fuere la fecha de su emplazamiento y comparecencia, hasta el día siguiente a aquel en que la última de las partes (el último de los demandados) hubieses sido emplazada...”

En el mateix sentit es va pronunciar la interlocutòria del TS de 11 de juliol de 2000, Id Cendoj: 28079110012000200888, citant la Sentència de la mateixa Sala de 3 d'Octubre de 1999.

Molt interessant resulta la Sentència de l'AP de Barcelona (Secció 16a, Sra. Immaculada Zapata, Id Cendoj: 08019370162001100162) de 21 de març de 2001. Al contrari que la interlocutòria de l'AP de Castelló de 22 de setembre de 1999 citada *ut supra*, aquesta sentència considera que es tracta d'una qüestió controvertida, que la literalitat de la norma ("termini comú") no té una interpretació tan clara com sembla a priori, i cita jurisprudència controvertida, i al marge de l'argument literal, esmenta raons de fons -bàsicament referides als principis d'audiència i defensa- per optar pel termini comú per a tots els demandats. Reproduïm el segon paràgraf del Fonament Segon.

“Es ciertamente una cuestión discutida pues la expresión “común” que se contiene en el art. 684 de la LEC no tiene una interpretación unívoca, Así, puede sostenerse que se contrapone a sucesivo (en relación a lo dispuesto en el art. 749 para el procedimiento incidental), por lo que el plazo se habría de computar desde la fecha de cada uno de los emplazamientos individualmente considerados (en tal sentido, sentencia de la AP Jaén, sección 2ª de 11 de marzo de 1999). Pero también es perfectamente razonable entender que aquella expresión sólo puede

significar que el plazo se ha de computar a la vez para todos los demandados a partir del último emplazamiento, pues parece evidente que si cada uno tiene su plazo, que se inicia y termina con total independencia del resto, no se podría hablar ya de plazo común. Esta última es la solución que expresa y claramente se contempla para el juicio de mayor cuantía en el art. 529 LEC y la que parece razonable entender aplicable al menor cuantía por indicación del art. 684 y remisión del 680. Dicha interpretación es también la que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2000,... En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias de 4 de noviembre de 1999 de la sección 4ª de la AP Málaga y de 19 de febrero de 1999 de la sección 2ª, AP León. Es por lo demás la solución por la que optó esta Sala en la sentencia de 28 de junio de 2000 por parecer en cualquier caso más conforme con los principios de audiencia y defensa pues, ante la posibilidad de razonables interpretaciones contradictorias, habrá que decantarse por la que mejor garantice aquellos derechos en aras de evitar cualquier posible indefensión.”

De la mateixa manera, segueix també aquest criteri la sentència posterior de la mateixa AP de Barcelona de 14 de juny de 2001 (també de la Secció 16a, Id Cendoj: 08019370162001100255).

L'Audiència Provincial de Madrid, la Secció 11a, amb la sentència de 22 de maig de 2001, va tenir també ocasió de pronunciar-se. Assenyaland, com va fer la sentència esmentada en l'apartat anterior de l'AP de Barcelona, que el terme "comú" pot induir a error, i de fet, potser per això, realitza la interpretació contrària a la de Barcelona. No obstant això, finalment, va optar per un termini únic i comú per a tots els demandats comptat des de l'últim emplaçat però especificant que únicament s'ha de comptar d'aquesta manera quan es compleix una curiosa -i des del nostre punt de vista, injustificada- condició, aquesta és que, només per al cas que tots els demandats contestin conjuntament la demanda.

Concretament, i reproduint la sentència d'AP de Jaen de 11 de març de 1999 que cita literalment, assenyala que:

“A diferencia de lo previsto en el art. 529 L.E.C. para el Juicio de Mayor Cuantía en el que el emplazamiento de los demandados o el plazo para contestar a la demanda no empieza a correr (art. 303) para todos sino desde el día siguiente en que el último hubiera sido emplazado, el juicio de Menor Cuantía (art. 684) presenta la singularidad desde la reforma de 1.984 de que cuando son varios los demandados deberán contestar la demanda juntos o separadamente en el plazo de veinte días que será común para todos. No se computa pues desde el último sino desde la fecha de emplazamiento individualmente considerada para cada uno, de manera que, transcurrido el término sin comparecer será declarado en rebeldía (art. 685). Solo en el supuesto de que todos los demandados contesten conjuntamente la demanda puede aceptarse en la práctica, que el término no se compute hasta el emplazamiento del último en armonía con el mandato del art. 531 L.E.C.”

Contràriament a l'anterior resolució, la Secció 9a de la mateixa AP de Madrid, en la sentència de 27 de setembre de 2002, citant literalment la interlocutòria de l'AP de València de 21 de febrer de 2000 (Secció 6a), la interlocutòria de 31 d'octubre de 1994 de l'AP de Barcelona i la de 18 d'octubre de 1995 de l'AP de Tenerife, opta, sense matisos, per un termini únic i comú a partir de l'emplaçament de l'últim dels codemandats.

De la mateixa manera la sentència de l'AP de València, Secció 9a, en la sentència de 30 de maig de 2001, es pronuncia per un termini únic i comú a partir de l'últim dels codemandats emplaçats, especificant que s'ha d'interpretar així fins i tot per al supòsit en què els altres demandats hagin estat notificats per edictes en resultar negatiu l'emplaçament. En aquest cas declara també la nul·litat de les actuacions.

També les sentències de la mateixa AP de València de 10 de desembre de 2001 (Secció 9a), i la de 26 de juny de 2002 (Secció 6a), aquesta dictada en seu de judici de cognició amb idèntic raonament, que, al que interessa aquí, diu que:

“La cuestión debatida en esta alzada se contrae de un lado a la aplicación de los artículos 529 y 684 de la LECiv, en cuanto que el

Juzgador de instancia tuvo por no contestada la demanda por parte de la entidad que formuló contestación a la misma de forma conjunta con la – otra- demandada pero habiendo transcurrido los nueve días que a tal fin se le había conferido. Este tema ha sido ampliamente debatido y finalmente solucionado por la jurisprudencia que ha entendido que el plazo para contestar a la demanda comienza a computarse desde que fuera emplazado el último de los demandados, ya que si bien el artículo 38 del decreto de 1952 fija un plazo improrrogable de nueve días para todos los demandados, no es menos cierto que no efectúa previsión alguna respecto al inicio del cómputo del plazo,...”

Igualment, però sense matisos destacables, la sentència de l'AP d'Alacant (Secció 6a, Id Cendoj: 03014370062001100714) de 7 de desembre de 2001 i la de l'AP de La Coruña de 27 de setembre de 2002 (Secció 4a, Id Cendoj: 15030370042002100181), però aquesta última afegeix, (al igual que va fer la Sentència esmentada *ut supra* de l'AP de Barcelona, Secció 16a, de 21 de març de 2001), que:

“En cualquier caso, si la cuestión es susceptible de diferentes interpretaciones, parece lo más acertado pronunciarse por aquella que resulta más favorable al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva.”

I finalment, la sentència de l'AP de Sevilla de la Secció 5a de 21 de novembre de 2003, Id Cendoj: 41091370052003100380, assenyala que majorment la jurisprudència ha interpretat que en el judici de menor quantia hi ha un termini únic i comú a partir de l'últim dels codemandats emplaçats, (citant a més un Acte de la mateixa Sala de 19 d'octubre de 2001).

b) Situació actual amb la LEC 2000.

Amb l'actual redacció de la LEC 2000, sembla que la qüestió es presenta de forma encara més controvertida, atès que l'article 404 de la LEC no qualifica el termini de 20 dies de cap manera. No assenyala, doncs, que sigui un termini comú (com el

seu predecessor, art. 684 LEC 1881), ni tampoc assenyala que sigui particular o, com deia l'article 749 LEC 1881 per als incidents, "*a cadascuna d'elles les parts pel seu ordre.*"

De fet, això sí, la LEC 2000, s'ocupa de la pluralitat de parts, i preveu expressament el litisconsorci (art. 12), la intervenció de subjectes originàriament no demandants ni demandats (art. 13), la intervenció provocada (art. 14), etc..., però no ha regulat el supòsit de fet que ens ocupa. No es pronuncia, doncs, la LEC 2000, com ho feien els articles 529, 530 i 531 de la LEC de 1881, de la regulació del còmput del termini per contestar la demanda quan són diversos els demandats.

Atès aquest panorama, es presenta difícil el poder sostenir un criteri nítid, i tota posició pot resultar qüestionable. Com hem dit a l'inici, doncs, entenem que qualsevol posició haurà de recolzar més en criteris o principis generals de dret processal, i també en com s'ha regulat en la LEC 2000 cadascuna de les institucions properes a la forma de computar els terminis en la fase de contestació a la demanda. Llavors, no sembla raonable optar per una o altra postura sense abans plantejar les diferents situacions que poden aparèixer amb diferents demandats davant el règim de la reconvenió (amb major repercussió en la forma del còmput de terminis per als demandats, atès que ara és possible dirigir contra els altres codemandats, i fins i tot contra altres no originàriament demandats), o sense relacionar i contraposar el còmput del termini per contestar la demanda, amb la suspensió del termini per contestar quan s'ha fet ús de la intervenció provocada que permet l'article 14, o els dos diferents tractaments que, respecte de la suspensió del curs del procés, prevenen expressament els apartats 2 i 3 de l'article 15 en tractar els drets de consumidors i usuaris, etc.

Anunciem ja, que la nostra opinió és tendent, si bé amb excepcions, a la d'un termini comú i únic per a tots els demandats comptat des de l'últim emplaçat (com la seguida anteriorment per la LEC 1881 per la doctrina jurisprudencial), postura que, repetim, és certament discutible amb la LEC 2000, però que de les dues possibles, és la que ens apareix menys conflictiva i més raonable. Tot i ser absolutament minoritària, perquè les últimes resolucions judicials han optat, majoritàriament, per comptar el termini de forma particular per a cada demandat,

de manera que hi ha hagut un clar canvi de tendència i s'està optant per no aplicar el termini únic i comú per a tots els demandats.

Així, la sentència de l'AP Segòvia de 29 de novembre de 2002, Id Cendoj: 40194370012002100601, resol la controvèrsia, en un cas de judici ordinari,

“Centra el apelante su recurso... al entender que el cómputo para contestar a la demanda cuenta desde que se produzca el último de los emplazamientos a los demandados; argumento que no puede ser acogido, por cuanto si bien el artículo 404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impone un improrrogable plazo de veinte días para contestar, no establece que dicho plazo sea común, en caso de varios demandados, como, a diferencia, establecía para el juicio de mayor cuantía, el artículo 529 del derogado texto procesal, por lo que procede entender aplicable la regla general dispuesta en el artículo 133 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual, los términos judiciales empezarán a correr desde el día siguiente al del emplazamiento, contándose el día de vencimiento debiendo señalarse, a mayor abundamiento, que la jurisprudencia desde antaño (S.T.S. 15 de junio de 1942) viene considerando que la previsión contenida para los juicios declarativos ordinarios de cómputo conjunto en caso de ser varios los demandados no supone sino una excepción a la normativa general, no es, pues, la regla el cómputo conjunto y la excepción personal,...”

Malgrat aquesta tendència, que d'altra banda no està consolidada, exposarem seguidament les raons que entenem avalen sostenir com més convenient la postura que el termini per contestar sigui comú i únic a tots els demandats.

En primer lloc cal tenir present que els demandats tenen dret a litigar units sota una mateixa direcció i representació. Però aquest dret de litigar units no pot -si més no en condicions normals- convertir-se en una obligació, és clar. I per aquesta raó, la forma de computar els terminis no pot ser un condicionant que discrimini a qui vulgui litigar separat o juntament amb els altres codemandats. I és clar, si els

terminis corren de forma particular i independent, es potencia o s'impossibilita que els codemandats contestin conjuntament sota una mateixa representació i defensa. Perquè si els demandats són citats amb més de 20 dies de diferència, llavors pot resultar impossible o molt difícil aquesta opció de litigar units. Dit d'una altra manera, perquè els demandats puguin litigar units, facilita molt les coses que el termini per contestar la demanda sigui únic i comú.

D'altra banda, per al cas que els codemandats tinguin posicions controvertides, sense tenir un termini únic i comú, es beneficia al segon codemandat que tindrà oportunitat, pel fet que el primer ja haurà contestat, de conèixer les excepcions del primer. Certament pot evitar aquest benefici no donant trasllat a les parts dels escrits de contestació fins que no hagin contestat tots, però aquesta solució (habitual en la pràctica) és poc ortodoxa, a banda que no està prevista en la LEC i, si bé es mira, almenys respecte de l'espera de l'actor, és ja tant com optar pel termini únic i comú.

L'opció que els demandats litiguen units, facilita les coses (per manifesta economia processal). Agilitza o simplifica el procés i evita embolicar amb multitud de diferents còmputos de terminis (el que representa, la major part de les vegades, un benefici de l'actor). Imaginem un supòsit de sis demandats (habitual, per exemple, en matèria de responsabilitat de la construcció), si cada demandat té un termini diferent, i si al mateix temps cada un d'ells formula reconvençió contra l'actor i els restants cinc demandats (o altres) tindrem ni més ni menys que 36 terminis diferents. D'altra banda, pot fins i tot passar -encara que sigui difícil veure-ho habitualment en la pràctica- que un dels codemandats rebí la demanda de reconvençió abans de rebre la demanda principal, i no sembla "natural" que corri el termini de la contestació a la reconvençió d'un codemandat contra un altre codemandat, si no ha començat a córrer el termini per contestar la demandada principal. I a més -en aquest cas sí- es vulneraria el dret de defensa, ja que amb l'actual exigència de reconvençió connexa, el codemandat que encara no ha estat emplaçat com a tal per la demanda principal no podrà al·legar la manca de connexitat de la demanda de reconvençió si abans no ha tingut oportunitat de conèixer el contingut de la demanda principal. (Com hem assenyalat abans, de la

mateixa manera, pot el jutjat "retenir" el trasllat de la reconvenió fins que no hagin estat emplaçats tots els demandats respecte de la demanda principal, però a això responem de la mateixa manera que abans, perquè, ni està prevista aquesta pràctica a la LEC, ni sembla ja tan distant -respecte de la posició de l'actor- com la postura del termini únic i comú per a tots.).

A l'hora, l'opció que els demandats litiguen units pot beneficiar clarament l'actor, no només des de la perspectiva de no complicar el plet amb moltes parts demandades, sinó directament des del vessant econòmic, ja que per al cas que la seva demanda sigui desestimada haurà de suportar el pagament de menys costes judicials.

És a dir, concedir als demandats el benefici del termini únic, també beneficia el mateix actor, tant pel que fa a evitar embolicar i dilatar el procés (tàctica habitual al demandat que estima probable ser vençut), com en l'eventual cost (per costes judicials) per al cas de desestimar la demanda.

Una altra qüestió a tenir en compte és la regulació del procediment de la declinatòria en l'article 64.1 de la LEC, que estableix que la interposició de la declinatòria suspendrà el termini per contestar i el curs del procediment, la qual cosa suposa que els altres codemandats, que no han interposat la declinatòria, també els afecta la suspensió del termini per contestar.

De manera similar, un termini per a cada codemandat tampoc encaixa gaire bé amb el que disposa l'article 14 de la intervenció provocada. Si aquest article 14 estableix en la regla 3a de l'apartat 2 que el termini del demandat principal quedarà en suspens pel sol fet de presentar la sol·licitud de la intervenció provocada, sembla lògic també sostenir que en els casos que hi hagi codemandats aquest termini inicial del primer codemandat esmentat quedi també en suspens fins que no sigui emplaçat l'últim d'ells. No se'ns escapa que la intervenció provocada pel demandat no és un supòsit perfectament assimilable al que ens ocupa, però ens sembla més incoherent sostenir criteris diferents en un i altre cas. Doncs, en cas contrari es concedeix suspensió del termini al demandat que insta la intervenció provocada i no al que ja ha estat demandat prudentment per l'actor per tal d'evitar l'eventual al·legació pel demandat de la intervenció provocada.

És més, el paradigma de la intervenció provocada pel demandat és, sens dubte, la citació d'evicció (regulada al paràgraf tercer del article 1482 del Codi civil, i no derogat per la LEC 2000), i en aquest cas, no només es dóna l'oportunitat de litigar units, sinó que necessàriament s'ha d'esperar la contestació del tercer, abans, fins i tot, que la del propi demandat inicialment.

Res de particular té, que el primer emplaçat dels demandats tingui més temps per a contestar la demanda que l'últim, això també passa cada vegada amb el judici verbal (i altres judicis que comencen amb vista, ad exemplum, la vista de mesures cautelars), en què un dels demandats sempre és citat -necessàriament- abans que els altres. I ningú s'ha plantejat mai al·legar la vulneració de cap dret (igualtat d'armes dels demandats entre si). És més, en el nostre cas, la igualtat d'armes realment transcendent i que ha de presidir i guiar-nos és la que es circumscriu a la relació entre l'actor i els demandats (tots), i no tant la que ha d'existir entre aquests demandats.

El fet de tenir un termini comú per a tots no retarda el procediment, atès que l'audiència prèvia, queda igualment posposada.

Precisament, com veurem, permetre als demandats litigar units és un benefici de tots¹³³, com prevenia l'article 531 de la LEC 1881 per un altre cas fet, que, en determinats casos, s'obligui els demandats a litigar units sota una mateixa direcció i representació, estem pensant, per exemple, en casos de necessitat (ordre públic) en què els demandats siguin una multitud, supòsits de drets i interessos col·lectius

¹³³ Val la pena comentar, encara que sigui mitjançant nota a peu de pàgina, que l'obligació de litigar units conté l'article 531 de la LEC 1881 ja havíem sostingut la seva inconstitucionalitat per vulnerar el dret de defensa i lliure elecció d'advocat (GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1994, pp. 516 y 517; i ORRIOLS GARCIA, "L'obligació de litigar units. Comentari a l'article 531 de la LEC", *Butlletí del Col·legi d'advocats de Terrassa*, núm. 3, maig 1999, p. 12). Efectivament, vam entendre, seguint l'autor citat, que l'article 531 LEC era inconstitucional en la mesura que cada demandat té dret de valer-se de la seva pròpia direcció lletrada tot i que facin ús d'unes mateixes excepcions, però de la mateixa manera vam entendre que no es podia gravar a l'actor, davant d'una eventual desestimació de la demanda, a pagar les costes de tots aquests demandats que, podent (o havent segons l'art. 531 LEC 1881) litigar units no ho van fer per interès particular.

i difusos de consumidors i usuaris, o en casos en què l'actor pot acreditar que en realitat els demandats ja litiguen units sota una mateixa direcció però simulen litigar separats, en fi -per exemple- d'obtenir més rendibilitat en l'eventual condemna en costes¹³⁴, o senzillament per raons estratègiques.

Per tot això, doncs, no compartim del tot els raonaments de la sentència de l'AP de Segòvia de 29 novembre 2002 esmentada¹³⁵. En primer lloc, no creiem suficients les raons donades respecte que en no dir l'article 404 de la LEC que el termini és

¹³⁴ Aquesta actitud, com veurem després amb més detall, en la pràctica forense no és aïllada, ni molt menys. En moltes ocasions, i quan els demandats no tenen posicions contraposades, simulen litigar separats, de manera que un sol advocat del mateix despatx dirigeix als dos (o més codemandats), i no obstant això es presenten per separat (un altre advocat del despatx, o un altre despatx proper, dona signatura i realitza una mínima activitat formal per tràmits que requereixen la seva presència). En moltes ocasions s'han pogut detectar respostes a demandes, o altres tràmits que si bé es presentaven de forma separada, estaven confeccionades per un mateix advocat (en algun cas incloïen per descuit un idèntic lapsus calami que revelava ardit). La raó d'aquesta pràctica, ha estat la millor de les vegades una tàctica processal dilatòria (per quan els demandats necessiten retardar la resolució del plet), o l'obtenció d'una doble (o més) condemna en costes amb un únic esforç.

Potser, s'hauria d'haver previst, en el capítol corresponent (De les costes, o De la pluralitat de parts), una regulació que atengués a un major increment dels honoraris a les costes de l'actor en relació al nombre de parts comparegudes, de manera que es incentivés -si més no en alguna mesura- que els demandats litigassen units. Amb l'actual regulació, el fet que els demandats simulin litigar separats només comporta beneficis als demandats, ja que si els demandats són vençuts paguessin les mateixes costes que si litigaren units, i en canvi -en principi- si es desestima la demanda amb costes els demandats simulant litigar separats obtindran el doble o més de costes que si haguessin litigat units.

Per descomptat, entenem que això vulnera el principi de la bona fe processal, si els litigants simulen litigar separats això pot ser objecte de la sanció que preveu l'article 247.3 de la LEC, tot i que potser el límit de 6.000 € previst i l'escassa aplicació, pugui resultar, en alguns casos, insuficientment dissuasori. La reducció d'honoraris d'advocat per ser diversos els codemandats està prevista a la normativa col·legial d'honoraris, però no en la forma i abast que ens referim.

¹³⁵ Ni tampoc compartim la opinió de GIMENO SENDRA, *Proceso civil práctico*, La Ley, Madrid, 2001, Tomo V, artículos 399 a 430, pp. 3-26, que sosté que: "En el supuesto de que exista una pluralidad de demandados, el plazo de veinte días previsto en el art. 404, empezará a correr individualmente, para cada uno de ellos, desde la fecha de su respectiva notificación, ya que el referido precepto no ha mantenido el carácter común de dicho plazo previsto en el art. 684 LEC de 1881, que, de conformidad con su interpretación jurisprudencial (STS 14 febrero 2000), no podía computarse sucesivamente para cada uno."

comú s'ha d'entendre que és particular per a cada part. Al marge que la interpretació de la paraula "comú" no és un terme precís (diverses són les sentències esmentades que ho qüestionen), si l'article 404 de la LEC no qualifica el termini, no pot deduir-se que el termini és independent. Si no el qualifica, en principi no es pot deduir. I l'altre argument usat per la sentència, que la jurisprudència habitualment de que la previsió continguda per als judicis declaratius ordinaris de còmput conjunt en cas que siguin diversos els demandats no suposa sinó una excepció a la normativa general, senzillament no respon a la realitat, més aviat tot el contrari, ja que com hem vist, les últimes sentències del Tribunal Suprem citades per res cuiden de tractar com excepcional el còmput conjunt. I les sentències de les AP de Barcelona (Secció 16a, de 21 de març de 2001) i de la Corunya de 27 de setembre de 2002 (secció 4a), vénen a dir precisament tot el contrari, és a dir, *“En cualquier caso, si la cuestión es susceptible de diferentes interpretaciones, parece lo más acertado pronunciarse por aquella que resulta más favorable al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva.”*; jurisprudència, aquesta última, que segueix vigent i encaixa perfectament amb l'esquema de l'actual judici ordinari (idèntic al de major i menor quantia).

D'altra banda, no pot ser argument contrari el que disposa l'article 278 de la LEC, ja que, al marge que aquest article no preveu la situació de pluridemandats, (ni està pensat per l'acte inicial de l'emplaçament), aquest còmput de terminis és precisament una regla especial per al supòsit de trasllat quan intervé el procurador, no aplicable per tant, quan aquest no intervé, com assenyala l'apartat tercer de l'article 276 LEC.

Tampoc ens sembla útil, qualsevol raonament que parteixi d'una eventual analogia amb la preclusió respecte de la interposició del recurs d'apel·lació. En aquest cas - com és sabut- el termini per interposar el recurs d'apel·lació no és únic i comú, sinó independent a cada part. Però aquesta realitat, des del nostre punt de vista, no respon a una mateixa ràtio, ni molt menys, que la de la contestació de la demanda. Només cal per apuntar com a diferències, que en el recurs d'apel·lació està precisament previst el tràmit d'adhesió al recurs per part de qui inicialment havia

consentit la sentència, (tràmit que ve a ser -salvant les distàncies- la institució homòloga a un termini únic i comú per contestar la demanda). Més aviat podria raonar el contrari, és a dir, fins que la sentència no ha estat notificada a totes les parts no pot executar definitivament, en tant que la possibilitat d'interposició del recurs d'apel·lació o de cassació de qualsevol de les parts evita que la sentència sigui ferma i per tant executable definitivament, és més fins i tot pot ser aclarida o integrada mitjançant la possibilitat que ofereixen els articles 214 i 215 de la LEC.

En canvi, en fase ja d'execució, quan són diversos els executats (ja siguin condemnats solidaris o no) i concretament respecte de matèries d'obligacions indivisibles o inescindibles¹³⁶, i també -com no- per condemnats subsidiaris, sembla que el criteri d'exigir que hagi transcorregut per tots ells el termini d'espera de 20 dies de l'article 548 de la LEC és el criteri més raonable¹³⁷. Si és així llavors, com sosté la doctrina esmentada, sembla congruent una aplicació analògica o igual criteri per quan aquests demandats (encara que inicialment encara no siguin pròpiament obligats per no haver estat condemnats encara) hagin de contestar la demanda. Si als condemnats -solidaris i subsidiaris- per sentència ferma, se'ls concedeix el benefici d'un termini únic i comú per ser exigibles les seves quotes de responsabilitat, sembla raonable també que aquest mateix nivell de concessió sigui el imperant per al tràmit d'al·legacions.

Resumint, tal vegada comporti majors problemes el "termini independent per a cada codemandat" que un únic i comú per a tots, i si acceptem que els litigis amb pluridemandats són processalment complexos, ens sembla recomanable, perquè facilita la tramitació per a tots (actor, demandats i jutjat), la tesi defensada del

¹³⁶ Pensem per exemple en la sentència que condemna al llançament d'un habitatge a dues persones demandades i que han litigat separats. Els 20 dies d'espera han d'haver transcorregut per tots dos, ja que -per regla general- no tindrà cap sentit despatxar execució contra un sense fer-ho al mateix temps contra l'altre.

¹³⁷ CACHON CADENAS, "Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional", *Justicia*, 2004, núms. 3-4, pp. 7 a 141. I també a *La ejecución civil*, dirigido por MORENO CATENA, Consejo General del Poder judicial, Estudios de derecho Judicial, 53, Madrid 2004, pp. 575-713. Que assenyala que en supòsits determinats la sentència no pot ser executada fins que no hagi estat notificada a tots els codemandats.

termini únic i comú per a tots aquests codemandats a comptar de l'últim emplaçat. D'altra banda, com han assenyalat algunes audiències provincials, el criteri d'un termini únic i comú ofereix més garanties processals i beneficia més tant als demandats (ja que els permet comparèixer i contestar units), com al mateix actor, ja aquesta eventual circumstància millora la dilació del procés reduint el seu temps de tramitació i el seu cost.

De lege ferenda, proposaria que, en vista d'eventuals dificultats, com ara el domicili ignorat d'un dels demandants, s'agilitzés la seva notificació per edictes i en aquest cas, s'iniciés per als altres el còmput del termini, de manera que la impossibilitat de localitzar a un sol dels demandats no obstaculitzi en perjudici de l'actor la tramitació del procediment. Així, la càrrega de contestar de qui no ha estat localitzat, implicaria llavors la pèrdua del dret a litigar unit amb els altres demandats (i viceversa), perquè el conflicte de drets, tramitació del procés contra dret a litigar units, s'ha de resoldre a favor del primer, a favor de l'actor.

A part d'això, probablement, i com avancem a l'inici en el plantejament de la qüestió, aquesta solució no és contrària ni a l'esperit ni a la lletra de la llei, i per tant és un criteri pel qual podria decantar una interpretació jurisprudencial recolzada en l'aplicació de criteris i principis generals de dret processal en relació a la tutela judicial efectiva.

6.1.2.- Simulació de litigar separats.

Íntimament relacionat amb l'anterior apartat, està la qüestió de l'eventual obligació de litigar els demandats units, que també, a diferència de la LEC 1881 (art. 531), cap article de la LEC vigent preveu el supòsit d'obligar als demandats, cas de ser més d'un, a "litigar units", sota una mateixa representació i/o direcció, amb un Advocat, o varis Advocats en equip, dirigint, conjuntament, la pluralitat de demandats com a una única part. El que volia dir la LEC de 1881 amb "litigar unidos" i "bajo una misma dirección" és simplement que els pluridemandats

havien de constituir una única part processal; havien de reduir-se les parts (demandades), inclús a una sola.¹³⁸

La doctrina clàssica¹³⁹ va tenir cura de criticar la ubicació i redacció de l'article, atesa la importància de la figura processal que pretén regular, la pluralitat de parts.

El contingut de l'article 531 de la LEC 1881 era imperatiu, no dispositiu, “deberán litigar unidos” deia el primer paràgraf, i “el Juez obligará” deia el segon. Lògicament però, el Jutge difícilment podia obligar als codemandats a litigar units abans que haguessin contestat tots els demandats. La imperativitat de la norma implicava que no fos necessari que, la part demandant, o inclús, perquè no, un dels mateixos codemandats¹⁴⁰, sol·licités al Jutjat que els demandats litiguin units. És, per tant, una qüestió que, d'ofici, havia de declarar el Jutge. Podia ser que no es reduïssin a una sola part (demandada) sinó simplement menys de les que inicialment eren. Per exemple, es demanda a 20 persones, 10 responsables directes i 10 fiadors; pel cas de que contestin tots separats, no havia de ser estrany que el Jutge pogués obligar a reagrupar-se els 20 demandats en dos grups, formant-se així, dues parts demandades, la dels responsables directes i la dels fiadors.

A la pràctica era un article molt poc usat, sobretot després de la constitucionalització del procés.

Si bé l'article estava ubicat al capítol del judici de major quantia, era aplicable també al menor quantia i a tota la resta de procediments declaratius (ordinaris i especials), atès que no contrariava cap aspecte processal especial, perquè la *ratio*,

¹³⁸ Val la pena reproduir l'article:

“En el caso de ser varios los demandados, deberán litigar unidos y bajo una misma dirección si fueren unas mismas las excepciones de que hicieren uso.

Si fueren distintas podrán hacerlo separadamente. Pero si de las contestaciones resultare haber hecho uso de unas mismas excepciones, el Juez obligará a los que se hallen en este caso a que en lo sucesivo litiguen unidos y bajo una misma dirección”.

¹³⁹ GUASP, *Comentarios a la LEC*, p. 263 i ss.

¹⁴⁰ Em refereixo a un dels codemandats que no formi part dels altres codemandats que hagin utilitzat unes mateixes excepcions; si *a*, *b* i *c*, són codemandats, *c* pot instar que *a* i *b* litiguin units pel cas d'haver utilitzat (*a* i *b*) unes mateixes excepcions.

bàsica, de la norma, és evitar enfarfegar el procés amb una pluralitat de parts¹⁴¹ de vegades innecessària o supèrflua que habitualment comporta, moltes vegades intencionadament buscada, a fi i efecte precisament d'enfosquir el procediment i dilatar-lo; i d'altres vegades, dissimular la concomitància processal dels demandats front a l'acció de l'actor.

Actualment, i sobretot després de la constitucionalització del procés, penso que l'article 531 de la LEC de 1881 era inconstitucional. De la mateixa manera que el fet de litigar separats pot provocar una falta de tutela judicial efectiva respecte al demandant, no hi ha dubte que en no poques ocasions obligar a litigar units als demandats pot vulnerar-los el dret a defensa, la tutela judicial efectiva. I així ho va apuntar la doctrina.¹⁴² Efectivament, els demandats tenen dret a buscar cadascú l'advocat de la seva confiança. Crec, doncs, que pretendre obligar als legitimaris demandats a litigar units seria inconstitucional per vulnerar el dret de defensa.

Però altra cosa ben diferent, (és el que habitualment succeeix en molts casos en que es demanda a vàries persones: legitimaris o cohereus), és la simulació que les parts litiguen separades quan en realitat litiguen unides. Algunes vegades la simulació és descarada, amb un mateix procurador i un mateix advocat (o del mateix despatx). Efectivament, sovint passa, que els demandats contesten intencionadament per separat, donant l'aparença que van dirigits per diferents Advocats. Aquest supòsit es confon amb el que preveia l'article 531 de la LEC

¹⁴¹ Sobre alguns dels problemes de la pluralitat de parts, ORRIOLS GARCIA, "Pluralitat de demandats. El termini per a contestar la demanda". *Butlletí del Col·legi d'Advocats de Terrassa*, núm. 2.

¹⁴² GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, pp. 516 i 517. "Además tiene en la práctica el grave obstáculo de que si las partes no se ponen de acuerdo en el único letrado que ha de dirigirles, el juez no lo puede imponer, ya que atentaría al derecho de defensa y de libre elección de Abogado".

Discrepo no obstant en que sembla que confon una mateixa direcció –lletrada-, amb un sol Advocat; i evident no és el mateix. Ambdues parts, si bé litigaran unides, podran valer-se de tants Advocats com vulguin, conservant cada codemandat, el seu propi Advocat. i si bé dificultarà un acord entre la tàctica de la defensa, aquest serà un altre problema.

1881, però no és el mateix. En aquest cas es tracta d'una simulació processal, és una simulació perquè, en realitat, les parts ja litiguen unides, però sota l'aparença de que ho fan separadament.

El motiu principal de simular litigar separats acostuma a anar relacionat amb la condemna en costes (si es condemna a l'actor a pagar les costes del plet, haurà de pagar tantes costes com parts demandades hagin intervingut), però també s'aconsegueix incrementar el dret de contradicció, multiplicant el nombre de les intervencions i el temps.

Desvirtuar aquesta simulació, i destapar la realitat encoberta, no és senzill; pensem que el principal fi de la simulació va encaminat precisament a que no sigui descoberta. Per tant, la prova de la simulació serà sempre una prova difícil, quasi sempre indiciària, i per tant poques vegades trobarem una prova contundent; i més, tenint en compte que qui haurà confeccionat la simulació serà probablement l'Advocat dels demandats, i per tant hem de presumir que tindrà certa experiència.

Les proves, indiciàries, de les que ens podem valer per a destapar la simulació poden ser; les relacionades amb els poders per a plets, per exemple que siguin atorgats el mateix dia, davant el mateix Notari, a favor dels mateixos Procuradors i Advocats; l'eventual coincidència de *lapsus calami* en la redacció de les contestacions a la demanda, moltes vegades utilitzant el mateix document mare en l'ordinador; el fet que els Advocats directors siguin d'un mateix despatx amb una mateixa adreça; la representació la porti un mateix procurador; etc...

També motiva que l'actor tingui interès en que els demandats litiguin units¹⁴³ la qüestió de l'eventual condemna en costes; ja n'hem parlat més amunt, no és el

¹⁴³ I a l'hora, des de la perspectiva dels demandats que simulen anar separats, la condemna en costes a l'actor de tantes parts com demandats, és un dels principals motius de litigar separats, (juntament –com hem dit- per l'increment del nombre d'intervencions i de temps que permet dedicari, i també en el fet que s'enfarfaga el procés, perquè normalment –estadísticament- els demandats que creuen que no tenen raó acostumen a embolicar el procés, ja sigui multiplicant les parts demandades litigant separats, ja sigui aportant més documentació de la necessària, etc..., és el conegut vulgarment amb “embolica que fa fort”). Si per exemple, dos Advocats confabulats d'un mateix despatx (o

mateix perdre un plet contra una part que contra cinc parts que, en principi, comporta un increment més de costes amb el mateix esforç pel cas de que es condemni a l'actor.

Pel cas doncs, que del fet d'obligar als demandats a litigar units se'n derivi un perjudici al dret de defensa, estimo que tal vegada la norma s'haurà d'aplicar de forma restrictiva però sense evitar la seva aplicació; i aleshores, si bé s'haurà de permetre, formalment, als demandats litigar separats, (presentant escrits separats), l'eventual condemna en costes a l'actor serà única, como si hi hagués una única part demandada; i l'import, s'haurà de repartir, en principi per parts iguals, entre cadascú dels demandats. Aquesta és la proposta, que permet no vulnerar el dret de defensa dels demandats ni gravar a l'actor en l'eventual condemna en costes per culpa de que els demandats no s'han posat d'acord en litigar units.

Aquesta solució, a la meua manera de veure, frustra també el motiu de l'eventual intenció de simulació processal que hem parlat.

Estem d'acord amb Gómez de Liaño en que era a partir de la contestació a la demanda que les costes s'havien d'atribuir conjuntes a les parts, perquè fins aquell moment ningú podia saber si els codemandats al·legarien les mateixes excepcions¹⁴⁴. Ara bé, en el cas de la simulació de litigar separades, el problema és més senzill, les costes s'hauran d'aplicar de forma conjunta –com si fossin una única part- ja des de l'inici, inclosa la contestació a la demanda, si es el cas que la simulació va tenir el seu inici en aquest moment.

de diferents despatxos), simulen defensar separatament a dos codemandats quan la realitat subjacent és que hi ha una única defensa, el que busquen en definitiva és cobrar més costes pel supòsit que condemnin a l'actor a pagar-les; i en canvi, evidentment, la condemna en costes del demandats pel fet de litigar separats no comportarà, en principi, un increment en les costes que eventualment hagin de pagar a l'actor.

¹⁴⁴ GÓMEZ de LIAÑO GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 517. “Se trata de un precepto de loable intención pero de escasas posibilidades de aplicación, porque el Juez ha de esperar a la contestación a la demanda de los varios demandados para comprobar si utilizan los mismos medios de defensa, es decir, cuando el estudio y el trabajo fundamental del letrado ya se ha efectuado”.

A la pràctica, incomprensiblement, els tribunals no acostumen a prendre cap mena de mesura respecte de les simulacions de litigar separats, fins i tot quan la simulació és evident, (amb advocats del mateix despatx, un mateix procurador i un mateix escrit base, etc...). Penso que quan es descobreix la simulació, el jutge hauria de prendre mesures legitimades per la bona fe que ha de presidir l'actuació processal (ex art. 247 LEC), com per exemple: des de limitar el temps d'intervenció dels demandats, evitar repeticions, tenir-ho en compte en la condemna en costes, i en casos excepcionals sancions pel retard causat a causa del fet de litigar separats.

6.2.- L'aplanament parcial i les costes.

6.2.1. Introducció i plantejament

La qüestió de la condemna en costes en l'assentiment parcial és força controvertida en l'actual jurisprudència. Concretament, en les diverses seccions de l'Audiència Provincial de Barcelona trobem criteris oposats en qüestions de molta importància que afecten l'àmbit de l'objecte del procés, de l'objecte de l'assentiment, als principis generals del venciment que regeixen la condemna en costes, etc.

El supòsit de fet és habitual en els casos de reclamació de la llegítima. I els fets de l'assentiment acostumen a ser simples. Sol començar extrajudicialment de la següent manera: el creditor legitimari i l'hereu deutor no arriben a cap acord perquè el legitimari considera que l'import de la llegítima és superior al que, eventualment, està disposat a reconèixer l'hereu. És a dir, l'hereu que ha de pagar la llegítima considera que, en definitiva, el seu deute és inferior al que reclama el legitimari, i per això només està disposat a pagar una part del que el legitimari pretén o reclama. De manera que l'hereu és només "parcialment" conscient del seu deute.

Quan el legitimari requereix extrajudicial i fefaentment a l'hereu a pagar el "tot", aquest, al contestar -també extrajudicialment- manifesta que només deu una part, i a més, habitualment, l'experiència ensenya l'hereu condiciona el pagament parcial

a obtenir una transacció pel tot que posi fi a la divergència en l'import de la llegítima. És a dir, només ofereix pagar si el legitimari renuncia a reclamar la resta.

Aquest supòsit és molt freqüent, l'hereu, que calcula l'import de la llegítima computant menys béns o amb valors inferiors, ofereix pagar una llegítima d'import inferior a la que el legitimari reclama. I la pràctica habitual ensenya que l'hereu sovint consigna l'import en una notaria facultant al Notari per a que pagui la llegítima però només amb la condició que el legitimari renunciï a reclamar l'excés i fins i tot l'eventual suplement.

Posteriorment, i si no s'arriba a cap acord, el legitimari, interposa la demanda, i ho fa reclamant tota la llegítima. I en principi, és de preveure, lògicament, que l'hereu, al contestar la demanda, s'assenteixi parcialment en la part d'import inferior al deute reclamat que, inicialment i abans de rebre la demanda, va oferir pagar (en principi, el mateix import que va consignar en la notaria). De manera que el demandant legitimari, un cop assabentat de l'assentiment parcial, demanarà, molt sovint, que es dicti la interlocutòria de l'art. 21.2 de la LEC, que recordem, estableix que:

2. Quan es tracti d'un assentiment parcial el tribunal, a instància del demandant, pot dictar de manera immediata una interlocutòria que aculli les pretensions que hagin estat objecte de l'assentiment. Per a això cal que, per la naturalesa de les pretensions, sigui possible un pronunciament separat que no prejudgi les restants qüestions no aplanades, respecte a les quals ha de continuar el procés. Aquest interlocutòria és executable de conformitat amb el que estableixen els articles 517 i següents d'aquesta Llei.

La qüestió és, doncs, si en aquests supòsits d'assentiment parcial, d'acord amb l'art. 395 de la LEC que regula expressament les costes en l'assentiment, i també amb l'art. 394 de la LEC que és el règim general, procedeix condemnar en costes a l'hereu demandat: I també és una qüestió controvertida, en tot cas, si aquest

pronunciament de costes, s'ha de fer en l'acte a què es refereix l'art. 21.2 de la LEC, o bé esperar la sentència definitiva de la instància.

Recordem que l'art. 395 de la LEC, l'assentiment, diu:

Article 395. Condemna en costes en cas d'assentiment.

1. Si el demandat assenteix a la demanda abans de contestar-la, no és procedent la imposició de costes llevat que el tribunal, raonant-ho degudament, apreciï mala fe en el demandat.

S'entén que, en tot cas, hi ha mala fe, si abans de presentada la demanda s'ha formulat al demandat requeriment fefaent i justificat de pagament, o si s'ha iniciat un procediment de mediació o dirigit contra ell una demanda de conciliació.

2. Si l'assentiment es produeix després de la contestació a la demanda, s'aplicarà l'apartat 1 de l'article anterior.

I l'art. 394 de la LEC, general de regulació de les costes en primera instància, diu:

Article 394. Condemna a les costes de la primera instància.

1. En els processos declaratius, les costes de la primera instància s'imposaran a la part que hagi vist rebutjades totes les seves pretensions, llevat que el tribunal apreciï, i així ho raoni, que el cas presentava seriosos dubtes de fet o de dret.

Per apreciar, l'efecte de condemna a costes, que el cas és jurídicament dubtós s'ha de tenir en compte la jurisprudència dictada en casos similars.

2. Si l'estimació o desestimació de les pretensions és parcial, cada part pagarà les costes causades a la seua instància i les comunes per meitat, llevat mèrits per imposar a una d'elles per haver litigat amb temeritat.

Com dèiem, la jurisprudència és contradictòria a resoldre les dues qüestions, la del pronunciament sobre la condemna a pagar les costes de l'assentiment violació, i el lloc on ubicar aquest pronunciament -en la interlocutòria de l'art. 21.2 de la LEC o en la sentència definitiva-.

6.2.2. L'objecte i la condemna en costes en l'assentiment parcial

A la LEC no s'estableix un tràmit processal per decidir sobre les costes de l'actor que innecessàriament s'ha vist en la necessitat de promoure un procés a causa del demandat que extraprocessalment ha resistit de forma temerària la pretensió del demandant (en el nostre cas, normalment és el legitimari el demandant).¹⁴⁵

Cal partir també de la idea que *"la mala fe de l'assentiment és la conducta del deutor que amb coneixement de la seva obligació i de la seva plena exigibilitat, manté una persistent voluntat d'incompliment, tot i la reclamació extrajudicial de l'actor"*¹⁴⁶, i aquesta *"mala fe en el demandat ha de ser interpretada en sentit ampli, entenent que està compresa implícitament dins del precepte tant la mala fe pròpiament dita com la culpa o imprudència, causants en definitiva de la interposició de la demanda..."*¹⁴⁷

El demandat fa necessari interposar una demanda per una part de la quantitat reclamada que en realitat no és veritablement discutida.

Pensem que no analitzar el pronunciament sobre costes en supòsits d'assentiment parcial pot provocar situacions clarament injustes, a més que fomenta la interposició de litigis o, al menys, s'incrementa la quantia del litigi, i per tant encareix el procediment.

El demandat sap que ha d'assumir, o fins i tot està d'acord a pagar parcialment el deute, però no vol pagar voluntàriament. Traslladant així al demandant la càrrega que es decideixi a interposar la demanda pel tot.

¹⁴⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, en el Pròleg al llibre de PÉREZ DAUDÍ, *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000.

¹⁴⁶ SAP de Córdoba de 5 de juny de 1997. Citada por PÉREZ DAUDÍ, *El allanamiento en el proceso civil*, cit., p. 68.

¹⁴⁷ SAP de Toledo de 21 de juliol de 1997. Citada por PÉREZ DAUDÍ, *El allanamiento en el proceso civil*, cit., p. 68.

En casos on les pretensions aplanades siguin escindibles d'aquelles a les que la part demandada s'oposi, com passa clarament amb la petició a de condemna a una quantitat determinada o determinable de diners, o de coses, és perfectament possible –recomanable– que hi hagi un pronunciament en costes respecte a l'assentiment parcial.

Dos processos escindits impliquen dos pronunciaments sobre el fons, i per tant, creiem que també han de contenir dos pronunciaments sobre costes. Si es vol optar per dir que hi ha un sol procés també és possible sostenir-ho, però el procés s'ha dividit en dues parts, a causa del demandat.

Si el demandat hagués pagat l'import del deute que considerava just, sense condicionar-lo a la renúncia a la reclamació de la resta, l'actor hauria interposat la demanda per una quantia menor (la diferència), i per tant, el causant de que l'objecte del plet s'hagi finalment "ampliat" ha estat el demandat que després opta per assentir, provocant a més a més l'incident de dictar la interlocutòria de l'art. 21.2 de la LEC i l'eventual execució posterior.

Per aquesta raó creiem que s'ha de condemnar a les costes d'aquest assentiment al deutor imprudent. Perquè a més, la interpretació contrària, és a dir, no condemnar en costes en casos d'assentiment parcial, el que fomentaria és que els deutors no avancessin pagaments que extraprocessalment consideressin correctes, i llavors optar per esperar la demanda pel "tot". Quan el que s'ha d'incentivar és precisament el contrari, que es puguin evitar el major nombre de demandes, i en tot cas per la mínima quantia, o la quantia veritablement discutida. (Al marge de l'increment per al pagament de la taxa).

Al nostre parer, el que implica l'assentiment parcial i l'art. 21 de la LEC és una reducció de l'objecte del plet, i la seva continuació per la resta del reclamat en el procés quan l'obligació és escindible.

La doctrina científica no s'ha ocupat de la condemna en costes en casos d'assentiment parcial. Sembla que aquesta manca ha estat interpretat per una part de la jurisprudència com una negativa a la condemna en costes.

Aïlladament però, s'ha manifestat en el sentit afirmatiu a la condemna en costes:

*"El allanamiento parcial es objeto específico de regulación en el artículo 21.2. Cuando quepa, por la naturaleza de las pretensiones, realizar un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones, procederá dictar de inmediato un auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de allanamiento. En mi opinión, si fuera posible individualizar las costas generadas por las pretensiones respecto de las cuales se ha verificado el allanamiento, no habría inconveniente en que el auto contuviera su propio pronunciamiento al respecto, siguiendo las reglas previstas en el artículo 395."*¹⁴⁸

Sembla que, almenys una part significativa de la jurisprudència, no ha tingut dubtes sobre aquesta línia d'interpretació.

SAP Barcelona de 27 d'octubre de 2006, (Secció 4a) (JUR 2007/144793)

"... No existe inconveniente en efectuar la correspondiente imposiciones de costas en el auto que acoja las pretensiones objetos de allanamiento parcial, conforme a las reglas establecidas en el artículo 395 LEC, y, con posterioridad, al dictarse la sentencia que resuelva las restantes cuestiones no allanadas, se efectúe en la misma el pronunciamiento que proceda, conforme al artículo 394 de la Misma Ley".

SAP Barcelona de 20 de setembre de 2006, (Secció 12a) (JUR 2007/134710)

"Producido el allanamiento parcial ... entendemos procedente la imposición de las costas procesales causadas hasta el allanamiento a la parte demandada en base a las prescripciones del artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ante la mala fe o temeridad del mismo, al

¹⁴⁸ HERRERO PEREZAGUA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU i altres, Navarra, 2001, p. 1313.

obligar a la contraparte al inicio de procedimiento judicial, no obstante haber sido requerido extrajudicialmente, precepto que es de aplicación tanto en los supuestos de allanamiento parcial como total."

També sosté aquest criteri la secció 16^a de l'AP de Barcelona: Actuacions de 27 de febrer de 2004 (JUR 2004 \ 98058), i de 12 de març de 2008 (JUR 2008 \ 142559).

I de l'AP de Madrid: Sentència de 12 Desembre de 2008, (Secció 20a) (JUR 2009/88709) i Acte de 3 de Febrer de 2011, (Secció 8a) (JUR 2011/127223).

Però, com anunciàvem, existeixen seccions de l'Audiència Provincial de Barcelona que són contràries, i que no imposen les costes en cas d'assentiment parcial tot i tractar de supòsits típics del que partim.

Per exemple, la SAP Barcelona 11 gener 2006 (Secció 13a) (JUR 2006 \ 88669), en què els litigants eren empreses d'intermediació immobiliària, que exigien el compliment d'uns contractes poc clars, i la demanda només va ser estimada parcialment, i els dos recursos d'apel·lació (el de l'actora i el de la demandada) van ser desestimats.

"Igual suerte adversa debe correr el recurso deducido por la demandada. El artículo 21.2 LEC, que establece la posibilidad de dictar un auto acogiendo las pretensiones objeto de un allanamiento parcial sin perjuicio de la continuación del proceso respecto de las cuestiones sobre las que se mantenga la controversia, no hace referencia alguna a que en el mismo deba contenerse un pronunciamiento sobre las costas, pronunciamiento que, por otra parte y salvo que se trate de resoluciones que resuelvan incidentes que generan sus propias costas, debe realizarse en la resolución que ponga fin al proceso; por otra parte, el artículo 395 LEC que regula la condena en costas en caso se allanamiento y que libera, con la concurrencia de determinados presupuestos, al demandado de la condena en costas a pesar de la estimación íntegra de la demanda, parte

del allanamiento total de aquél a las pretensiones contenidas en ésta. Siendo, en definitiva, parcial la estimación de la demanda, no procede, de acuerdo con lo establecido en el artículo 394.2 LEC, una especial imposición de las costas de la primera instancia, al no apreciarse que ninguna de ellas haya litigado con temeridad."

També la SAP Barcelona de 14 de febrer del 2013 (Secció 14a) (Id Cendoj: 08019370142013100129). estableix que:

"4. LAS COSTAS DEL ALLANAMIENTO PARCIAL

No estamos ante una acción de complemento de legítima, sino de reclamación íntegra, de modo que el allanamiento parcial no es "escindible" del estudio global de lo debido. Los demandados mostraron su oposición a la relación de bienes y a sus valoraciones, por lo que no se puede decir que el allanamiento parcial fuera liberatorio de la deuda.

En el caso, al entender que no hay escindibilidad, es evidente que la condena en costas en sentencia llevará a fijar las costas en relación con el valor real final asignado a la legítima, incluido lo que haya sido objeto de allanamiento parcial.

No puede haber temeridad cuando el importe por el que –se- allana parcialmente la demanda y que es aprobado en el auto recurrido (49.588,84 euros) es inferior al que se ofreció por vía prejudicial (55.655,59 euros, carta al f. 18) y que el actor no aceptó. El pleito ha persistido por la diferencia."

Aquesta última sentència, al nostre entendre, és a més desencertada per altres raons. D'entrada sembla estrany que la Sentència afirmi que l'aplanament parcial no és escindible. La qual cosa no només no és cert, sinó que és del tot impossible, atès que la Interlocutòria -que ningú va recórrer- de l'art. 21.2 de la LEC s'havia efectivament dictat, i per tant, la condemna -dinerària- s'havia escindit de fet, i jurídicament, i més amb força de cosa jutjada. Tampoc s'arriba a comprendre què te a veure el complement -o millor, suplement- de la llegítima amb la

escindibilitat del pronunciament de la condemna. Si la reclamació de la llegítima és o no íntegra no té res a veure tampoc amb que el requisit de que el pronunciament de la interlocutòria de l'art. 21.2 de la LEC permeti un pronunciament separat, escindible. Si es tracta d'una condemna dinerària, un deute de valor, per definició és escindible, tant com permeti la moneda (si se'ns permet l'expressió).

I respecte de l'últim paràgraf de la Sentència, comentar que el raonament que conté, precisament hauria de concloure a tot el contrari, és a dir: hi ha temeritat quan l'objecte de l'assentiment és inferior o igual al ofert extrajudicialment per l'hereu demandat. (I que certament en el cas d'actuacions l'actor no va acceptar però precisament perquè l'acceptació estava condicionada a la renúncia de la resta).

És més, en ser superior la quantitat oferta extrajudicialment que la quantitat a la qual es va aplanar l'hereu, la temeritat de l'hereu en aquest cas es va estendre pel aplanat i part de la diferència per la qual va continuar el plet que finalment va condemnar a pagar .

La incongruència interna del raonament culmina amb la frase última: El plet ha persistit per la diferència, el que en realitat confirma que l'objecte del plet era escindible, que efectivament i real s'havia escindit (i prova irrefutable d'això, com hem dit, és que s'havia dictat l'Acte de l'art. 21.2 de la LEC), i que el veritable objecte de la discussió era precisament la resta de l'import, és a dir, una quantitat de diners, la qual no s'havia ofert extrajudicialment i a la qual finalment va condemnar la Sentència, a més la Interlocutòria de l'assentiment.

La SAP Barcelona de 26 de novembre de 2013 (Secció 14a) (Id Cendoj: 08019370142009100746), diu:

“3. LAS COSTAS

El hecho de haber admitido una valoración determinada de las legítimas en la contestación a la demanda no supone allanamiento, sino solo una vinculación conforme al principio de rogación y una exención de práctica

probatoria. Las costas de instancia no se imponen porque la demanda se ha estimado parcialmente.”

En aquest cas, també creiem que la Sentència és desafortunada. L'error que comet ve de la premissa major. Precisament és tot el contrari: El fet d'admetre una valoració determinada, una part de la legítima, implica admetre un import, un part del que es demana en la demanda. I per tant, és en definitiva l'admissió de part de la petició, i això, per definició, és assentir. No es tracta de la simple admissió de fets, sinó de l'admissió de que "alguna cosa s'ha de pagar", o que "només s'ha de pagar una part". I això no és una simple admissió de fets que impliqui només una exempció de pràctica probatòria. És admetre que una part del que es demana en la demanda, es deu efectivament i s'ha de pagar. I si bé és cert que l'assentiment ha de ser exprés, clar, incondicional, etc ... més ho és que no requereix per a ser apreciat que el demandat hagi de dir necessàriament la paraula "assentiment", de manera sacramental, *ad solemnitatem*. Sinó que el que requereix és el fet de l'admissió (expressa, clara, etc ...) de la petició, o part d'ella, de la demanda pel demandat, i serà el jutge qui -en cas de discrepància- hagi valorar si ha existit o no assentiment. Per tant, en el cas enjudiciat a que es refereix la Sentència comentada, al nostre entendre, hi va haver assentiment parcial i mereixia pronunciament sobre les costes.

La darrera sentència de la que tenim coneixement sobre la condemna en costes en l'aplanament parcial és precisament sobre una reclamació de llegítima, en un cas on els hereus es van negar a pagar la llegítima (fins i tot l'import de la part que ells mateixos entenien procedent) i immediatament després de la demanda es van aplanar parcialment i el Jutjat va tenir per fet l'aplanament parcial en la corresponent interlocutòria on no va fer pronunciament sobre costes perquè considerava procedent fer un sol pronunciament en el moment de la sentència definitiva. La part demandant (legitimari) va interposar recurs de reposició pretenent la imposició de les costes en relació a l'objecte de l'aplanament parcial, però el jutjat el va desestimar amb l'argument que ja es tindrien en compte les circumstàncies de l'aplanament, però en la sentència definitiva no es va fer cap

referència i no va fer especial pronunciament de costes atès l'estimació parcial de la demanda.

La Sentència, respecte d'aquest aspecte del pronunciament de la condemna en costes, ens sembla encertada. Recollint els arguments del recurs d'apel·lació, considera que l'aplanament parcial i el total tenen identitat de raons, i per tant, tot i no haver regulació concreta per les costes de l'aplanament parcial, s'han de resoldre de la mateixa manera i aplicant la mateixa norma (article 395 de la LEC). Per la seva claredat, val la pena reproduir-ne la part decisiva:

“Sexto: La Ley de Enjuiciamiento Civil no regula lo relativo a las costas procesales en los casos de allanamiento parcial. Pese a ello no se aprecia inconveniente en considerar y resolver la cuestión conforme a las normas legales en caso de allanamiento.

Es evidente que las costas del proceso están en función están en función de la cuantía del litigio. No exactamente en función de la cuantía pero sí fuertemente influidas por la cuantía. Por tanto, si se reclama una cantidad determinada pudiéndose haber reclamado una inferior en caso de que los demandados hubieran cumplido en parte extrajudicialmente, ello tiene una repercusión clara en el coste del proceso para la parte demandante.

Se trata de un supuesto en que el demandante reclama una suma, lo que le reporta un coste económico. Si los demandados hubieran cumplido extrajudicialmente la parte en la que luego, iniciado el proceso, se allanaron, el demandante habría reclamado una cantidad inferior, lo que habría repercutido en un menor coste del proceso para él.

Por ello, la actitud de los demandados que, primero no cumplen antes del proceso, y después, iniciado el litigio, se allanan en parte, tiene una repercusión económica clara en el demandante. Se trata de una repercusión en todo semejante (aunque cuantitativamente menor) a la de quien primero no cumple nada y luego se allana a todo. Siendo así, habiendo identidad de razón entre los supuestos de allanamiento parcial y

los de allanamiento total, no se aprecia razón para no resolver del mismo modo ambos supuestos.

Procede por consiguiente, que se considere si, a la luz de lo establecido en el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son acreedores los demandados, en nuestro caso, a la imposición de la parte de las costas que representó para el demandante la reclamación de los 76.833,75 euros a que se allanaron finalmente los herederos.

Séptimo: El artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla no procederá la imposición de costas, salvo que el tribunal aprecie mala fe. En este caso los demandados no pueden eludir las costas por haberse allanado a una parte de lo pedido antes de la contestación, pues el allanamiento se produjo al contestar.

Desde el punto de vista de lo ocurrido antes del proceso no hay nada que permita exonerar a los demandados del pago de la parte de las costas del proceso correspondiente a la cantidad en que se allanaron, sino todo lo contrario.

Antes del proceso ofrecieron los demandados al actor la cantidad en que luego se allanaron, pero condicionado a que su hermano les diese carta de pago de la legítima. O sea a que no reclamase nada más por dicho concepto. Ello impidió al actor aceptar la cantidad ofrecida.

En su oposición al recurso de apelación se dice que la condición se puso porque, en caso contrario, de haberse reclamado mayor cantidad por el legitimario hoy demandante, como el pago habría comenzado a hacerse en dinero (el ofrecimiento notarialmente), luego el complemento habría debido pagarse en la misma forma, conforme al último inciso del artículo 451-11 del Código Civil de Cataluña.

Este argumento no es admisible. Lo sería si la condición hubiera sido la de excluir la aplicación de esta última norma, es decir, exigiendo a

los herederos que, en caso de reclamar el legitimario mayor cantidad de la ofrecida, permitiese optar por pagar el complemento en dinero o en bienes de la herencia. Y si esa condición hubiera sido rechazada por el legitimario. Pero no fue ésta la condición que se puso, sino la de no reclamar nada más, y por tanto el argumento de los apelados no puede admitirse.

Además, se dio la circunstancia de que al allanarse D. Josep maria aceptó pagar en dinero si el otro heredero no se oponía. D. Jordi nada dijo al respecto en su contestación.

No se aprecia en definitiva razón alguna para que los demandados no pagasen lo que luego, al contestar a la demanda, admitieron deber. Por tanto ha de repercutir en los demandados el mayor coste que para el demandante ha tenido [que] haber debido reclamar también los 76.833,75 euros a que se refirió el allanamiento, conforme al principio establecido en el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mayor coste que deberá ser soportado por los demandados de forma mancomunada y por mitad, como es regla en todas las obligaciones para las que, como es el caso, no se halla establecida la solidaridad.”

6.2.3. El pronunciament sobre condemna en costes s'ha d'incloure en l'Acte de l'art. 21.2 de la LEC o acumular-lo en la sentència definitiva?

La segona qüestió és si s'ha d'haver un, o bé dos pronunciaments sobre condemna en costes. És a dir: Un pronunciament en la interlocutòria de l'art. 21.2 de la LEC i un altre pronunciament a la sentència definitiva. O bé és més convenient un sol pronunciament al final que inclogui o tingui en consideració l'assentiment inicial.

Des del nostre punt de vista, és recomanable que cada part del procés contingui pronunciament sobre costes. És a dir, la interlocutòria de l'art. 21.2 de la LEC referit a l'assentiment ha de contenir pronunciament en costes respecte de l'objecte de l'assentiment parcial, de la mateixa manera que la sentència definitiva

ha de contenir pronunciament sobre les costes per la resta de l'objecte de plet que no ha estat objecte d'assentiment.

Les raons per mantenir aquest criteri són diverses: L'art. 21.2 LEC preveu expressament que per a poder dictar la interlocutòria "serà necessari que, per la naturalesa de les pretensions, sigui possible un pronunciament separat que no perjudgi les restants qüestions no aplanades, respecte de les quals continuarà el procés." Llavors, l'art. 21.2 de la LEC permet un pronunciament definitiu, separat i definitiu. De manera que, si és possible, es dicta la interlocutòria acollint la pretensió sobre la qual no hi ha discrepància entre actor i demandat. I aleshores, per a aquest cas, ineludiblement, l'objecte del plet principal queda reduït en la mesura de l'assentiment, i per tant el plet continua per la resta sobre la part en què no hi ha acord. De fet, es redueix l'objecte del plet per acord entre les dues parts.

Això no passa sempre, per exemple, quan la naturalesa de les pretensions no és escindible, és a dir, no és possible un pronunciament separat. O bé quan aquest pronunciament pot perjudjar la resta de pretensions.

Per tant, la primera conclusió de què considerem necessari partir com pressupost per donar una resposta a la qüestió que se'ns planteja és tenir present que, amb l'aplanament parcial, si hi ha possibilitat de pronunciament separat, llavors la "resta" de l'objecte del plet que queda per discutir serà l'objecte del plet pel qual continua el procés, reduït pel que ha estat objecte de l'assentiment parcial.

Així les coses, si està clar que es redueix l'objecte del plet i continua per la resta de pretensions, que no afecta ("no perjudja") a les restants qüestions, tampoc ha de perjudjar la condemna a les costes de la resta de l'objecte del plet. Com a principi, podem dir que, no té sentit que sigui escindible per la pretensió aplanada i no per les costes d'aquesta mateixa pretensió, ja que la decisió sobre les costes segueix ineludiblement a la principal. Que en el nostre cas són dos, la de la interlocutòria de l'art. 21.2 de la LEC i la de la resta del plet principal pel que continua el litigi.

Malgrat això hi ha alguna Sentència contrària a aquest criteri:

SAP Barcelona 29 de setembre de 2007 (Secció 13a) (JUR 2007 \ 134503)

"el auto de allanamiento parcial no ha de contener pronunciamiento alguno sobre costas (el procedimiento continúa y las costas generadas hasta ese momento no son distintas de las del propio proceso) sino que éste ha de diferirse a la resolución que ponga fin al pleito, si bien en ese pronunciamiento deberá tenerse en cuenta la existencia del allanamiento parcial , e igualmente es en ese momento en que deberá valorarse la concurrencia de mala fe o de temeridad de la parte litigante".

El criteri d'aquesta Sentència, des del nostre punt de vista, no és el més encertat. Doncs entendre que només hi ha d'haver un pronunciament pot provocar petits desequilibris. Per exemple, amb aquest criteri el demandant que acumula accions en un mateix procés i evita que hi hagi dos plets en lloc d'un únic plet, és precisament qui surt perjudicat (sense el pronunciament sobre les costes).

Complement de l'anterior, és que l'art. 395 de la LEC no distingeix entre assentiment total o parcial. Es refereix al assentiment, i per tant no a un tipus concret d'assentiment amb exclusió de l'altre. Dir, com ha dit alguna resolució aïllada, que com que l'art. 395 de la LEC no es refereix expressament a l'aplanament parcial això vol dir que no s'ha de condemnar a costes en aquests supòsits, ens sembla també un raonament desafortunat, excessiu. En aquests casos d'assentiment parcial, certament no expressament regulat, cal aplicar els principis, i la nostra legislació processal, de sempre, ha optat pel sistema del venciment objectiu atenent puntualment a supòsits de temeritat processal.

Per tant, no és cert que la condemna en costes de l'assentiment parcial no estigui prevista (com diu part de la jurisprudència), sinó que l'art. 395 de la LEC no distingeix entre els dos tipus d'assentiment que ha previst en l'art. 21 de la LEC. O dit d'una altra manera, no vol dir que l'art. 395 de la LEC només reguli l'assentiment total i no l'assentiment parcial. I per tant, no és cert que l'assentiment parcial no tingui regulació sobre costes. No hi ha dubte que l'art. 21 de la LEC no preveu una regulació expressa de la condemna en costes per

temeritat, però això no ha d'impedir l'aplicació del règim general previst en l'art. 394 de la LEC.

Si no hi ha distinció legal en matèria de costes respecte de l'assentiment (parcial o total), si el legislador ha volgut potenciar la satisfacció extraprocessal davant l'assentiment per incentivar amb la no imposició de les costes no només la conformitat amb la pètit de la demanda sinó el compliment (i evitar el gravamen d'una eventual execució de l'assentiment) i finalment, si és possible escindir l'objecte de l'assentiment parcial de la resta de l'objecte del plet en el qual no hi ha conformitat, fins al punt que els dos litigis podrien conviure paral·lelament en plets separats amb tots dos objectes, no arribem a entendre perquè hi ha una part de la jurisprudència reticent a aplicar en supòsits d'assentiment parcial la regulació de l'art. 395 de la LEC.

No és tampoc oposable als criteris anteriors, el que disposa l'art. 394.2 de la LEC, és a dir, respecte a l'estimació o desestimació parcial de les pretensions, perquè les pretensions objecte de l'assentiment poden ser objecte d'un acte separat que al seu torn és també executable, el que en realitat es ventila són dos plets en dues fases, o almenys si poden rebre tractament processal separat s'haurien de tractar també separadament les costes.

Aquesta interpretació beneficia també al demandat que, correctament, s'ha aplanat parcialment front a la petició abusiva del legitimari demandant. Atès que, al continuar el plet per la resta, -és a dir, la part que el demandat considera excessiva, per pluspetició- el demandat -que finalment va encertar en l'import real del deute- pot obtenir la seva condemna en costes, i d'aquesta manera que sigui el demandant que va demanar més del compte qui suporti la condemna en costes d'aquest excés.

6.2.4. No condemna en costes en casos de satisfacció extraprocessal, art. 22 LEC

Finalment, com veurem seguidament, un altre argument, si bé més indirecte i general, és que cal tenir en consideració que en matèria de costes, en els casos de terminació alternativa del procés, el criteri de la LEC 2000 ha variat

substancialment respecte de l'anterior regulació. No només, recorda-m'ho- s'ha incentivat la no imposició de les costes en casos de desistiment consentit pel demandat (art. 396 de la LEC), sinó que en els supòsits de satisfacció extraprocessal de l'art. 22 de la LEC s'ha optat pel criteri de no condemnar en costes, perquè, a diferència de l'assentiment, si el demandat satisfà extrajudicialment les pretensions de l'actor, no només assenteix, si no que compleix, consuma l'assentiment, i el demandant fa realment efectiva la petició. Llavors la diferència del règim de costes en l'assentiment davant la satisfacció obeeix al fet que amb l'assentiment en realitat l'actor no està del tot satisfet, ja que l'assentiment només implica el venciment en el litigi però no l'efectivitat de la condemna. En canvi, amb la satisfacció extrajudicial, l'actor no només "venç", sinó que efectivament "cobra" el que ha reclamat i no es fa necessària una eventual execució com en el cas de qui assenteix però no compleix. S'incentiva i premia el pagament amb la no imposició de les costes. El que significa a *sensu contrario* que, optar "només" per assentir -encara que sigui parcialment- implica merèixer la imposició de les costes, ja que podia haver pagat, complert.

6.3.- L'aplanament parcial i l'execució.

L'aplanament parcial i l'execució tenen una estreta relació quan l'hereu pensa pagar en béns. Hem de pensar que, com hem vist, és habitual que l'hereu s'apli a una part de la petició que fa el legitimari però aquest aplanament ha de fer-se de forma cautelosa, perquè si l'hereu pensa pagar en diners, no hi ha d'haver problema, però si pensa pagar en béns es pot complicar molt l'execució de l'eventual interlocutòria que aprovi l'aplanament i l'execució de la sentència definitiva.

L'opció de pagar en béns permet que l'hereu, si el legitimari demana que es dicti la interlocutòria de l'article 21.2 LEC, pugui oposar-se atès que el *quantum* de l'aplanament està directament condicionat pel *quantum* que finalment fixi la sentència definitiva. És a dir, les dues eventuais execucions no són escindibles si l'hereu manifesta la seva voluntat de pagar en diners. De fet, té dret a manifestar que, segons el *quantum* final total en que es fixi la llegítima, es reserva el dret a

pagar en béns. Perquè la possibilitat o idoneïtat de poder pagar en béns depèn directament del *quantum* total de la llegítima. Si l'herència està formada per tres immobles de 50.000€, 65.000€ i 72.000€, i l'hereu s'ha aplanat a pagar de llegítima 50.000€ però el demandant legitimari vol continuar el plet perquè considera que la llegítima són 72.000€, l'hereu té dret a demanar que la interlocutòria que aculli les pretensions de l'aplanament no sigui executable, fins que es conegui el deute total.

Si més no, en aquests casos, si l'hereu optés per pagar en béns de l'herència, i l'executant ho acceptés, considerem que aleshores, si la sentència definitiva condemna a una altra quantitat afegida, aquest plus s'ha de poder pagar en béns o en diners a elecció lliure de l'hereu, perquè si el legitimari ha demanat que es dictés la interlocutòria, vol dir que tàcitament ha acceptat que el contingut de les pretensions objecte de l'aplanament no prejuten les restants pretensions que no són objecte de l'aplanament. És a dir que l'hereu conserva la llibertat per pagar-les en béns o en diners.

Sobre aquesta qüestió hi ha una interessant interlocutòria en que es planteja aquesta problemàtica però des d'un altre punt de vista¹⁴⁹, el supòsit de fet presenta

¹⁴⁹ Interlocutòria AP Barcelona de 6 de febrer de 2015. Secció 16. Ponent Sr. Valdivieso Polaino.

“Primero: Se trata de la ejecución de un auto mediante el que se impuso a los demandados, en virtud de su allanamiento, el pago de 76.833,75 euros, en concepto de legítima.

Los demandados, obligados al pago, optaron por realizarlo en bienes, haciendo uso del derecho que les confiere el artículo 451-11 del Código Civil de Catalunya.

Los bienes a entregar en pago de la legítima deben reunir una serie de características, establecidas en el artículo 457-7.2 de dicho código. La elección de los bienes a entregar puede plantear problemas, de lo que es buena muestra lo que está ocurriendo en la presente ejecución. El artículo 451-12 determina que, si el legitimario no se conforma con los bienes que se le ofrecen, debe decidir la cuestión el juez, en equidad y en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Este mandato legal indica que la cuestión debe resolverse de forma flexible. En cualquier caso, aun haciendo abstracción de lo establecido en el citado artículo 451-12, han de compatibilizarse los dos derechos: el del legitimario a que se le pague y el del heredero obligado a pagar en bienes. Esto puede plantear

problemas, porque, como aquí se ha puesto de relieve, puede no haber bienes en la herencia cuyo valor se ajuste con precisión a lo que haya de pagarse en concepto de legítima. De hecho seguramente será lo habitual.

El problema que se ha planteado en este caso ha sido ese. De ahí que los herederos ofreciesen pagar mediante entrega de participaciones indivisas de inmuebles, lo que fue rechazado por el auto de 29 de octubre de 2013, que dispuso continuase la ejecución hasta obtener en dinero la cantidad a entregar al legitimario. Recurrido este Auto por los herederos, fue dejado sin efecto por la juez de primera instancia y el legitimario ejecutante pretende, y ha pretendido durante toda la ejecución, que la cantidad fijada en el auto ejecutado (una parte de la legítima) se le pague en dinero.

El auto recurrido parte del presupuesto de que se ha dictado ya sentencia en primera instancia en el proceso declarativo principal. En dicha sentencia se ha fijado la legítima en 137.412,22 euros, más intereses, y no ha sido recurrido por los herederos. Por tanto la cantidad a pagar no es ya la que consta en el auto ejecutado, sino, como mínimo, la que fue reconocida por la sentencia de primera instancia. Por eso considera el Juzgado que la ejecución ha de referirse a toda la cantidad fijada en la sentencia. No puede pretenderse ejecutar por separado lo que fijó el auto que aprobó el allanamiento parcial y, por otro lado, la diferencia, en más, fijada en la sentencia apelada. Evidentemente, al ejecutarse la cantidad total ya fijada, el criterio sobre la aptitud del bien o bienes ofrecidos ha de cambiar. Puede ocurrir que alguno de los bienes se ajuste en cuanto al precio a la nueva cantidad de la que ha de partirse necesariamente.

Segundo: La sala comparte las apreciaciones y el criterio de la juez de primera instancia, que resultan muy razonables y que resultan, además, conformes con la equidad, pues, al disponer que se considere la cantidad total ahora fijada, trata de asegurar los dos derechos en presencia.

Es de eso de lo que se trata, de garantizar que el legitimario perciba lo que le corresponde y que, al mismo tiempo, los herederos demandados puedan pagar en bienes, que es algo a lo que tienen un derecho que la ley les reconoce. Por el contrario, acceder a la pretensión del demandante puede hacer Es de eso de lo que se trata, de garantizar que el difícil pagar en bienes. No se comprende qué interés puede tener el legitimario en que no se ejecute ya la totalidad de lo que, como mínimo, habrá de percibir. Si lo que se pretende es imponer el pago en dinero en virtud de la inidoneidad de los bienes, derecho de ambas partes.

Tercero: Se dice en el recurso, en primer lugar, que se ha producido una suspensión de la ejecución carente de base legal, contra lo dispuesto en el artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero es que esta no es una ejecución típica, sino una ejecución peculiar en la que, en primer lugar, ha de procurarse proteger también el derecho de los herederos a pagar con bienes, según se ha dicho.

Una ejecución en la que, en segundo lugar, ha de tener un componente importante la equidad, a la que apela la ley a la hora de resolver las cuestiones que puedan plantearse en relación con los bienes a entregar.

Y una ejecución que, además, no ha sido propiamente suspendida o lo ha sido solo de un modo muy peculiar. Aunque el auto no garantiza que se alce la suspensión en caso de pedirse la ejecución de la totalidad de la cantidad fijada, ya con carácter firme, por la sentencia de primera instancia, lo cierto es que la razón de ser del auto es que ha de ejecutarse la totalidad de lo que ya se sabe que habrá de ser pagado y, en tales condiciones, sin duda habría de continuar la ejecución en caso de que el apelante pida que la ejecución se amplíe a lo establecido en la sentencia. O sea, estamos ante una suspensión cuyo alzamiento puede depender de la petición de la parte que tiene derecho a cobrar.

En fin, la suspensión pretende armonizar los derechos de ambas partes, lo que resulta obligado como ya se ha repetido. La continuación en la forma repetida puede poner en riesgo el derecho a pagar en bienes. Lo sustantivo ha de prevalecer.

Cuarto: Se sostiene igualmente en el recurso que el auto apelado infringe la cosa juzgada, porque se dictó la orden general de ejecución y las causas de oposición que ahora sirven para suspenderla no pueden tenerse en cuenta.

Es verdad que se dictó auto despachando la ejecución. Pero también lo es que hubo oposición y que se estimó por resolución firme, en la que se aceptó la petición de los herederos de poder pagar en bienes. Lo que ha hecho el Juzgado ha sido acomodar la ejecución a las peculiaridades del caso, en orden a procurar que dicho derecho sea respetado.

Quinto: En el apartado tercero del recurso se indica que no puede condicionarse esta ejecución a una segunda y que el apelante tiene perfecto derecho a no ejecutar.

Evidentemente que el actor tiene ese derecho a no ejecutar. Pero los tribunales deben velar por los derechos de ambas partes. En particular por el derecho de los demandados a pagar en bienes, y es evidente que ese derecho puede resultar perjudicado si ahora se ejecuta el auto que aprobó el allanamiento y, después, la diferencia respecto a lo fijado en la sentencia. Se seguirían así dos ejecuciones por dos cantidades, lo que es evidente que puede dificultar el pago en bienes cuando tales bienes son inmuebles. Si fuese a pagarse en bienes de importes ajustables a cantidades pequeñas, o menores del total que con seguridad ha de pagarse, el planteamiento del recurrente sería aceptable. Pero los demandados quieren pagar con inmuebles y, en tales condiciones, lo indicado es que la ejecución se siga conjuntamente.

En definitiva, el apelante tiene perfecto derecho a no ejecutar, pero no puede hacer uso de él a costa de poner en riesgo o hacer más difícil el derecho que también tienen los demandados. Sobre todo cuando no se aduce ninguna razón

un aplanament parcial en una reclamació de llegítima, on seguidament el legitimari va demanar que es dictés la interlocutòria de l'article 21.2 de la LEC, i va continuar el procediment per la resta de la reclamació a que els dos hereus no s'havien aplanat. Dictada la interlocutòria de l'aplanament, els hereus no van pagar, i el legitimari va demanar l'execució de la interlocutòria (execució definitiva, no pas provisional, atès que era l'execució del *quantum* a que s'havien aplanat els hereus).

para no ejecutar, ni la adivina la sala, como no sea la de conseguir cobrar en dinero, que obviamente no puede ser digna de tutela.

En definitiva, considera la sala que lo que mejor armoniza ambos derechos es la ejecución total de lo que estableció la sentencia, con los intereses que la misma fijó, evidentemente. Una ejecución unitaria permitiría considerar si los bienes ofrecidos son aptos o no, o si corresponde complementarlos en metálico. Una ejecución fraccionada, primero de lo reconocido en el auto de allanamiento y después el resto, haría más difícil la compatibilización de ambos derechos y, en cualquier caso, es algo que no tiene razón de ser merecedora de tutela.

Sexto: Evidentemente que cabía un pronunciamiento separado respecto a lo que fue objeto de allanamiento parcial. Se emitió y se inició su ejecución. Pero no puede pretenderse, como hace el recurrente, que no tenga influencia en el desarrollo de la ejecución la sentencia finalmente dictada, que reconoce una cantidad superior en concepto de legítima; cantidad que es la que debe ser ejecutada, porque de lo que se trata es de eso, de pagar la legítima, cuyo importe no es ya el que decía el auto que aceptó el allanamiento parcial sino otro superior.

Es verdad que, si la ejecución se hubiese consumado cuando se entabló, no habría lugar a lo que ahora se está planteando. El transcurso del tiempo no puede perjudicar a las partes pero si determina que, antes de consumarse la ejecución, el objeto de la misma pase a ser distinto, ello ha de ser tenido en cuenta. Entre otras razones porque si la ejecución se ha demorado ha sido porque se ha discutido y no ha habido acuerdo, ni sobre la procedencia de pagar en bienes ni sobre de qué bienes debía tratarse. Y a esa dilación no ha sido ajeno el apelante, que se ha estado oponiendo al pago en bienes, en postura que no fue aceptada por el Juzgado.

En definitiva, no puede evitarse la idea de que lo que quizá se pretenda sea fraccionar la ejecución para hacer imposible el pago en bienes, lo cual no puede aceptarse. Y, aunque no sea esa la finalidad perseguida, sí puede ser el resultado que se produzca, con lo que la decisión ha de ser la misma.”

Els hereus van demanar poder pagar en béns però el jutjat de primera instància al final va decidir que s'havia de pagar en diners i no en béns. Atès que des de l'inici de l'execució, fins la decisió final de l'execució va transcórrer molt temps, el cas és que va coincidir amb la sentència del procés principal on es discutia la resta del *quantum* de la llegítima. A causa d'aquesta coincidència, per la dilació de l'execució, els hereus executats van interposar un recurs de reposició contra la interlocutòria que decidia que la part aplanada s'havia de pagar en diners i no en béns, en base a que, la sentència definitiva condemnava a pagar una quantitat molt superior a la aplanada, i que per tant, la quantitat que havien de pagar els hereus era la aplanada més la de la sentència, atès que els hereus no pensaven recórrer la sentència definitiva. I per això, atès el nou *quantum*, els hereus volien optar per pagar la llegítima en béns idonis per cobrir tota la llegítima.

La interlocutòria aplica, segons diu, l'equitat, per permetre als hereus pagar en béns, i no escindir els dos pagaments perquè podria dificultar o fer impossible el pagament de la llegítima. I des d'aquest punt de vista creiem que la interlocutòria és lògica i justa. Ara bé, la interlocutòria perd de vista aspectes processals essencials, per exemple que els hereus no pagaven la part a que s'havien aplanat, i per tant el legitimari va demanar l'execució de la interlocutòria. Els hereus mai es van oposar a que es dictés la interlocutòria, i per tant estaven acceptant, no solament que el seu aplanament no condicionava els següents pronunciaments, sinó que es podia executar conforme contempla expressament l'article 21.2 LEC al referir-se a l'article 517 LEC, dient que és executable. Perquè, doncs, calia esperar a la sentència definitiva de la resta de pronunciaments?

Però hi ha molt més, a l'obligar al legitimari a acumular les dues execucions perquè els hereus poguessin pagar en béns, el tribunal es va saltar completament el principi fonamental de la *perpetuatio iurisdictionis*, perquè estava resolent atesa la situació final al cap de dos anys, i no atesa la situació de fet del dia en que es va demanar l'execució de la interlocutòria de l'aplanament incompleta pels hereus (que no oblidem no estaven pagant el deute que havien reconegut).

Doncs bé, creiem modestament que la interlocutòria de l'audiència no pot permetre que el jutjat modifiqués al final el criteri de pagar en diners pel fet que el

pas del temps havia fet coincidir les dues resolucions. S'havia de jutjar al temps que es va interposar la demanda d'execució. Però és que a més a més, la anomalia de la situació (el retard) havia estat creada precisament pels hereus executats que no pagaven, i obligaven al legitimari a instar l'execució forçosa. Va ser la part executada qui va dilatar l'execució, no pagant. Recordem que la jurisprudència ha recollit el famós principi de Chiovenda, de que el pas del temps no pot perjudicar a qui finalment tenia raó, per tant, les circumstàncies noves, de ser-hi, no poden perjudicar al demandant, ni poden portar al Jutge a declarar l'arxiu que els executats demanen. Ni pot perjudicar a qui ha tingut d'anar al procés perquè l'altra part no complia. La Jurisprudència ho ha recollit, entre d'altres:

Interlocutòria AP Madrid de 29 d'octubre de 1999 (Id Cendoj: 28079370081999200016):

“La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 19 de junio de 1990, caso "FACTORTAME", consagró el principio ya formulado por Chiovenda, según el cual "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón"; la duración excesiva de los procesos pone en peligro constante la efectividad de la tutela judicial que en los mismos se presta, pues aunque otorguen el derecho a su verdadero titular, pueden imposibilitar en la práctica su exacta y total realización.”

També la SAP València de 12 d'abril de 2003 (Id Cendoj: 46250370062003100292):

“Por eso decía CHIOVENDA que la necesidad de utilizar el proceso para obtener la razón, no puede agravar la posición patrimonial del litigante a quien se le da la razón.”

Més clara, la SAP Barcelona (Secció 14a) 2 de febrer de 2010 (Id Cendoj: 0801937014201010007):

“..., se fundamenta en la regla de Chiovenda, de que "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón"

I precisament en aquest cas és el que estava passant. L'executant és qui ha necessitat del procés per obligar als demandats a pagar. El fet que els executats no hagin pagat voluntàriament és el que ha causat el retard, i aquest retard, és el que ha causat l'aparent incongruència que la Interlocutòria interpreta malament. Interpreta la incongruència precisament en contra de qui te raó, de qui ha necessitat el procés i l'auxili judicial per fer valdre el seu dret. I en canvi la Interlocutòria interpreta la situació a favor de qui ha causat la dilació de no pagar. Interpreta el dret a favor de qui ha de pagar i no paga, a favor de qui, curiosament, es va aplanar a un deute però no volia complir l'ordre de pagament dictada.

Per nosaltres, la interpretació que s'ha fet ens sembla qüestionable, tot i que en una primera lectura pot semblar tot el contrari, però certament els arguments són útils per la pràctica processal.

Finalment, com a darrer comentari, sorprèn la frase que inclou la interlocutòria al final del Fonament de dret tercer de que *“lo sustantivo ha de prevalecer”*. A banda que en general no compartim postures dualistes, això de que *“lo sustantivo ha de prevalecer”* no és emparat amb cap raonament per part de la interlocutòria, però ens sembla que tampoc el trobaria fora.

6.4.- Satisfacció o compliment extraprocessal. Compliment judicial.

En gran mesura, el que hem explicat en el capítol anterior sobre l'assentiment parcial, serveix, *mutatis mutandis*, per la satisfacció.

De la mateixa manera que s'ha exposat en el capítol de les costes en l'assentiment parcial, en els supòsits de compliment extraprocessal (o processal) parcial considerem també que el jutge ha de resoldre sobre la temeritat, i també separadament de la resta del plet i per tant sobre la condemna en costes d'aquest

compliment posterior a la demanda. Almenys pel que fa a la condemna a repercutir, en proporció, la taxa judicial que l'actor ha hagut de pagar.

Per tant, de la mateixa manera que en l'assentiment parcial, el nostre criteri és que la dispensa de pagar costes en casos de compliment o satisfacció, s'ha de fer cautelosament. I sempre i quan no es pugui entendre que els demandats, al complir, ho han fet de forma temerària. Entenem que el compliment és també qualificable de temerari, atès que s'apliquen alguns dels criteris de l'aplanament. Per exemple, si el compliment es fa després de contestar la demanda, s'ha d'examinar que concorri temeritat. Imaginem el cas que, després de la contestació, de l'audiència prèvia, o de la pràctica d'alguna prova, el demandat pot preveure que és probable que perdi el plet. Aleshores una sortida per evitar la condemna a pagar les costes podria ser complir, ingressar en el compte del legitimari el que reclama (compliment extraprocessal), o consignar-ho al jutjat (compliment processal). És evident que en aquests casos la falta de previsió (de la concurrència de temeritat en casos de satisfacció) de l'article 22 de la LEC no pot evitar que el demandat sigui condemnat en costes. La ratio de la norma obeeix a promocionar el compliment front l'aplanament per evitar l'eventual execució, però la temeritat en la imposició de les costes és un criteri general del nostre sistema recollit en l'article 394.1 de la LEC, i per tant aplicable a totes les institucions. De manera que, el darrer incís de l'article 22.1 de la LEC ("...", sin que proceda condena en costas"), s'ha d'interpretar amb l'addenda: "a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas [partes] por haber litigado con temeridad." (ex article 394.2 de la LEC).

6.5.- No necessitat de manifestar en la demanda la forma de pagament.

Com sabem i veurem amb detall en el capítol del pagament de la llegítima, el Codi civil permet pagar la llegítima en diners o béns del causant. Es planteja el dilema de si, en la contestació a la demanda el demandat ja ha de manifestar si el pagament el pensa realitzar en diners o béns. I la resposta és negativa, el demandat no ha d'avançar en la contestació quina de les dues opcions escollirà a l'hora de pagar la llegítima.

- El judici de petició de llegítima -

La norma està configurada –potser inconscientment- per la fase executiva i no pas per la fase declarativa del procés, i sobretot perquè es causaria una important indefensió al demandat, perquè al temps de contestar la demanda no pot saber quin serà l'import de la llegítima, i per tant no pot saber si hi ha béns disponibles a l'herència per poder fer efectiu el pagament.

La condemna de la sentència és una condemna de valor, el fet que es declari que el valor de la llegítima en un import en valor d'euros, no implica que s'hagi de pagar en diners (en euros), perquè el valor només es pot fixar en euros –que és la moneda oficial-.

7.- RECONVENCIÓ.

7.1.- Necessitat de reconvenció.

La necessitat d'interposició de reconvenció és una qüestió que sovint es planteja. De manera que el dilema recau sempre entre si una excepció de fons a la demanda serà suficient o bé és necessari la petició per reconvenció. És una qüestió que, normalment, dependrà de la casuística. Davant del dubte, la prudència invitarà a formular reconvenció sobretot per evitar que el tribunal es negui a pronunciar-se, però sempre tenint en compte que: a) una reconvenció permet al demandant principal l'avantatge de poder al·legar dues vegades (demanda principal i contestació de la reconvenció) i, b) si al final la reconvenció no era necessària, la seva desestimació pot comportar la condemna a les costes de la reconvenció.

Nosaltres som partidaris, en general de poder permetre un ampli ventall de contingut a les excepcions. De fet tot el que es pugui al·legar per demanda, s'hauria de permetre ser al·legat per excepció.

La regulació de les actuals excepcions reconvencionals de nul·litat i compensació que fa la LEC en l'article 408 permeten tenir una interpretació ampla de les excepcions. De fet, en aquestes excepcions reconvencionals el requisit de la

connexió bé donada per la possibilitat mateixa d'al·legar la causa de la nul·litat o el crèdit –d'origen completament diferent del referit a la demanda principal- del que es pretén que actui la seva compensació. En aquests casos de compensació, es tracte d'una excepció a la regla general de connexió, o al menys d'interpretació àmplia de la connexió quan es tracte de compensar o liquidar un crèdit.

Per tant, podem concloure que, si el crèdit que es pretén compensar es pot al·legar a través de la via de l'article 408 LEC, és a dir, com excepció reconvençional, també s'ha de poder al·legar per reconvençió ordinària, sense necessitat de connexió.

Per altra banda, un abús de reconvençió pot comportar que l'excepció a la reconvençió sigui precisament la litispendència. Perquè hem de convenir que, la litispendència entre dos processos¹⁵⁰ es pot donar de forma interna també dins el mateix procediment¹⁵¹.

Quan la demanda de reconvençió formulada es refereix al mateix objecte de la demanda inicial ens hem de posar en guàrdia, per no caure en litispendència.

La llei permet formular reconvençió per plantejar pretensions connexes amb les que són objecte de la demanda inicial (art. 406 de la LEC), però, tot i haver de ser connexes, han de ser pretensions que versin sobre un objecte diferent al de la demanda (pretensió nova, autònoma i diferent), no pot ser el mateix objecte, perquè aleshores és un cas de litispendència interna¹⁵².

¹⁵⁰ La distinció entre procediment i procés és especialment rellevant en aquest cas. Un mateix procediment pot tenir varis processos. Per això l'article 421 de la LEC sempre parla de processos.

¹⁵¹ La doctrina especialitzada en la matèria no sembla que hagi recollit aquesta possibilitat, MÁLAGA DIÉGUEZ, *La litispendencia*, Barcelona 1999.

¹⁵² Algún jutjat ha dit que la litispendència no és possible dins el mateix plet: per exemple la Sentència del jutjat de Primera instància i instrucció nº 2 de Maó de 3 de juny de 2015 que diu: "*Es imposible procesalmente hablar de litispendencia respecto a pretensiones esgrimidas en un mismo pleito. La litispendencia requiere siempre otro proceso distinto respecto del cual se predica este efecto.*" Però hem de convenir que el raonament no és encertat, confón conceptes elementals, com procés i procediment (o "*pleito*").

La recent jurisprudència que interpreta l'article 408 de la LEC que es refereix a les excepcions reconventionals de nul·litat i compensació ens sembla molt encertada, permetent que amb l'excepció sigui suficient sense necessita de fer reconvençió per a que es declari l'existència de compensació¹⁵³, tan sols l'excés del deute s'hauria de ventilar per reconvençió.

¹⁵³ STS de 13 de juny de 2013, Id Cendoj: 28079110012013100360, que diu: "*El legislador con la LEC 2000 ha introducido una novedosa redacción en el tratamiento procesal de las excepciones de compensación y nulidad absoluta, para impedir que su alegación vía excepción pudiera provocar indefensión en el actor, que, hasta ahora, carecía de trámite y fija plazo para contestar por escrito a dicha defensa argüida al contestar a la demanda.*

Por ello, la doctrina suele hablar de excepciones reconventionales y la propia exposición de Motivos de la LEC establece que son criterios que la inspiran "por un lado, la necesidad de seguridad jurídica, y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente pueden zanjarse en uno solo". Añade, además, que "la Ley evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos -una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción-" y "trata diferencialmente la alegación de compensación" (Antecedente VIII).

La excepción de compensación, introduce un hecho nuevo que debe ser objeto de pronunciamiento autónomo con fuerza de cosa juzgada.

Con anterioridad a la Nueva LEC, la jurisprudencia era rigurosa en materia de compensación, impidiendo su planteamiento como excepción, cuando de compensación judicial se trataba, pues en ésta todo quedaba por determinar, por lo que exigía su formulación como reconvencción para preservar la defensa del demandante.

Pese a ello hubo sentencias de esta Sala de 12 de abril, 31 de mayo de 1985 y 16 de noviembre de 1993, que permitían el planteamiento como excepción, cuando las bases quedaran determinadas de forma clara.

Sin embargo, en la Nueva LEC se puede plantear la existencia de "crédito compensable", sin discriminar entre compensación legal o judicial, postura razonable, pues el actor podrá oponerse por los trámites de la contestación a la reconvencción, gozando la resolución recaída de los efectos de la cosa juzgada (art. 222.2 LEC).

En suma, la excepción de compensación goza de un tratamiento procesal autónomo, pues pese a su "nomen" de excepción goza de naturaleza sustantiva, sirviendo de cauce para introducir acciones y hechos nuevos, por lo que tiene sustanciación procesal como si de reconvencción se tratase, por lo que carece de sentido exigir, como en la sentencia recurrida que se formule reconvencción expresa, pues la parte actora supo desde el primer momento que se articuló expresa y destacadamente la "compensación" y contestó a ella, en virtud del traslado que se le confirió (STS 26-12-2006. Rec. 468/2000).

Por tanto, la compensación judicial puede ser opuesta al contestar la demanda como excepción, al amparo del art. 408 LEC, tramitándose como contestación a la

7.2.- Liquidació *versus* compensació.

S'ha de distingir també del concepte de compensació, el concepte de liquidació del deute, que són conceptes ben diferents i amb tractament processal també ben diferenciat.

La compensació de l'article 1195 del Código civil, com la preveu l'article 408 i concretament el 438.2 LEC pel judici verbal, fa referència a aquelles compensacions de deutes que tinguin a veure amb títols o contractes o relacions jurídiques diferents¹⁵⁴ (STS de 7 de juny de 1983, Id Cendoj: 28079110011983100164:

*"...no existirá compensación en su genuino sentido cuando las recíprocas prestaciones reflejadas en correlativos abonos y adeudos llamados a liquidarse mutuamente fluyan de un contrato único,... no dándose la dualidad de créditos... , lo que excluye del concepto -compensación- aquellas obligaciones que nacen de contrato bilateral en el seno del cual la dualidad se resuelve en mutua condicionalidad... en régimen de equivalencia de estructura sinalagmática..."*¹⁵⁵

S'ha de comunicar la seva al·legació al demandant perquè suposen introduir un element distint en l'objecte del plet que el mateix demandant ha fixat. Però per exemple, en el marc d'un pagament anterior de llegítima o a compte de llegítima. O bé, com es refereixen les sentències citades, un contracte d'arrendament; quan

reconvención , siendo inaplicable la doctrina jurisprudencial invocada por la parte recurrida, pues se dictó en interpretación de las normas procesales de la anterior LEC."

¹⁵⁴ ALBALADEJO CAMPOY, "La prohibición de créditos en los concursos de acreedores", Diario La Ley, nº 7653, 16 de Juny de 2011: "*Esta referida dualidad objetiva es interpretada magistralmente por el Tribunal Supremo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1983, que desarrolla lo expuesto en la forma más explícita posible.*"

¹⁵⁵ I també les SSTs de 17 de maig de 1984, Id Cendoj: 28079110011984100377, 29 de novembre de 1977, 5 de febrer de 1976 i 15 d'octubre de 1979, Id Cendoj: 28079110011979100045.

davant una petició pecuniària de l'arrendador referida a una relació contractual d'arrendament, s'excepcionen per compensar (o millor dit, liquidar) aspectes com la fiança, o l'excepció de manca de pagament dels subministres assumits que formen part del mateix arrendament, l'excepció de rendes impagades i totes les quantitats assimilades; no es pot dir que siguin excepcions reconventionals de compensació de l'art. 408 i 438.2 LEC. Es tracte de la mateixa relació contractual i per tant no es pot parlar de compensació en sentit estricte. Excepcions que van referides a qüestions que el mateix arrendatari ha causat i coneix perfectament, i que per tant no impliquen necessitat de recontestar. Perquè no es pot sostenir que en l'objecte del plet de retorn d'una fiança d'arrendament no estigui comprés si l'arrendador ha pagat la renda o no, si ha pagat els subministres o no, o si ha comés algun desperfecte en la vivenda o no, etc. Sobretot perquè ell n'és el causant i ni és compensació (mateix títol, no diferent) ni pot causar indefensió a l'arrendatari.

La Jurisprudència de les AP ha dit que no hi ha compensació entre rendes i quantitats assimilades, factures de subministres, etc... pròpies i previstes de l'arrendament, i la fiança preceptiva i expressament prevista per garantir l'impagament d'aquelles rendes, factures, etc... de l'arrendatari.

L'art. 438 LEC (com l'art. 408 LEC pel judici ordinari) estan previstos per evitar l'eventual indefensió de compensar crèdits diferents del títol que es discuteix, no pas de les obligacions intrínseques del mateix títol sobre el que la Sentència s'ha de pronunciar, de la mateixa manera que ho preveu l'art 557.1.2a LEC per l'execució (en que al referir-se a la necessitat de força executiva del títol, s'evidencia que es refereix a compensació -genuïna- de títol diferent, mai a la del mateix títol)¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Entre d'altres: SAP Barcelona de 20 de maig de 2011 (Secció 4a, Ponent Sra. Mireia Rios. Cendoj: 08019370042011100162 Recurs: 515/2010, Resolució: 261/2011): "*El arrendador se opone a la devolución de la fianza alegando el incumplimiento de la arrendataria.*

Desestimada la demanda, la parte apelante alega que la Juzgadora de Primera Instancia ha vulnerado el artículo 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a tenor del cual, la

compensación alegada debía haberse alegado al menos cinco días antes de la vista y no durante el desarrollo de esta última.

El artículo 438.2 de la L.E.C . indica " cuando en los juicios verbales el demandado oponga un crédito compensable, deberá notificárselo al actor al menos cinco días antes de la vista ". En este sentido, dice el artículo 1.195 del Código Civil que " tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra ".

Sin embargo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1.983, "no hay compensación cuando los abonos y los adeudos a liquidar fluyen de un contrato único, donde no haya dualidad de créditos, sino exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con equivalencia de prestaciones recíprocas".

En el presente caso, no se trata de créditos y deudas recíprocos sino que nos hallamos ante la liquidación de un contrato de arrendamiento.

Y del tenor literal de la contestación vertida oralmente en el acto de la vista, se desprende que la parte demandada no opuso compensación alguna sino que opuso una causa impeditiva o extintiva de la obligación de devolución de la fianza basada en el incumplimiento contractual por parte de la arrendataria.

En efecto, el arrendatario constituye la fianza para garantizar el cumplimiento de sus propias obligaciones, la restitución de la posesión y el pago del precio, es decir, la renta y las demás cantidades que asumió o corresponda pagar al arrendatario, debiendo devolverse dentro del mes desde que el arrendatario ha entregado las llaves o mejor, con la entrega efectiva del inmueble (artículo 36.4 de la L.A.U .), una vez terminado el arriendo, y sin perjuicio de la posibilidad de retención hasta el importe de la responsabilidad en que incurriere el arrendatario por el incumplimiento de sus obligaciones y hasta que se defina dicha responsabilidad. Si la arrendataria incurrió en alguna responsabilidad, ésta será cubierta con la suma entregada.

Todo ello supone, que una vez resuelto el contrato de arrendamiento el arrendador dispone de un mes para devolver la fianza o, en su caso, determinar el saldo que proceda ser restituido (previa determinación de las rentas adeudadas y demás obligaciones asumidas por el arrendatario que con la fianza se garantizaron, para su compensación con la fianza).

En el caso de autos, la juzgadora de primera instancia constata la existencia de un incumplimiento por parte de la arrendataria que supera el importe de la fianza, por lo que desestima la demanda sin aplicar compensación alguna, que no había sido alegada, sino aplicando una causa impeditiva o extintiva de la obligación de restitución de la fianza basada en el incumplimiento de sus obligaciones arrendaticias por parte de la demandante.

Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado de primera instancia.

I en el mateix sentit la SAP Barcelona de 19 de desembre de 2012, Secció 13ª, Ponent Sra. Isabel Carriedo, Id Cendoj: 08019370132012100685.

Ni existeix compensació, ni indefensió possible, perquè l'art. 438 LEC es refereix a una compensació no previsible (de títol diferent), però no a la que sorgeix intrínsecament del mateix títol o relació jurídica. Entendre-ho d'altre forma també xocaria frontalment amb l'actual interpretació de l'art. 400 LEC.

Doncs el mateix en els casos de petició de llegítima si el demandat excepciona el pagament de la llegítima per part del causant en vida, o com sigui.

També la SAP Las Palmas (Secció 3.^a) de 28 de juliol de 2000, Id Cendoj: 35016370032000100538 que en el seu FJ Quart: “(...)La compensación precisa además que ambas deudas procedan de títulos diferentes. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión y ha declarado, en Sentencia de 7 de junio de 1983, entre otras, que "en la compensación propia... no existe sentido sinalagmático alguno ni originario (en el sentido de que las obligaciones nazcan la una de la otra) ni finalísticamente"; que lo que caracteriza las obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas es "la reciprocidad, pues cada una de las partes asume un deber de prestación a título de contrapartida o retribución por las prestaciones de la otra, hasta el punto de que cada una de ellas es acreedora y deudora a la vez, existiendo entre las prestaciones condicionalidad mutua"; y que por lo tanto, en este tipo de obligaciones mutuamente condicionadas, no se está en presencia de una "compensación de deudas nacidas de títulos diferentes en mérito de los cuales una entidad sea deudora y a la vez acreedora de igual o diversa cantidad y por un título diferente (que es propiamente la compensación) sino en presencia de obligaciones de cada parte contratante... comprendidas en el sinalagma y que deben ser enjuiciadas simultáneamente...". En el mismo sentido, las Sentencias de 17 de mayo de 1984, 29 de noviembre de 1977, 5 de febrero de 1976, 15 de octubre de 1979, donde se contemplan liquidaciones de cuentas existentes entre las partes provenientes de un mismo contrato, y no es, por lo tanto, aplicable la normativa atinente a la compensación que requiere que "una persona deba en virtud de un determinado título y que, por la existencia de otro título diferente de aquel en que aparece como obligada, sea a su vez acreedora, en igual o diversa cantidad, de su deudor, de tal suerte que debe existir para que de compensación se hable propiamente, una dualidad, al menos, de títulos y créditos recíprocos" (Sentencia de 7 junio de 1983, y en el mismo sentido, la Sentencia de 31 de mayo de 1985.”

7.3.- Prescripció de les excepcions. Prescripció de la compensació, legal i judicial. Les excepcions no prescriuen de la mateixa manera que les accions, una acció prescrita es pot al·legar per via d'excepció si, quan l'acció era exigible podia compensar l'acció principal. És a dir, es pot donar la compensació del crèdit no reclamat si durant el període de vigència del crèdit principal es va poder compensar. La vigència del crèdit que es pretén compensar no es pot reclamar independentment com acció principal, perquè la seva reclamació ha prescrit, ara bé, el que sí pot fer-se sense problema, és compensar-lo respecte del crèdit que en el seu dia es podia haver compensat. Aquí la compensació s'al·lega de forma declarativa, que es declari –a posteriori- que es va compensar, aquesta excepció no prescriu.

També s'ha de distingir la compensació legal de la compensació judicial, en la que no són exigibles amb el mateix rigor els requisits de l'article 1196 del Código Civil¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Entre d'altres, la STS de 16 de novembre de 1987 (RJ 987\9988) i la STS núm. 1375/2007 de 5 de gener de 2007 (RJ 2007\321), que diu:

“La recurrente olvida, sin embargo, tres cuestiones fundamentales en relación a la compensación judicial, aplicada correctamente por la sala de apelación en la sentencia que ahora se recurre:

1ª. Que si bien no aparece expresamente recogida en el artículo 1195 del Código civil, la llamada compensación judicial ha sido admitida en numerosísimas sentencias de esta Sala, en las que se ha configurado como «una especie de compensación en la que no son de exigencia todos los requisitos que el Código fija para la legal y que la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado de un proceso» (sentencia de 17 julio 2000 [RJ 2000, 6803]). Nos encontramos pues, ante una facultad del juzgador que puede tener lugar cuando falta alguno de los requisitos legales o no se dan los supuestos de la compensación voluntaria, pero se ha probado la existencia de las deudas concurrentes (sentencias de 18 enero 1999 [RJ 1999, 39], 8 junio 1998 [RJ 1998, 4284]). Ciertamente, la compensación judicial requiere que concurran créditos y títulos recíprocos y que las partes sean acreedoras y deudoras por derecho propio (sentencia de 26 marzo 2001 [RJ 2001, 4761], con la cita de otras muchas), aunque no es exigible que concurran todos los requisitos exigidos por el del Código civil para que proceda la compensación legal, entre ellos, que las deudas sean líquidas (sentencia de 18 enero 1999 [RJ 1999, 39]).[...]

3ª. Además y como afirma la sentencia ahora recurrida, se cumplen las finalidades buscadas con la compensación, a saber, «la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento» de la obligación, y por ello, cuando una sentencia debe contener

7.4.- Possibilitat de reconvenió subsidiària.

Cap norma es refereix a si és possible la reconvenió subsidiària¹⁵⁸. La doctrina és partidària d'admetre la reconvenió subsidiària. I la jurisprudència és clarament favorable¹⁵⁹¹⁶⁰, tot i inicialment el TS en va ser contrari¹⁶¹.

diferentes condenas dada la reclamación de obligaciones diferentes por las partes en litigio, resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo. Ello será posible, evidentemente, siempre que no se perjudiquen los intereses de ambas partes (artículo 13:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos), cosa que no ha sucedido en el presente litigio.

Por todo ello, debe afirmarse que la Sala sentenciadora ha aplicado correctamente la compensación judicial, al entender que se había probado la existencia del crédito de D. Rosendo frente a Residencial SAN ROMÁN, SL al haberse probado la ejecución de la sentencia dictada que condenaba a D. Rosendo a pagar a Rodare unas determinadas cantidades en garantía del crédito de la recurrente frente a Rodare, SL, lo que demostraba la existencia del crédito de D. Rosendo frente a la recurrente y de ahí, la corrección de la sentencia recurrida en lo relativo a la compensación judicial. En consecuencia, debe rechazarse el motivo segundo del recurso de casación.”

També la SAP de Badajoz, de 1 de Juny de 2001 (JUR 2001/227186):

“(…) en la COMPENSACIÓN JUDICIAL (figura de creación jurisprudencial) no son exigibles con el rigor que se dispone en el art. 1196 del Código Civil los requisitos que allí se reseñan. Invocar a estos efectos la doctrina contenida en las SS de 27 de diciembre de 1995, núm. 1129/95:

“...ya que es doctrina reiterada de esta Sala (contenida no solo en las sentencias que cita la recurrente, sino en otras más, como las de 16 de Noviembre de 1993 y 9 de Abril de 1994, por citar algunas de las más recientes) la de que en la llamada “compensación judicial” no son exigibles todos los requisitos que la normativa del Código Civil fija para que proceda la compensación legal, entre ellos que las dos deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, ya que este extremo puede referirse, en la concreción del montante de la deuda compensable, a la decisión judicial que establezca en el correspondiente pronunciamiento de condena los conceptos claros de lo que la demandada adeuda a la actora, aunque la determinación de su importe cuantitativo quede para ejecución de sentencia y aunque una de las deudas compensables provenga de la indemnización de daños y perjuicios, cuya procedencia declare la sentencia recurrida (Sentencia de esta Sala de 12 de Junio de 1993).”

¹⁵⁸ CACHON CADENAS, “Apunte sobre la admisibilidad de la reconvenión subsidiària”, cit., p. 65.

Jo crec que la reconvençió subsidiària s'ha d'admetre, en primer lloc perquè la LEC no la prohibeix; però també pel principi *pro actione* -s'ha de permetre, en general, l'exercici d'accions-; per economia processal a fi d'evitar tramitar dos plets connexes i així evitar casos de litispendència i de prejudicialitat.

Atès que hi ha el requisit o límit “qualitatiu” de la necessitat de connexió sembla lògic permetre la reconvençió subsidiària, perquè de fet, la necessitat de connexió està vinculada al mateix temps a la raó de la subsidiarietat. És a dir, la subsidiarietat ha de ser també connexa, però també dependent de la demanda principal, i concretament de l'estimació de la demanda principal.

7.5.- Impossibilitat d'aplanament i reconvençió a la vegada.

La Secció 2ª (Capítol 1r. Títol II del Llibre II de la LEC) regula la reconvençió, i concretament, l'article 406.1 LEC estableix que:

“Al contestar la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.”

I l'apartat 3 de l'art. 406 diu:

¹⁵⁹ Inicialment les audiències provincials estaven dividides, però actualment la inmensa majoria admeten la reconvençió subsidiària, pràcticament sense unanimitat. I també el Tribunal Suprem, encara que sempre obiter dicta.

¹⁶⁰ Inicialment admetien la reconvençió subsidiària: SAP Balears (Secció 5a.) de 26 d'abril de 2004 (JUR 2004/171996), SAP Girona (Secció 2a) de 20 d'abril de 2005 (JUR 2005/122504) y SAP Vizcaya (Sección 5a) de 27 d'abril de 2005 (JUR 2005/204256). No admet la reconvençió subsidiària la SAP Madrid (Secció 14a) de 15 de setembre de 2005 (JUR 2005/219785). Citades per CACHON CADENAS, “Apunte sobre la admisibilidad de la reconvencción subsidiària”, cit., pp. 63-75.

¹⁶¹ La Sentència del TS, de 19 de Març de 1936 (Aranzadi 738) va ser totalment contrària a admetre la reconvençió subsidiària. CACHON CADENAS, “Apunte sobre la admisibilidad de la reconvencción subsidiària”, cit., p. 68.

“La reconvección se propondrá a continuación de la contestación...”

I l'article 405.1 de la LEC defineix a la contestació aquell escrit on:

“el demandado expondrá los fundamentos de su oposición...”

De manera que l'aplanament total, no es considera contestació a la demanda. I de fet, l'article 395.1 LEC distingeix l'aplanament de la contestació a la demanda, de manera que diu:

“Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla...”

La Jurisprudència no permet l'aplanament amb reconvecció, ni amb la LEC 2000, ni amb l'anterior LEC de 1881.

La jurisprudència de les audiències provincials és unànime a l'entendre que si el demandat s'aplanava totalment a la demanda no es possible la reconvecció. Així, respecte la LEC 2000, la Sentència de l'AP de Terol (Secció 1^a, Id Cendoj: 44216370012005100089) de 1 de Juny de 2005 diu:

“...nunca se debió admitir la reconvección; admisión que se vincula, conforme estima disponen los arts. 405 y 406 de la Ley Procesal Civil a la existencia de contestación.”

La Sentència de l'AP de Barcelona (Secció 4^a, Id Cendoj: 08019370042003100465) de 17 de desembre de 2003, és ben clara i contundent, diu:

“TERCERO.- La tesis de la parte apelante no puede prosperar, ya que, es muy claro que el citado artículo 406 LEC, relativo al contenido y forma de la reconvección, establece que el demandado podrá, por medio de reconvección, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante, al contestar a la demanda. Ello no deja lugar a dudas en cuanto a que la reconvección debe efectuarse, precisamente, al contestar a la demanda, y si no hay contestación no puede formularse reconvección, debiendo el demandado ejercitar la

pretensión que cree le compete en otro procedimiento. De forma que sólo cabe reconvencción en caso de allanamiento parcial, que, según indica el artículo 405. 1, debe manifestarse en la contestación a la demanda.”

I respecte a la LEC anterior de 1881 també la Sentència de l'AP de Cuenca (Secció 1ª, Id Cendoj: 16078370012001100208) de 25 Juny de 2001 diu, citant una sentència anterior, referida a la LEC anterior, tampoc admet la reconvenció que va precedida d'aplanament total:

“Por lo que a la íntegra desestimación de la reconvencción respecta, ya la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cuenca de fecha 5 de julio de 1.994, señalaba que "en forma alguna cabe sostener lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida respecto a que "la íntegra estimación de la demanda respecto a las presentes actuaciones impide entrar a conocer la reconvencción planteada, que carece totalmente de sentido su alegación tras el allanamiento total anteriormente alegado por la misma parte demandada"; pues la reconvencción es una demanda contraria que formula el demandado contra el demandante aprovechando la oportunidad del juicio pendiente iniciado por éste”.

L'aplanament està per finalitzar el judici (com estableix, -per citar-ne una-, la Sentència de l'AP de Barcelona 14 de març de 2005 RJCat 2005 p.834), i no per a que el demandat aprofiti el litigi de la demanda principal per interposar la seva demanda. Si el demandat no vol continuar el plet principal no pot iniciar-ne un altre, ja que la raó de ser de la reconvenció és precisament la contrària, aprofitar el plet iniciat i pendent per l'actor principal per continuar. És a dir, el contrari que la raó de ser de l'aplanament. En definitiva, la doctrina i la jurisprudència és unànime en sostenir que l'aplanament total i reconvenció són incompatibles.

Certament la qüestió és però discutible, tot i que no sembla just que el demandat aprofiti el plet que l'actor ha iniciat per continuar només la seva discussió en benefici propi (fent seva la competència territorial –litigant en el domicili propi del demandat reconvinent, o impeding en realitat que l'actor ja no pugui fer ell la

reconvenció que sí podria fer si el demandat interposes de nou la demanda). Al haver-se aplanat desapareix el litigi (al menys de la fase declarativa), i per tant també la connexió, que ja no és vigent.

7.6.- Prohibició general de *reconventio reconventionis*.

De *lege ferenda*, si la reconvenció és connexa sembla que s'hauria de permetre la reconvenció ilimitada, perquè limitar la reconvenció pot causar fàcilment indefensions. Es compren que el legislador limiti el número de reconvencions, però no quan s'exigeix que la reconvenció sigui connexa respecte de les pretensions.

La necessitat del demandant principal d'interposar una reconvenció a la reconvenció del demandat és poc freqüent, però quan es dona aquesta necessitat enviar al demandant a un altre judici és molt pertorbador. La reconvenció del demandant principal no solament s'hauria de permetre quan el demandat fa reconvenció, sinó també inclús quan el demandat només contesta, amb l'únic requisit de la connexió de pretensions.

7.7.- L'article 400 de la LEC i la reconvenció.

No és aplicable la limitació de l'article 400 LEC a la reconvenció, és a dir, qui s'oposa a la demanda o s'hi aplanarà total o parcialment, i opta per no fer reconvenció, no per això perdrà la oportunitat després de poder reclamar el seu dret. El no haver interposat reconvenció quan es podia fer, no implica la pèrdua de dret o aplicació de la doctrina de la cosa jutjada virtual a que es refereix l'article 400 de la LEC. Qüestió aquesta que ha resolt el TC¹⁶².

¹⁶² STC 1062/013, de 6 de maig de 2013, que diu: "*Es también necesario recordar que este Tribunal, en la STC 71/2010, de 18 de octubre, abordó un asunto que guarda similitud con el presente. Dijimos entonces y debemos reiterar ahora que "de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello". En aquel caso, al igual que en el presente "al tratarse en este caso del derecho de acceso a la jurisdicción y operar, en consecuencia,*

en toda su intensidad el principio pro actione, nuestro canon de control no se limita a la verificación de si la resolución de inadmisión o desestimación incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino que también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, debiendo ponderarse en ese juicio de proporcionalidad, de una parte, los fines que ha de preservar la resolución cuestionada, y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican.”

En aquella Sentencia nos detuvimos en el tratamiento constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, del efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes. Recordando la doctrina de la STC 5/2009, de 12 de enero, afirmamos que la apreciación de la existencia de cosa juzgada es una cuestión de legalidad ordinaria que este Tribunal solamente podría censurar si la interpretación efectuada por los órganos judiciales, en supuesto como el presente en los que está en juego el acceso a la justicia, fuera contraria al principio pro actione. Recientemente la STC 10/2012, de 30 de enero, hemos reiterado tal doctrina. Estas consideraciones que realizamos en relación a la cosa juzgada son aplicables, como afirmamos en la STC 32/2005, de 15 de febrero, a los efectos de la litispendencia, excepción que en esta ocasión ha sido apreciada por los órganos judiciales.

5. En aplicación de esta doctrina, de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, debemos otorgar el amparo solicitado.

En efecto, los órganos judiciales han interpretado que las pretensiones que la parte ahora demandante de amparo ejerció en el segundo proceso judicial, (la declaración de una contingencia en la valoración de la existencia de la sociedad objeto de la compraventa; la declaración de la existencia de deudas no manifestadas por los vendedores; la declaración de la nulidad del contrato y, alternativamente, su resolución por incumplimiento; la reclamación de una indemnización y la declaración de que las contingencias y deudas ocultas estuvieran sometidas a la función de garantía prevista en el contrato de compraventa) eran, en aplicación del art. 400.2 LEC, “hechos y fundamentos jurídicos” que hubieran debido ser planteados en su contestación a la demanda en el primer proceso (cuyo objeto era la relevación de determinadas garantías vinculadas al contrato); al no hacerlo así, en virtud del mencionado art. 400.2 en relación con el art. 222.2 LEC, declararon el sobreseimiento del procedimiento.

Del examen de las resoluciones impugnadas se desprende que los órganos judiciales han realizado una interpretación de la ley procesal, principalmente de los artículos mencionados, que, superando su tenor literal, han impedido a la parte recurrente obtener una resolución de fondo sobre determinadas pretensiones. El art. 400 LEC se refiere nítidamente a la carga que pesa sobre el demandante de alegar todos los “hechos, fundamentos y títulos jurídicos” en los que pueda basar “lo que se pida” en la demanda, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. Esta carga que el legislador ha impuesto al demandante, es aplicable, en virtud del art. 406.4 LEC, también al demandado que ejercita una reconvencción. En este mismo sentido, el art. 222.2 LEC, en cuyo tenor también basan los órganos judiciales su decisión de sobreseimiento, dispone que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones ejercitadas en la demanda y en la reconvencción.

En el presente caso, sin embargo, los órganos judiciales, han aplicado ambos preceptos al demandado que, allanándose a la demanda, no optó por reconvenir. Como antes se

adelantó, no corresponde a este Tribunal determinar cuál debe ser la interpretación de los artículos mencionados, sino, en su caso, censurar la efectuada por los Tribunales de justicia si lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. Y como contraria a tal derecho debemos de calificar la interpretación llevada a cabo en las resoluciones impugnadas, puesto que, realizando una lectura más allá del tenor literal de los artículos antes citados, han impedido al demandante de amparo la obtención de una resolución de fondo sobre sus pretensiones, al considerar que en el primer pleito no debió allanarse sino plantear las oportunas excepciones materiales o, en su caso, debería haber ejercitado la reconvencción y en ella, en aplicación de lo establecido en el art. 400 LEC, haber planteado todas acciones relativas al negocio jurídico que había celebrado con el demandante.

Tal interpretación —además de perjudicar notablemente al demandado que tendría la obligación legal, bajo la amenaza de la preclusión de sus acciones, de reconvenir en el plazo de contestación de la demanda, viendo así reducido el plazo de prescripción o caducidad de sus acciones— contraviene el carácter voluntario que la ley procesal otorga al ejercicio de la reconvencción. No podemos olvidar que nuestra legislación procesal al regular la reconvencción en el art. 406 LEC, dispone que el demandado “podrá” por medio de reconvencción formular las pretensiones que crea le competen respecto del demandante; es decir, la decisión de reconvenir o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber, del que el demandado goza en un pleito frente al demandante. Entender, como han hecho los órganos judiciales, que a la luz del art. 400 LEC, la reconvencciónes necesaria para evitar la preclusión de las pretensiones que el demandado pudiera tener frente al demandante, supone una interpretación contraria el tenor del art. 406 LEC y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, en la medida que restringe desproporcionadamente el derecho del demandado que optó por no reconvenir, produciendo unos efectos perjudiciales en su esfera jurídica.”

- El judici de petició de llegítima -

8.- ASPECTES ESPECÍFICS DE LA PROVA EN EL JUDICI SOBRE LLEGÍTIMA

La fase de prova presenta en els judicis de reclamació de la llegítima les seves peculiaritats, i que succintament comentarem¹⁶³.

8.1.- Inversió general de la càrrega de la prova.

La Sentència del TSJCat de 7 de gener del 2010, Id Cendoj: 08019310012010100002, (Fonament de Dret 1r.), citant també jurisprudència del Tribunal Suprem, assenyala:

*"és en tot cas l'hereu, com a continuador del causant, que està obligat a procurar la prova dels béns que han d'integrar la massa hereditària"*¹⁶⁴.

¹⁶³ Sobre la teoria general de la prova, PICÓ i JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona 1996.

¹⁶⁴ La jurisprudència de les Audiències Provincials també ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre aquesta qüestió: SAP Tarragona de 20 de maig de 2015, Id Cendoj: 43148370012015100228: *"teniendo en consideración que "es en todo caso el heredero, en tanto que continuador del causante, quien está obligado a procurar la prueba de los bienes que deben integrar la*

És una clara conseqüència de la naturalesa del procés de reclamació de llegítima, on el legitimari no té a l'abast ni la prova ni el coneixement de la composició del patrimoni del causant.

El legitimari no té coneixement de l'existència dels comptes bancaris, d'actius financers, de propietat de béns (especialment mobles i aixovar), etc.

Aquesta manca de coneixement de fets és la principal causa que deriva en un sense fi de problemes processals, sobretot en intentar conèixer els fets a través de la prova.

De manera que la fase de prova en els processos de llegítima té un doble aspecte, el normal d'acreditar els fets controvertits i al·legats en la demanda (o

masa hereditaria a efectos de fijar la legítima o la cuarta falcidia (STS 1ª 323/1997 de 21 abr -FJ5-) (STSJC 28/2/2011, recurso 151/2010)".

SAP Lleida de 8 de abril de 2015: "....2. En la STSJC 2/2010, de 7 de enero, declaramos en un supuesto análogo al de autos examinando la incorporación al activo hereditario del coste de unas obras que"..... tanto si se considera la cuestión bajo los efectos de las reglas contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 217 LEC , conforme a las cuales incumbe al actor la prueba de los hechos en que funda su pretensión, como si se enfrenta la solución del dilema al amparo de la regla 7 del mismo precepto procesal....., cuya aplicación debe tener en cuenta "lo dispuesto en los apartados anteriores" del mismo artículo, al objeto de imponer la alteración de las reglas principales de la carga de la prueba sólo cuando sea la parte contraria la que disponga en exclusiva o con mayor facilidad que el actor de los medios de prueba de los hechos en que se funda la pretensión de éste, la solución debe ser la desestimatoria, porque, por un lado, es en todo caso el heredero, en tanto que continuador del causante, quien está obligado a procurar la prueba de los bienes que deben integrar la masa hereditaria a efectos de fijar la legítima o la cuarta falcidia (S TS 1ª 323/1997 de 21 abr . -FJ5-), y, por otro lado, es absolutamente improcedente la alegación de la regla de la disponibilidad o facilidad probatoria por quien pudo haber aportado la prueba para acreditar los hechos (S TS 1ª 871/2006 de 22 sep .)...", de lo que claramente se infiere que, en el caso de autos, aplicando la precitada doctrina, no se ha vulnerado la distribución de la carga de la prueba establecida en el art. 217 apartados 2 º y 7º LEC pues, por un lado, la heredera como continuadora del causante le incumbe la prueba de determinar los bienes que integran la masa hereditaria con la finalidad de fijar la porción de legítima que correspondía a los actores, y por otro, tras la cancelación de la cuenta y por aplicación de las reglas de facilidad probatoria (SSTS S. 1ª 23 diciembre 2002 , 29 julio 2005 , 23 febrero 2006 y 17 octubre 2007 , entre otras) también era la recurrente quien debía demostrar y justificar el destino del dinero, al tener una mayor posibilidad dada su proximidad a las fuentes de prueba..."

contestació), i un segon que és el d'esbrinar l'existència de béns (és a dir, esbrinar l'existència de fets).

Per tant, en la proposició de prova, al justificar en el seu cas la utilitat i pertinença de la prova, es fa necessari precisament explicar quina és la finalitat de la prova. Perquè és habitual que es confonguin els termes i el jutge que no compregui clarament la distinció entre els fets nous d'investigació i l'objecte de la prova, és possible que la denegui. S'ha de tenir especial cura en entendre que, en els litigis sobre reclamació de llegítima, l'objecte de la prova no solament són els fets controvertits, sinó també la que tingui per objecte els fets *“que guarden relació con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”* (article 281.1 de la LEC). I per tant es pot practicar prova a fi i efecte d'esbrinar l'existència de fets que es desconeixen, és a dir, la configuració patrimonial del causant.

De vegades es necessari esbrinar on tenia els actius financers el causant, ja sigui officiant a les entitats bancàries, ja sigui en dues fases, primer officiar a l'Agència Tributària i després a les entitats bancàries corresponents.

El rigor en la preclusió de la proposició i pràctica de la prova no ha de ser del mateix nivell que la preclusió d'al·legacions, amb la pràctica de proves no s'incorporen fets nous en sentit estricte, conèixer actius puntuals de l'herència no és un fet nou que el legitimari havia de saber i esbrinar al temps de la demanda o al temps de proposar la prova en l'audiència prèvia. Pot ser que conegui l'existència de béns nous arran de la pràctica de la prova, i aquest fet nou ha de permetre practicar prova nova que de nou no esta a l'abast del legitimari.

8.2.- Interpretació de l'article 265.3 de la LEC.

La norma de l'article 265 de la LEC està portant molt conflicte. Especialment la norma de l'article 265.3 de la LEC.

L'article 265 de la LEC s'ocupa, fonamentalment, dels documents del fons de l'assumpte que s'han d'acompanyar amb els escrits d'al·legacions¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Documents, dictamens pericials i informes, mitjans o instruments de grabació, etc.

En la LEC s'ha optat, com a regla general, per l'obligació d'acompanyar tots els documents amb els escrits inicials d'al·legacions, la demanda i la contestació.

Aquesta regla general, ha tingut una resposta d'aplicació a la pràctica judicial estricta. I de fet no és cap novetat, ja que aquesta qüestió la LEC anterior tractava la qüestió de forma molt similar.

Les excepcions a la regla anterior es poden agrupar en tres grups: quan no se'n pugui disposar (art. 265.2), data posterior (art. 270 1.1º), no tenir coneixement de la seva existència (art. 270.1.2º). I respecte dels dictàmens, pel demandant justificar que no ha pogut demorar la interposició de la demanda i pel demandat que no ha tingut temps de confeccionar el dictamen amb la contestació. Les dues excepcions de l'article 286, per als fets nous y per als de nou coneixement.

Hi ha un segon grup d'excepcions, resumides en l'art. 271, per les diligències finals de l'art. 435.3, i la que permet presentar resolucions judicials o administratives.

I finalment, hi ha un tercer grup contingut de forma genèrica en l'art. 265.3, i (repetit específicament per a la prova de perits, respecte de la presentació dels dictàmens, en l'art. 338), que estableix que el demandant podrà aportar documents relatius al fons de l'assumpte sempre que el seu interès o rellevància només es posi de manifesta a conseqüència de les al·legacions del demandat en la seva contestació.

Aquest tercer grup és el més problemàtic de gestionar i, de fet, la pràctica ensenya que és una qüestió debatuda reiteradament en les audiències prèvies.

Un primer problema és interpretar el significat de la paraula "*funden*". L'article 265.1 diu:

"Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden."

No s'han de confondre els documents en que les parts fonamenten el seu dret, dels altres documents. Fins i tot els documents fonamentals no es poden incloure en els

documents en que es fonamenta la pretensió¹⁶⁶. Un document pot acreditar un fet molt decisiu que converteixi el document en fonamental, però això no vol dir que el document sigui fonament de l'acció o de l'excepció que s'exercita. La LEC 1881 distingia molt més clarament els documents en que es fonamentava el dret de la resta de documents.

De fet, el document en que es fonamenta la pretensió pot ser un fet en sí mateix sense tenir cap naturalesa probatòria. Per exemple, si volem anular un testament o una compravenda, s'ha d'acompanyar el testament i el contracte de compravenda, però aquests documents, que són fonament de la demanda, no tenen cap virtualitat probatòria més enllà d'identificar-se a sí mateixos per saber quin és el testament o la compravenda objecte del plet que s'ha d'anular i de la pretensió a la que s'ha d'aplicar i recaure l'acció d'anular. La prova, en aquests casos, va destinada a acreditar el fet base del que es parteix, l'objecte del plet. Però no va destinada a acreditar un fet controvertit.

Probablement el significat de *Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden* es refereix als documents essencials que configuren les fets constitutius bàsics, o elementals. Probablement, doncs, per poder definir exactament quins són aquests documents haurem de definir quins són els fets constitutius, i definir exactament el concepte de pretensió, de causa o fonament de demanar, *causa petendi*, i objecte del plet. Aleshores també haurem de saber també si hem d'aplicar una concepció més propera a la teoria de la substanciació (que dona preponderància als fets front a les accions o drets a l'hora

¹⁶⁶ La STS de 7 de juliol de 2011, Id Cendoj: : 28079110012011100433, sembla que confón els documents fonamentals amb "*funden su derecho*", de fet tot i que la sentència posa la paraula "*fundamentales*" entre cometes, la LEC mai fa servir aquesta paraula. De tota manera s'entén que volia dir "*funden su derecho*".

La sentència estableix que: "*Y, por último, el art. 265.1.1º LEC se refiere a los documentos "fundamentales", no a los que respondan a la finalidad de desvirtuar excepciones planteadas por el demandado en la contestación de la demanda, los cuales se pueden presentar en la audiencia previa de conformidad con el art. 265.3 LEC.*"

Citada també per la SAP Vizcaya secció 3a, de 24 d'abril de 2013. Id Cendoj: 48020370032013100173.

de configurar l'objecte del plet i per tant de la cosa jutjada) o a la de la individualització (que dona més importància a l'acció o al dret que s'exercita amb independència de la variació dels fets). És a dir, si considera que l'objecte de l'acció està fonamentalment configurada pels fets o bé pels drets que s'exerciten¹⁶⁷.

Sembla ser, segons alguns autors, que la LEC 2000 s'inclina més per la teoria de la substanciació¹⁶⁸. Nosaltres creiem que la teoria de la individualització potser és la més idònia, tot i que efectivament, com senyala Ramos Méndez, depèn molt de la configuració legal del dret que s'exercita. Hi ha drets –explica- que per la seva naturalesa s'avenen més a una teoria que a una altra, per exemple en la demanda de divorci el fet de voler separar-se és l'important, al marge de la causa legal. Però en l'exercici del desnonament la causa legal és preponderant als fets.

Nosaltres creiem que en general, la teoria de la individualització és més adient i connecta molt millor amb els principis de “*iura novit curia*”, “*da mihi factum, dabo tibi ius*” i “*pro actione*”. I si bé és cert que hi ha matèries, com l'exemple del desnonament, en que sembla que les accions són preponderants als fets, en realitat els fets sempre són elements que configuren les accions, i per tant si s'expliquen bé les circumstàncies (amb fets, amb descripció) que justifiquen el que es demana crec que mai és necessari especificar el nom de l'acció o dret que es demana. El que ha de quedar clar és el que es vol i per quins motius.

La principal problemàtica de l'article 265.3 de la LEC la presenta la interpretació de la paraula “*solo*”. L'abast d'aquesta paraula és complicat de definir. Vol dir que no es mencioni a la demanda però sí a la contestació? I si no es menciona a la demanda però clarament era previsible o és un requisit essencial del dret que s'exercita? I si es menciona a la demanda però no és encara no és un fet controvertit? I si es menciona a la demanda però clarament s'anuncia que si el demandat ho negués es proposarà prova?

¹⁶⁷ Sobre aquestes qüestions, el llibre referent sens dubte és el de BERZOSA FRANCO, *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, Barcelona, 1984.

¹⁶⁸ Un plantejament general i profund de la qüestió el trobem a RAMOS MENDEZ, *Enjuiciamiento civil*, cit., p.1189-1193.

Vegem un exemple: En un plet d'acció declarativa del domini, on com acció derivada o accessòria es demanava la nul·litat de compravenda, feta a favor d'una persona, tercera de mala fe vinculat a l'empresa venedora. En la demanda s'afirmava també de forma complementària, entre d'altres manifestacions, que el preu fixat en la compravenda era inferior al de mercat. També s'acumulava subsidiàriament l'acció de prescripció adquisitiva, perquè feia més 40 anys que el demandant ocupava la finca. Prèviament s'havia intentat contactar amb la societat venedora, però s'havia dissolt i l'administrador únic havia mort feia anys. La societat demandada no va contestar, però la persona (compradora de mala fe) va contestar, oposant-se, i concretament negar el fet del *pretium vilis*. Aleshores l'actor va aportar a l'audiència prèvia un informe pericial que afirmava que el preu era inferior al real. El Jutge va inadmetre la prova en base a la interpretació de l'article 265 de la LEC, dient que la rellevància de la qüestió no apareixia “*solo*” a causa de la contestació sinó que ja estava present a la demanda, i per tant va inadmetre l'aportació de l'informe pericial.

Sembla que la resolució del jutge, respecte de la interpretació literal de la norma, al menys *prima facie*, va ser encertada. Però si aquesta interpretació és la única possible correcte potser ens hem de plantejar modificar la norma.

És lògic obligar al demandant a confeccionar la prova pericial si ni tan sols sap encara si la demandada s'oposarà a la certesa del fet? O si ni tan sols sap si contestarà a la demanda? Ha de gastar diners el demandant en una prova pericial sense saber si es discutirà aquest fet? I si el demandat perd el plet se l'ha de condemnar a pagar les costes d'aquesta prova? També si al contestar va acceptar el fet que el preu era inferior al real? El *pretium vilis* és un fet constitutiu de la demanda? I si és un fet constituïu de la demanda, és necessari també acreditar-lo amb la prova pericial acompanyada necessàriament a la demanda? Causa indefensió al demandat (comprador) dir que el preu és inferior al real però no acreditar-ho? Causa indefensió o desequilibra la defensa aportar la prova pericial després de la contestació?

Les respostes, des del nostre punt de vista, són clares i totes són contràries a la interpretació que el jutge va haver de fer de la norma. Nosaltres creiem que si la

interpretació que va fer el jutge de la norma és correcte, aleshores la norma és contrària a la CE perquè vulnera el dret a la prova i causa indefensió.

Potser el origen de la confusió està en que no es pot confondre els principis, requisits i paràmetres de la preclusió de les alegacions amb els de la preclusió de les proves. I l'article confon alegacions amb prova. Què hi ha de dolent en saber qui dels dos no diu la veritat? Sempre que es permeti la bilateralitat probatòria, és a dir el dret a contradir, d'aportar la prova del contrari o una prova contradictòria.

Per altra banda, burlar l'aplicació literal de l'article 265.3 LEC pot ser senzill. Podem redactar la demanda de manera que literalment no es plantegi el valor de la finca, però a l'hora elaborar una redacció per provocar que el demandat digui, com excepció impeditiva a la demanda, que el preu era el de mercat. Aleshores, en aquest cas, podrem aplicar l'article 265.3 LEC, podrem afirmar que qui va treure la rellevància del tema va ser el demandat, i podrem practicar la prova.

No seria millor que la demanda pugui afirmar el fet de cara, sense prova i sense subterfugis del llenguatge, per a que el demandat l'accepti o el negui, i si cal després es practiqui la prova seguidament?

Sembla estrany que el legislador hagi introduït una norma tan sofisticada com el 265.3 de la LEC i en canvi no es distingeixi els documents relatius a fets constitutius dels que contraresten excepcions (impeditives, extintives o excloents), o fets que fonamenten l'acció, de fets fonamentals o fets accessoris, etc. Ni les proves preconstituïdes, disponibles al redactar la demanda de les proves causals que s'han de confeccionar durant o pel procés.

De fet, obligar al demandant a aportar tots els documents desequilibra en determinats casos tant la seva posició front al demandat que li fa perdre el plet. Per exemple, continuant amb l'acció declarativa del domini, si la demanda (que pretén que es declari la propietat sobre una finca) es basa, com tantes vegades, en un contracte privat, amb la interpretació del 265.3 de la LEC ja no el podrà aportar. Aleshores el demandat pot ampliar les seves excepcions, perquè ja sap que no el podrà aportar i per tant pot optar per negar la major, és a dir, excepcionar que no es va atorgar mai cap contracte privat. Si en canvi la

normativa alliberés de l'obligació d'aportar el document amb la demanda, el demandat –que sap que es va atorgar- no s'atreviria mai a excepcionar la falsedat que no es va atorgar el contracte, atès que si ho fes, el demandant podria aportar-lo i aleshores es comprovaria que el demandat no diu la veritat, que ha mentit en el fet essencial.

Atès l'anterior, si el demandant hagués extraviat el document, i posés la demanda exactament igual però se li permetés l'eventualitat d'aportar el document (que ja no te) el demandat no s'atreviria a negar l'existència del document. Sense prova, es facilita que les parts hagin de dir la veritat.

Aclarir, doncs, tots aquests aspectes, i posar-ho en relació en cada cas, en cada document, és una feina pràcticament impossible, és una matèria massa complexa per pretendre una aplicació fluida en el dia a dia dels tribunals. Hem de procurar que les normes siguin senzilles i fàcils d'aplicar. Una bona norma és la que no te conflicte d'interpretació, en canvi una norma sofisticada acostuma a ser una norma problemàtica. I l'article 265.3 (en relació al sistema d'aportació de documents de l'article 265 LEC) és una norma problemàtica. Per això nosaltres proposem treure ferro a la interpretació estricta i permetre que les proves¹⁶⁹,

¹⁶⁹ Una interpretació menys estricta i d'acord amb el que estem dient, la trobem en la SAP Barcelona, secció 16ª, 29 de gener de 2015, Id Cendoj: 08019370162015100034:

“TERCERO.- Denuncia en primer lugar J. Caballé Domènech SL la indefensión que afirma haber padecido como consecuencia de la admisión por parte del Juzgado de cierta documentación aportada por Godirect en la audiencia previa. Se trata, por una parte, de los justificantes de la prestación por cuenta de la recurrente de indiscutidos servicios previos de representación artística (folios 126 a 168) y, por otra, de un buen número de comunicaciones electrónicas en relación a aquellos que, justamente, constituyen el objeto del debate (folios 169 a 207).

Ninguna consecuencia hace derivar en realidad la demandada de la expuesta protesta de indefensión que, por lo demás, deviene ineficaz por extemporánea (v. art. 227-1 LEC).

En cualquier caso, no cabe sino concluir la ausencia de fundamento del motivo al que ahora nos referimos.

Cierto que el artículo 265 ("Documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto"), apartado 1-1º LEC, dispone que "A toda demanda o contestación habrán de acompañarse (...) Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden". Pero no lo es menos que el apartado 3 del propio precepto permite al actor "presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se

sobretot les proves causals que s'han de confeccionar durant o pel procés, front a les proves preconstituïdes.

Sostenir que s'ha de decidir en funció del que és probable o previsible que sigui controvertit és una noció massa indefinida per ser útil per evitar els problemes.

8.3.- La prova i les diligències preliminars

Es pot tenir la temptació de pensar que abans d'interposar la demanda de petició de llegítima pot ser convenient, o fins i tot exigible, la pràctica de diligències preliminars. Nosaltres creiem que no.

La regulació de les diligències preliminars és precària, poc precisa i incompleta. De fet, ni la Llei d'Enjudiciament Civil de 1881 ni en la del 2000 s'ofereix un concepte clar del que constitueixen les diligències preliminars, però podem definir-les com aquelles activitats que, prèvies al procés, com una opció voluntària sense cap caràcter preclusiu, que es sol·liciten a l'òrgan jurisdiccional amb la finalitat opcional¹⁷⁰ de preparar el mateix, existint dues classes de diligències, les objectives i les subjectives, sent les subjectives les que van encaminades a l'esbrinament de determinats dades per identificar al subjecte passiu del futur procés i les objectives les que van encaminades per a l'esbrinament de determinades dades i elements. I incompleta perquè les diligències previstes, excepte les relatives a propietat industrial, són clarament

ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda".

Es unánime la doctrina jurisprudencial conforme a la cual solo es preciso acompañar a la demanda los documentos que sean bastantes para acreditar en principio los supuestos de hecho en que se basa (entendiendo por tales los que generen la causapetendi invocada), permitiendo en cambio presentar en el periodo de prueba aquellos otros que complementen aquellos hechos o que tengan por finalidad contrarrestar las afirmaciones, alegatos o excepciones opuestas por la contraparte (SSTS de 5 de febrero de 2001, 6 de febrero y 19 de diciembre de 2003, 14 de noviembre de 2005, 17 de mayo de 2006, 27 de febrero, 14 de junio y 16 de octubre de 2007, 12 de febrero y 2 de octubre de 2009). Supuesto este último en el que tiene adecuado encaje la discutida documentación."

¹⁷⁰ "L'article 256 de la LEC comença: "Todo juicio podrá prepararse:..."

insuficients, sobretot atès l'actual limitació d'informació de la Llei de Protecció de Dades.

Per preparar la demanda de llegítima pot ser útil l'exhibició de determinats béns per conèixer el seu valor, però incomprensiblement, sembla que només és possible en béns mobles. En el número 2 del número 1 del referit article s'estableix "*que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio*" que té el seu origen en la Llei de 1881 en el supòsit establert en l'article 497.2n "*pidiendo la exhibición de la cosa mueble que, en su caso, deba ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder*". Entre la redacció dels dos preceptes el legislador ha modificat el seu criteri. Així en la LEC del 2000 s'ha suprimit la referència a l'acció real o mixta, i també la paraula "moble". Per tant, a partir de la LEC 2000 podríem entendre que es pugui demanar per a tota classe d'accions, i a tota mena d'objectes, siguin mobles o immobles. Ara bé, tenint en compte que la LEC del 2000 empra la paraula "exhibició", sembla que no permet immobles. Perquè el concepte "exhibició" es refereix tan sols als béns mobles, i no avarca la possibilitat d'acordar l'entrada en un bé immoble¹⁷¹, que per definició no es pot "exhibir". A banda que la jurisprudència, sense arguments, ha fet una interpretació restrictiva i de *numerus clausus* de les diligències preliminars¹⁷².

Per als supòsits en què l'immoble està en poder del demandat la pràctica forense i la jurisprudència, permet que la prova pericial es practiqui fixant el jutge dia i hora per al reconeixement i compel·lint al demandat a que faciliti l'accés o

¹⁷¹ Les paraules correctes són: exhibir mobles i examinar o reconèixer immobles.

¹⁷² La Interlocutòria AP Barcelona de 20 de febrer de 2004 (Secció 14a) (Ponent Sra. Maria Eugènia Alegret), Id Cendoj: 08019370142004200018, diu, en un supòsit de reclamació de llegítima, que:

"a efectos del cálculo de la legítima, teniendo en cuenta la escasa o nula colaboración de los herederos en estos casos, está claro que, para concretar la cuantía exacta de crédito hereditario en qué consiste la legítima, será necesaria la práctica de las pruebas correspondientes, el acceso a las que en muchas ocasiones no está en manos de los herederos forzosos ... Y por supuesto tampoco está claro, dado el carácter de numerus clausus de las diligencias preliminares, que los datos necesarios se puedan obtener con fiabilidad a través de estas medidas".

l'entrada no només del perit sinó també a les parts i als seus defensors (art. 345 LEC)¹⁷³.

Potser perquè les diligències preliminars no tenen naturalesa de prova en sentit estricte, ja que no hi ha pràctica de prova en sí mateixa, sinó simple exhibició. Les úniques proves que poden practicar-se abans d'hora, són expressament previstes com a tals "proves anticipades" (293 i ss.), i que com sabem, aquestes sí, tenen un restrictiu règim processal¹⁷⁴.

¹⁷³ Entre moltes altres, la SAP Barcelona de 25 de gener de 2007 (AC 2007/727) o la SAP Zamora de 29 de juliol de 2007 (JUR 2005/220341).

¹⁷⁴ I així ho diu també la jurisprudència, entre d'altres resolucions, la Interlocutòria AP Madrid de 6 de setembre de 2007, (JUR 2007/325966), que cita una sentència del TS, *“Primero.- Entrando en el motivo del recurso referido a la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a los razonamientos efectuados por el Juez "a quo" de venir referida la diligencia preliminar regulada en el artículo 256.1.2ª a la " exhibición de una cosa y no a la exhibición de un bien inmueble ...", la Sala no considera que tal razonamiento no se ajuste a derecho pues la finalidad de la diligencia es el identificar el objeto litigioso (pudiendo el solicitante interesar su depósito de acreditar la concurrencia de riesgo de ocultación o enervación fraudulenta, artículo 727.3º), es decir, el asegurarse que la cosa es la misma que está en posesión de la persona a quien se pretende demandar.*

Por eso, si bien en el artículo 256 no se hace mención a cosa mueble, atendiéndose a lo dispuesto en el artículo 261.3º-negativa a la exhibición : presentación y facultad de peticionar el depósito- cabe entender que sólo cabe referir la indicada diligencia a cosas muebles al ser las únicas que pueden exhibirse y depositarse; si bien la Sala es consciente de la diversidad de opiniones doctrinales sobre la cuestión.

Segundo.- En todo caso, aun de entenderse que la diligencia en cuestión cupiese sobre bienes inmuebles, la Sala no aprecia que el Juez "a quo" al entender justificada la oposición hubiese incurrido en error alguno pues, por una parte, como indica la sentencia de 20 de junio de 1986 del Tribunal Supremo, las diligencias preliminares son un conjunto de actuaciones judiciales dirigidas a aclarar las cuestiones que pudiesen surgir antes del nacimiento del proceso principal, lo que hace preciso tener en cuenta que las mismas se orientan al esclarecimiento de aquellos extremos seleccionados por la Ley sin cuyo conocimiento no es dable la iniciación del juicio, no cabiendo, como razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de mayo de 2002; subvertir dicha finalidad "para preconfigurar determinadas probanzas con carácter previo a la iniciación del proceso y sin las garantías que a éste le acompañan (singularmente la presencia de la parte contraria) cuando, precisamente, dichas pruebas encuentran perfecto acomodo en el procedimiento que corresponda". Y lo cierto es que la parte solicitante no pretende únicamente la fijación de la legitimación pasiva del proceso principal o determinar el objeto de éste, cuestiones propias de la " exhibición " de cosa, sino la aludida preconfiguración probatoria.”

La prova pericial s'ha de practicar amb audiència de les parts, i fins i tot l'article 345 LEC concedeix el dret a les parts i també als seus defensors de presenciar l'acte de reconeixement (que no exhibició, com es diu a les diligències preliminars). I en canvi, en les diligències preliminars no està prevista l'exhibició a tercers ni als defensors, el que vulneraria el principi de citació de part a l'hora de practicar la prova.

Si el legitimari és la part demandant, abans d'interposar la demanda, pot recopilar tota la prova que estigui al seu abast, fins al punt que d'elaborar l'informe pericial fins on pugui confeccionar-lo, és a dir, amb la informació que tenia a seu abast (Registres públics, ubicació, descripció física exterior, plànols antics, qualificació urbanística, etc ...). Però l'accés a l'interior resulta quasi sempre impossible, ja que és la part demandada qui té la possessió de la finca, i per això no és possible accedir a l'interior dels immobles.

I amb més raó en determinats casos on hi pot haver el risc latent que la demandada, davant d'un anunciat judici (com exigeix el 256.2 LEC), pogués vendre o gravar els immobles de l'herència, i per tant, impedir l'efectivitat de la sentència.

Tot i que hi ha alguna Sentència aïllada que permet la "exhibició" d'un immoble en casos molt excepcionals, la immensa majoria de la jurisprudència de les audiències provincials (com la de Barcelona, o -més contundent encara- la de Madrid), entenen que no és possible la diligència preliminar de reconeixement d'immoble per diverses raons:

La Interlocutòria de l'AP Barcelona (Secció 14a.) de 28 d'octubre de 2003 (JUR 2003/260023), Ponent Sra. Maria Eugènia Alegret: desestima la pràctica d'una diligència preliminar sobre immoble, perquè, al marge que es tracta d'exhibir un immoble i no un moble, *"el 261.3 no permet que la diligència preliminar tingui per finalitat la de mitjà anticipat de prova"*.

La Interlocutòria de l'AP Lugo de 15 de març de 2007, (JUR 2007/253558): Diu que les diligències preliminars *"no constituyen un "numerus apertus", sino que se*

trata de supuestos tasados ... La incardinación que pretende en el 256.2 no se adecua al supuesto de autos pues esta norma habla de "exhibición de la cosa que se tenga en su poder ", mientras que lo que aquí se pide es" la entrada en un domicilio".

La Interlocutòria de l'AP Cadis de 15 de març de 2007 (JUR 2007/253524) assenyala que només en casos molt excepcionals pot admetre, però no per a "exhibir" l'immoble en si -que com a tal no es pot "exhibir" (sinó només reconèixer)- sinó una part del mateix -incrustada en ell- que es pugui considerar moble.

Més contundent encara, la Interlocutòria de l'AP Madrid de 3 de novembre de 2006 (JUR 2007/53330)

8.4.- La prova de la valoració dels béns.

El mètode de valoració dels béns que conformen l'herència ha de ser el valor en venda (no el valor en renda) al temps de la mort del causant. I la forma més eficient de valoració és la d'acreditar en el dictamen les mostres comparatives de finques de mateixes característiques; no és una qüestió controvertida que mereixi comentari¹⁷⁵.

El preu fixat en una compravenda realitzada per l'hereu, serveix per acreditar que l'objecte (computable a llegítima) no pot valer menys, però no serveix per acreditar que no pot valer més.

Respecte de la valoració dels béns immobles, s'han de tenir en compte les expectatives urbanístiques, que s'han de prendre en consideració. I en les finques expropiades, la seva valoració als efectes de la llegítima té aspectes complexos; el preu just és el valor que ha de servir de base per calcular la llegítima, és el preu

¹⁷⁵ Sobre l'àmbit de la prova pericial, PICÓ i JUNOY, *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona, 2001.

d'expropiació efectivament pagat, ja que aquest té efectes *ex tunc* l'inici de l'expedient d'expropiació.

El valor de les finques, en el moment que es coneix amb certesa aquesta expropiació, és el preu que per les mateixes es vagi a pagar. Doncs el valor de la finca ja no podrà ser mai diferent al del preu que efectivament s'acabi pagant.

Si valoréssim la finca sense tenir en compte l'expropiació el valor seria superior al preu just. Però és que el valor de la finca serà, almenys, el que precisament va fixar l'organisme públic expropiant.

Perquè des del moment en què es coneix l'existència de l'expropiació el valor de la cosa passa a transformar-se en un dret de crèdit, és a dir, el preu.

En els supòsits d'expropiació, el valor de la finca a l'efecte de computar la legítima, ja no pot dependre de les particulars valoracions de cada part, sinó de l'ens públic, un tribunal públic en definitiva. Doncs seria del tot incorrecte valorar la finca per sobre del preu just (llavors estaríem regalant l'excés del preu), i valorar-la en menys (que implicaria regalar una part de la finca).

En cas d'expropiació, el legitimari ja no té el dret de *pars valoris bonorum* de la finca sinó del preu en què es valori la finca pel Tribunal Administratiu, ja que l'alienació es perfecciona amb l'inici de l'expropiació (encara que es consumi o es pagui el preu més tard). Així doncs, en cas d'expropiació, el legitimari ja no té el dret de *pars valoris bonorum* de la finca, sinó del preu que es pagarà per ella, com si s'hagués venut pel causant abans de morir i estigués pendent de rebre el preu, doncs l'alienació es perfecciona amb l'inici de l'expropiació i es consuma amb el lliurament de la finca i es completa amb el pagament del preu¹⁷⁶.

¹⁷⁶ El dret a percebre una indemnització per expropiació es transmet als hereus del titular del bé expropiat, així la STS 5 de juny de 2008 (Rec. 1369/2001): "*Por otro lado, esta Sala ha entendido que el derecho a percibir una indemnización por expropiación se transmite a los herederos del titular del bien expropiado. En este sentido merece ser destacada la reciente Sentencia de 17 de julio de 2007 [Recurso 3319/2000], que atribuye al derecho a percibir una indemnización por expropiación la naturaleza de derecho transmisible mortis causa a tenor de lo establecido en el art. 659 CC. Por tanto, no puede acogerse el planteamiento de la parte recurrente de su segundo motivo, puesto que tanto el derecho a percibir una indemnización por expropiación forzosa como la propia indemnización devengada tras el fallecimiento, sea líquida o no, es transmisible mortis causa, pues forma parte del conjunto de derechos del causante que son transmitidos a sus herederos. A mayor abundamiento, los criterios jurisprudenciales*

El preu d'una finca que serà expropiada es converteix en un expectativa de les que se solen resumir usant el brocard *Certum dies incertum quando*, és a dir, el preu es coneix i arribarà, el que està per veure és en quin moment arriba. Com diu la jurisprudència esmentada, es transmet el dret. I en els pocs i afortunats casos en

alegados por la parte recurrente en el segundo motivo que, a su entender, son vulnerados por la sentencia impugnada, amén de no contener una doctrina jurídica en el sentido enunciado en el motivo, tampoco podrían ser considerados "jurisprudencia" a los efectos del art. 1.6 CC, puesto que la STS 21 feb 1992, fue dictada por la Sala Tercera en el Rec. 2012/1989, y respecto a la STC 19 dic 1986, no habiéndose denunciado infracción de derecho constitucional y no teniendo relación la doctrina que establece con lo debatido en el supuesto de autos, no puede ser considerada a los efectos de constituir doctrina constitucional aplicable al caso. El motivo casacional por oposición a doctrina jurisprudencial debe descansar en la alegación de, al menos, dos sentencias de esta Sala, dictadas en supuestos de hecho semejantes y a los que se les hubiera dado una solución similar (SSTS 17 jul 2007 [Rec. 2411/1999 y 5297/2000], entre las más recientes, y 9 mar 2001 [Recurso 400/1996], con cita de otras). Finalmente, en cuanto a la manifestación de que el derecho de indemnización no tiene carácter de fruto o renta ex arts. 354 y 355 CC y, por tanto, no transmisible por vía de legado por aplicación del art. 882 CC, la STS 13 june 1994 (Rec. 1514/1991), en un supuesto de hecho parecido aunque no idéntico, para desestimar la tesis de la transformación de un legado de cosa específica con ocasión de una expropiación y, consecuentemente, la ineficaz disposición testamentaria referente a ese legado, argumentó que 'debe añadirse que la enajenación por expropiación forzosa, hecho que se produce sin la voluntad del expropiado, convierte la cosa en una suma de dinero que no permite incluirla en el apartado tercero puesto que la cosa no ha perecido aunque el derecho real sobre ella se ha transformado, como sucede con otras transformaciones de cosas sujetas a otros derechos reales (vid. artículo 519 sobre expropiación de cosa dada en usufructo). Aplicando la anterior doctrina (...) no puede prosperar el motivo cuarto del recurso en el que, por el cauce del nº 5º del artículo 1.692, se sostiene la extinción del legado y la infracción por la sentencia recurrida del artículo 869 CC'. En este sentido ha de afirmarse, con la sentencia impugnada, que el justiprecio percibido por la expropiación parcial de la finca legada comparte la misma titularidad dominical que la finca de la que procede, pues ha de estarse, sobre todas las demás consideraciones, en primer lugar, a la voluntad del testador, cuya intención era legar la finca completa a su hija Marina y sin que estuviese en su intención transformar el legado testamentario, dada la modificación forzosa del mismo por causa de la expropiación. En segundo lugar, por la propia naturaleza del justiprecio que, como apunta el propio recurrente, tiene naturaleza indemnizatoria, cuya finalidad es reparar el daño producido por la privación total o parcial del dominio, unido directamente a la cosa expropiada y, por tanto, dotado de una naturaleza próxima al fruto civil, por cuanto no se hace depender de la persona que en el de iniciar el expediente de expropiación forzosa fuese su titular sino que en todo caso hace surgir un derecho de crédito frente a la administración expropiante."

què l'expropiat té alguna cosa a dir i el preu és negociat amb l'Administració i no fixat per ella unilateralment, amb més motiu el preu a valorar la finca a l'efecte de llegítima serà el pagat per l'Administració: perquè si en el plet de llegítima l'hereu no estigués d'acord per ser el preu cobrat massa alt, aniria contra els seus propis actes, i si no estigués d'acord per ser massa baix, voldria dir que com a mínim el valor computable per calcular la llegítima seria el pagat per l'Administració.

A més, quan el preu es fixa per l'hereu de mutu acord, per conveni, és a dir per acord de transacció (per evitar un plet o acabar començat), aquest acord té efectes de cosa jutjada -1809 CC-, o almenys té valor d'acte propi, i no pot valer menys la finca que el mateix hereu ha fixat per Conveni de l'Administració.

8.6 Sobre la prova d'informe jurídic, elaborat, per exemple, per professors d'universitat.

La Sentència AP Barcelona (Secció 19) 20 d'abril de 2010, després de referir-se a l'informe jurídic elaborat a instància dels demandants pels professors Joan Manel Abril Campoy i Eulàlia Amat Llari, afirma:

“Lo cierto y verdad es que conforme a lo prevenido por los arts. 281 y 335 de la LEC el dictamen pericial jurídico no debió ser admitido ya que el derecho no puede ser objeto de prueba y la prueba pericial se hace únicamente para suplir la falta de conocimientos científicos, artísticos, técnicos etc. del Juez, cosa que obviamente no puede suceder sobre el Derecho”.

Un informe jurídic en el qual s'exposa, amb extensa i completa argumentació jurídica, una opinió sobre la qüestió suscitada, s'ha de poder acompanyar a les alegacions, no es pot pretendre, al nostre entendre acompanyar-lo com a prova pericial, ni com a prova de cap classe.

L'informe jurídic és una exposició de fets i fonaments de dret, que la part pot fer seus. De la mateixa manera que pot citar la doctrina científica ja publicada en general, també pot citar i aportar la doctrina científica confeccionada *ad expreso* pel cas concret. I no hauria de ser cap inconvenient ni per la LEC, ni pel Tribunal

que estrà més il·lustrat. Només el jutge pretensions o insegur de si mateix no ha de voler conèixer la opinió científica d'un expert en la matèria¹⁷⁷.

Donada la nostra tendència, penso que l'informe també hauria de poder-se acompanyar en qualsevol moment del procés, fins i tot per recolzar el recurs d'apel·lació o el de cassació.

Per evitar problemes o crear discussió en aquesta matèria, l'advocat director podria optar per simplement manifestar expressament que els arguments del dictamen es donem per reproduïts, i per tant es remet a ell, considerant que es suficientment eloquent en arguments de doctrina científica dels professors que com especialistes en dret de successions han explicat en el dictamen.

8.7.- La prova d'interrogatori de parts.

En matèria de llegítima, hi ha molta diversitat de criteris en els jutjats de primera instància, de manera que, alguns ni tan sols es plantegen no admetre la prova d'interrogatori de parts, en canvi, en molts altres jutjats el criteri és que cal justificar molt la utilitat i pertinença de la prova per a que sigui admesa.

Considerem que l'interrogatori de les parts, en pràcticament tots els casos, s'hauria d'admetre, només en casos molt excepcionals el jutjat ha de plantejar la necessitat de la justificació de la seva utilitat i pertinença. Casos en que per exemple la única qüestió objecte del plet és la discrepància entre dos perits de la valoració d'un immoble, o bé el que es discuteix és una *questio iuris* (de dret aplicable, o d'interpretació d'una institució).

Penso també que la utilitat i pertinença de la prova haurà de ser estudiada pel jutge sobretot en aquells casos en que una de les parts expliqui –raonadament– que la prova és innecessària o molt poc útil. Sobretot en supòsits en una de les parts resideix molt lluny del jutjat¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Com afirmava Galileo, "no desprecis a ningú, un àtom fa hombra". Clar que si hem de despertar algun tipus d'aversion del jutge potser millor no aportar la prova, perquè del que es tracta és de convèncer-lo, no de posar-lo en contra.

¹⁷⁸ Cada vegada més però és difícil justificar la inassistència a causa de la distància. En primer lloc perquè el número de vols en avió s'ha incrementat espectacularment els

El motiu és que la naturalesa de la prova de l'interrogatori de parts és especial, diferent a la resta de proves. De fet, penso que l'interrogatori de parts, en sentit estricte, no és pròpiament una prova. Les proves serveixen per comprovar fets, els fets que s'han al·legat en els escrits d'al·legacions de la demanda i la contestació. Al mateix temps, la demanda i la contestació tot i ser redactades pels advocats són de les parts, són la versió de las parts. Per tant, tot el que digui la part en el seu interrogatori que ja estigui dit en la seva demanda o contestació és inútil. I tot el que no hagi ja explicat seria un fet nou extemporani.

Per tant, la “prova” de l'interrogatori només pot servir per reconèixer fets, i només seran prova els fets que reconeixent-los perjudiquin a la part, com estableix contundentment l'article 316.1 de la LEC. Des del nostre punt de vista, reconèixer un fet no és com dèiem –en sentit estricte- cap prova. De l'interrogatori només pot sorgir un reconeixement, una acceptació d'un fet perjudicial, res més.

Per aquest motiu em semblava molt millor el llenguatge anterior de la LEC 1881, la confessió era un terme molt més encertat i proper al reconeixement, i el significat de les posicions molt més proper als fets referits de les al·legacions.

Actualment –i en general en totes les ocasions que he tingut ocasió d'estudiar directament l'interrogatori de parts- els tribunals no valoren adequadament l'interrogatori. En comptes d'aplicar el criteri de valoració de l'article 316.1 de la LEC, apliquen el criteri general de lliure valoració, de manera que, com si fos una prova de testimonis, es detenen a valorar la “credibilitat” de la declaració. Així, les persones que tenen facilitat de paraula, eloqüència, oratòria, erística, o seducció retòrica. Resumint: Un actor de teatre és molt més creïble. Es pot afirmar que les persones que tenen més habilitats intel·lectuals escèniques i d'oratòria acostumen a ser més creïbles pels tribunals. S'ha d'anar molt en compte amb aplicar aquest criteri de valoració.

darrers anys, i a més ho ha fet a uns preus realment baixos. De fet, si una de les parts preveu que l'altra part al·legui la dificultat d'assistir, pot ser convenient, acreditar al jutjat l'existència de vols i dels seu cost, baix, per posar en evidència la realitat que avui per avui, el desplaçament en avió és accessible a tothom pràcticament arreu del món i a un baix cost. Per descomptat, sempre que la persona objecte de d'interrogatori no justifiqui que pateix aerofòbia.

De fet, la proliferació d'aquest criteri és el que ha provocat que la prova d'interrogatori sigui poc proposada, per la por a que el Jutge es cregui la versió d'una de les parts a causa de les seves habilitats d'oratòria.

Un altre motiu lligat a l'anterior és la permissió de l'ampli abast de les repreguntes que es poden fer a la pròpia part. De manera que es converteix, moltes vegades, en un altre interrogatori, on tot el que es diu no deixa de ser una ratificació de la versió escrita en la demanda o contestació destinada al convenciment subjectiu del jutge al marge del criteri de valoració taxat de l'article 316.1 de la LEC. I quan no coincideix amb la versió escrita o bé no té utilitat o bé –encara pitjor– és un fet nou extemporani que no es pot tenir en compte.

Certament, la “prova” pot tenir la funcionalitat de trobar contradiccions en el declarant, o a comprovar si l'advocat ha inventat fets en els escrits d'al·legacions al marge de la versió de la pròpia part.

Tal vegada l'amplitud de redacció de l'article 306.1 de la LEC no ha estat afortunada i hagués estat més eficient limitar les repreguntes a matissar les preguntes fetes per la part contrària. En tot cas, la regulació de l'interrogatori de parts pel que fa a l'àmbit de les preguntes i repreguntes i la valoració de la prova s'hauria de millorar perquè la diversitat de criteris dels jutjats és massa àmplia.

Potser per tots aquests despropòsits algun sector de la doctrina, s'ha preguntat fins i tot la possibilitat de interrogar a la pròpia part, qüestió que, atesa l'actual forma de valoració de la prova, compartim plenament¹⁷⁹.

Mala fe en la renúncia, costes però no multa.

Des d'un altre punt de vista, i quan la prova va dirigida a ascendents d'edat avançada, pot ser que tinguin una salut fràgil, i per tant, es sol donar la conveniència de practicar la prova anticipadament (per perill de mort o d'incapacitació o del seu agreujament) o al menys practicar la prova en el domicili o en la residència geriàtrica. En aquests casos, és convenient que el jutge

¹⁷⁹ FRANCO ARIAS. “¿Es posible el interrogatorio de la propia parte?” *Justicia*, Barcelona, 2011, núms. 1-2, pp 59-66.

s'asseguri de la capacitat de la persona interrogada, i si te dubtes, estudiar la conveniència d'assistir-se d'un facultatiu o del metge forense adscrit al jutjat. Fent constar en l'acta totes les circumstàncies que puguin tenir algun tipus de rellevància. En aquests casos, atès que moltes vegades la prova es practica en el domicili o residència, pot ser convenient que la gravació audiovisual, encara que sigui practicada per una de les parts i després unir-la a les actuacions donant el Secretari fe que la gravació és la realment practicada, d'altra manera, si no es fa gravació, l'audiència podrà tenir un coneixement més directe per valorar la prova si és objecte de l'eventual recurs d'apel·lació.

Darrerament és pràctica habitual proposar l'interrogatori de parts i després renunciar-la. Si la renúncia es fa en l'acte del judici alguns tribunals ho qualifiquen de mala fe processal i imposen multes. És convenient per tant fer la renúncia anticipadament, amb un mínim de tres o quatre dies, per evitar que el tribunal pugui aplicar l'article 247 de la LEC i qualificar la renúncia de mala fe processal. El nostre criteri és que seria suficient amb imposar les costes i obrir la porta a una eventual indemnització de danys i perjudicis (temps, cost del viatge, dietes, etc.) però no una sanció. Perquè la LEC preveu la renúncia i permet que es faci quan l'advocat ho cregui convenient, perquè potser el motiu de no practicar l'interrogatori obeeix a una raó que s'ha descobert abans del judici.

- El judici de petició de llegítima -

9.- LA SENTÈNCIA.

La sentència no planteja problemes que mereixin un comentari especial, excepte la cosa jutjada virtual en relació al suplement de llegítima i la qüestió dels interessos

9.1.- Interessos

La llegítima merita l'interès legal des de la delació.

És un deute de valor, com la llegítima, y com hem dit abans, es poden pagar també en béns.

D'acord amb l'article 451-14 CCC, que s'ocupa dels interessos, el "*causant pot disposar que la llegítima no meriti interès o en pot establir l'import.*"

De tota manera, es refereix als interessos legals fins que es reclama el pagament de la llegítima, perquè la prohibició només es limita als interessos legals però no als moratoris des de que el legitimari requereix formalment a l'hereu reclamant el pagament de la llegítima, o bé des de la interpel·lació judicial de la demanda.

Per contra, l'ofertament de pagament de l'hereu al legitimari implica que a partir de la data de l'ofertament ja no es meriten els interessos legals, ara bé, és necessari que l'ofertament sigui real i efectiu i no simple formalisme.

Si el causant no ha deixat res dit, *“la llegítima merita l'interès legal des de la mort del causant, encara que es pagui en béns de l'herència, llevat que el legitimari convisqui amb l'hereu o l'usufructuari universal de l'herència i a càrrec d'aquest.”*

L'ofertament de pagar la llegítima en béns inidonis sense els requisits establerts en l'article 451-7 del CCC tampoc alliberen a l'hereu del pagament dels interessos, atès que l'ofertament de pagament no és efectiu.

I per a que el pagament en béns rellevi de l'obligació de pagar els interessos, no és suficient un simple ofertament, sino també l'efectiva posada a disposició dels béns en mans del legitimari.

“El suplement de llegítima merita interès només des que és reclamat judicialment.” Aquí adquireix importància aquella distinció que hem fet abans entre suplement i simple complement o pagament parcial a compte de llegítima.

És a dir, una cosa és el que falta per pagar de llegítima quan l'hereu només ha pagat una part de la llegítima, el que falta, si bé se li pot dir suplement no ho és en sentit estricte, sino que és el que falta per pagar, el complement. En aquest cas merita interès igual que la llegítima, doncs és un capital que està en mans de l'hereu que ha de lliurar al legitimari. Si no, en cas contrari estaríem davant un supòsit clar d'enriquiment injust, l'hereu estaria fent seus uns interessos o fruits que pertanyen al legitimari.

El que, en general, no merita interès és el suplement de la llegítima en sentit estricte, és a dir, la quarta part dels béns dels que ningú sabia de la seva existència. I també amb excepcions, és evident que si l'hereu coneixia l'existència dels béns des de la delació i va amagar amb dol o sense al legitimari la seva existència, aleshores l'interès s'ha de meritar des de la delació juntament amb l'eventual acció de reclamació de danys i perjudicis en el seu cas. Del supòsit en

que tampoc l'hereu podia conèixer l'existència dels béns, com hem dit al tractar aquesta qüestió abans, sembla lògic que els interessos comencin des de que en tinguin coneixement, ara bé, també haurà l'hereu de pagar la part proporcional d'interessos o fruits si els béns els han generat o poden generar-se, o no s'han generat per decisió de l'hereu.

Finalment, l'apartat 4. De l'article 451-14 CCC, estableix que *“Si la llegítima es fa efectiva per mitjà d'un llegat de bé específic o una donació per causa de mort, el legitimari afavorit fa seus, en lloc d'interessos, els fruits que el bé produeix a partir de la mort del causant. La mateixa regla s'aplica a l'assignació de béns específics feta en pacte successori si els béns no han estat lliurats als legitimaris abans de la mort del causant.”*

9.2.- Algunes consideracions més pel que fa a la condemna a les costes.

Com sabem perfectament la LEC dispensa la condemna en costes quan el cas presenta dubtes de fet o de dret (article 394.1 LEC). El que no sembla que la jurisprudència tingui prou clar és que els dubtes els ha de presentar el cas, no tenir-los el tribunal. De manera que el Tribunal pot tenir molt clara la decisió, però tot i així, apreciar que el cas, presenta dubtes raonables. I encara que més difícil, també a l'inrevés, un cas molt complex de resoldre pel tribunal pot no presentar dubtes de fet entre les parts.

El que s'ha de tenir clar és que el que ha de presentar dubtes és el cas. I concretament el cas en relació a les parts, i no pas en relació al tribunal. És a dir, han de ser dubtes objectius, perquè la LEC no ha volgut tenir en compte els dubtes subjectius del cas.

El fonament de la norma radica en que és eventualment comprensible, discutible, defensable, opinable, etc..., que s'interposessin accions judicials, perquè el cas o controvèrsia jurídica era o és dubtosa, i només amb la tramitació processal en la jurisdicció es pot resoldre la discussió i conèixer el resultat.

La Sentència citada abans del TSJCat de 10 de Febrer de 2011 va estimar que *“tenint en compte els dubtes que podia plantejar la controvèrsia jurídica suscitada”* no va imposar les costes del recurs. Curiosament però, només va lliurar

d'aquesta condemna en la fase de recurs de cassació, i va mantenir la condemna en costes de la primera i la segona instància.

I no es refereix l'art. 394 LEC a que sigui la Sentència objecte de recurs la que presenti dubtes, ni els escrits d'al·legacions, o els motius dels diferents recursos, sinó que ben clarament es refereix al cas, a la "controvèrsia jurídica suscitada". Si el cas presenta dubtes en el Tribunal superior, també els presenta en els Tribunals inferiors (amb més motiu si se'ns permet). Perquè em de convenir que un cas pot "ser", o pot "no ser", però no pot "ser" i "no ser" a la vegada.

La condemna a les costes judicials són apreciables d'ofici i és una facultat exclusiva del Tribunal (STS núm. 4/2010, de 10 de febrer de 2010. RJ 2010/528 i STS núm. 512/2009, de 30 de juny de 2009. RJ 2009/5490), que no requereix la interposició de recurs extraordinari per infracció processal per demanar-la (STS núm. 859/2010 de 31 de desembre de 2010, JUR 2011/38862). I si el Tribunal superior aprecia que el cas presenta dubtes, i per aquest motiu no condemna en costes, aleshores tant el fet com la conseqüència *ex lege* s'ha de fer extensiva a les instàncies inferiors necessàriament, si no es vol incórrer en una incoherència que implicaria arbitrietat, pel que hem dit abans que és impossible que una cosa pugui ser i no ser a la vegada. Així ho estableix expressament, entre d'altres, la citada Sentència del TS núm. 512/2009, de 30 de juny de 2009. RJ 2009/5490,

"OCTAVO El artículo 394 LECiv permite al juez no aplicar el principio de vencimiento para imponer las costas cuando el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho..., lo que obliga a entender que el presente caso queda incluido en la excepción que prevé el mencionado artículo 394 LECiv y por ello no procede la imposición de las costas a ninguna de las partes ni en la 1ª Instancia ni en la apelación."

"...5º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes."

6º No se imponen a ninguna de las partes las costas de la 1ª Instancia ni las de la apelación..."

L'anterior Sentència és referendada y citada també per la STS núm. 859/2010 de 31 de desembre de 2010, (JUR 2011/38862).

"Las cuestiones relativas a la imposición de costas no pueden ser planteadas en el recurso extraordinario por infracción procesal, según tiene reiterado esta Sala. A este respecto se ha declarado que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario, ni en el régimen provisional regulado en la Disposición final 16ª de la LEC, ni siquiera en el más amplio del articulado(artículos 468 y ss.), que tiene todavía pospuesta en parte su vigencia (vid. Disposición final 16ª, apartado 2); además es imprescindible, aparte el carácter recurrible de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal pueda subsumirse en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1 LEC , en ninguno de los cuales tiene encaje adecuado la infracción de los artículos sobre costas, dado que el pronunciamiento relativo a éstas no se regula en la ley de enjuiciamiento dentro de las normas sobre las resoluciones judiciales, en los artículos 206 a 215 LEC, sino que es tratado en diferente Libro II, Título I, Capítulo VIII, artículos 394 a 398 LEC donde se establecen las disposiciones relativas a "la condena en costas", que, evidentemente, no tienen cabida en el motivo segundo, del artículo 469.1 LEC 2000, referido únicamente a normas reguladoras de la sentencia, ni tampoco en el motivo tercero del mismo precepto, atinente a normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiere podido producir indefensión. La falta de un motivo en que tenga encaje la vulneración de las normas sobre costas es razón suficiente para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario por infracción procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes, ni siquiera para el control del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el

régimen de la LEC 1881, pues ya era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, en orden a la concurrencia o no de circunstancias relativas a temeridad o buena fe, para atemperar el criterio objetivo, sustentar la condena o relevar de la misma en los casos regidos por el criterio subjetivo. La exclusión del recurso extraordinario por infracción procesal es, por otra parte, acorde con el reforzamiento de la naturaleza instrumental del proceso; por ello no es de extrañar que cuestiones adjetivas de tanta amplitud como las correspondientes a la ejecución, no puedan acceder a este medio de impugnación; es más, incluso están excluidas como regla general del recurso de apelación artículo 562.2 LEC; de ahí que sea coherente con este sistema de recursos el que se exceptúe del extraordinario procesal la denuncia de vulneraciones de las normas reguladoras de las costas. Corroboración esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación sobre las costas, en el artículo 397 LEC de modo que la LEC ha optado porque la función de unificación que corresponde a los órganos jurisdiccionales no vaya más allá del ámbito de cada Audiencia Provincial, a través de las resoluciones que dicten en grado de apelación; asimismo esa expresa referencia al recurso de apelación en materia de costas, sin mención del recurso extraordinario patentiza que sólo se contempla el devolutivo ordinario. Tales criterios han sido recogidos en los autos de esta Sala, entre otros, de fechas 26 de junio, 18 de septiembre y 6 de noviembre de 2007, en recursos 645/2004, 58/2004 y 415/2003."

Pensem, doncs, que resultarà il·lògic i absurd, i per tant contrari al dret a la tutela judicial proclamada en l'art. 24 de la Constitució Espanyola, que un cas presenti dubtes en el Tribunal Superior no declari que també els presenti en les dues instàncies inferiors, a no ser que els dubtes els presenti únicament el mateix recurs de cassació, cosa que també seria possible.

9.3.- Costes i justícia gratuïta.

Val la pena ressaltar que es confon la condemna en costes amb la justícia gratuïta. De manera que el dret a la justícia gratuïta està sent usat per alguns ciutadans de

forma clarament abusiva. Qui té dret a la justícia gratuïta està en clara avantatge front al contrari que no gaudeix d'aquest dret, senzillament perquè el que gaudeix del dret pot arriscar molt més, atès que no ha de suportar el risc de ser condemnat en costes. La LEC ha confós el dret a l'assistència jurídica gratuïta amb la condemna en costes, i hem de convenir que no és el mateix.

Actualment, generalitzant, es pot dir que, en condicions normals, les costes representen entre el 10 i el 20% de la quantia del plet. Doncs bé, les costes, en el procés civil, és una condemna que s'ha de tenir especialment en compte, atès que si es perd en costes, el client ha de pagar al voltant del 30% de la quantia del plet, el que representa un import important. Així les coses, el que gaudeix del dret de justícia gratuïta aquest risc es minora enormement. I això fa que es tendeixi, en alguns casos, a interposar demandes temeràries, o amb molt risc, i que si els demandants o demandats haguessin de suportar-lo no s'interposarien o no es contestarien respectivament.

La CE estableix el dret a que tothom té dret a un advocat gratuït si no el pot pagar, però no diu que si perd el plet no se l'hagi de condemnar en costes per tal que el contrari pugui rescabalar-se de les despeses que li ha ocasionat.

Per gaudir del dret de justícia gratuïta es necessita, en termes generals, tenir uns ingressos inferiors al doble de l'IPREM. Imaginem que dues persones amb una situació econòmica similar litiguen entre elles per un deute derivat d'una reclamació de danys, si el litigant A gaudeix per poc del dret de justícia gratuïta però el litigant B no gaudeix també per poc, l'equilibri d'igualtat que ha de presidir un plet desapareix completament, perquè si el deute i la quantia del plet és alt, les diferències entre el patrimoni d'un i altre són molt inferiors al cost de les eventuais costes judicials. Fins el punt que si es puja la quantia el suficient, el cost del risc de perdre és superior a la petició de la demanda, i provocaria que el l'opció més vàlida seria el desistiment o l'aplanament segons el que litiga sense dret de justícia gratuïta fos el demandant o demandat respectivament.

Si al menys l'Advocat de A sempre el pagués l'Estat es podria parlar d'equilibri, però no és així, perquè A que gaudeix del benefici de justícia gratuïta pot repercutir a B les costes que ell no ha de pagar.

Tot i que la LEC estableix que “*La parte que pida la tasación de costas presentará con la solicitud los justificantes de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclame*” (art. 242.2 LEC), el cert es que a la pràctica mai s’aplica i menys en casos de justícia gratuïta, tot i que podria ser la via per interpretar que, ningú es pot rescabalar d’un deute que no havia de pagar, si no fos perquè la Llei de Justícia gratuïta preveu en l’article 36.1 i 36.5, 2n. paràgraf que s’ha de pagar les costes als professionals de la part que ha litigat amb el benefici de justícia gratuïta i que l’import ha de ser el que marquin els seus Col·legis en condicions normals, i no el que els pagaria l’Estat, que és una quantia sensiblement inferior. Amb el que s’incrementa encara més el desequilibri, atès que S’ha dit que qui controla la insostenibilitat de les pretensions és el propi advocat de la part que gaudeix del benefici de justícia gratuïta, però a banda que l’informe d’insostenibilitat de pretensió quasi mai prospera, no sembla lògic encarregar aquest judici de sostenibilitat a l’advocat que és directament beneficiari de l’eventual condemna en costes i a qui l’Estat pagarà sigui com sigui i vagi com vagi la feina.

La situació, des del punt de vista d’equilibri entre les parts, només és sostenible si ambdues parts tenen el benefici de justícia gratuïta, perquè si només una té el dret de justícia gratuïta la situació és eminentment injusta¹⁸⁰.

Fins i tot per part dels Col·legis professionals ni tan sols es permet la intervenció en el procediment de concessió de justícia gratuïta, de qui no gaudeix d’aquest dret. Els Col·legis al·leguen per impedir-ho precisament i paradògica, la necessitat de protegir les dades econòmiques. Com si el contrari que no gaudeix del benefici no tingués interès directe en el procediment per determinar si es concedeix el benefici, precisament perquè s’cometi la injustícia amb la seva economia, que és qui potser, eventualment, acabarà pagant la factura de l’advocat. En aquest se li diu que no té interès. És desolador.

¹⁸⁰ Aquesta matèria mereix un comentari a part al que ens emplacem.

10.- MESURES CAUTELARS

10.1.- Les mesures cautelars.

Darrerament les mesures cautelars s'han plantejat des de la perspectiva de la combinació de la incertesa.¹⁸¹ S'ha de córrer el risc: acordar la mesura i perjudicar a l'hereu, o bé denegar la mesura i perjudicar al legitimari.

La mesura cautelar més usada en els processos de llegítima és, majoritàriament, l' anotació preventiva de demanda. L' anotació preventiva de llegat és també una mesura idònia en casos determinats, però poc usada perquè no és gens habitual pagar la llegítima amb un llegat de cosa determinat. L' embargament preventiu no és gens usual, ni expressament previst al Codi civil de Catalunya, tot i que probablement és la mesura cautelar més idònia per la reclamació de llegítima.

10.2.- Mesures cautelars previstes i no previstes en el Codi de Successions.

L' anotació preventiva de llegítima i l' anotació preventiva de llegat estan expressament previstes en el CCC a causa dels antecedents legislatius en que la

¹⁸¹ RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, Barcelona, 2006, pp. 35 i ss.

llegítima tenia naturalesa real. Actualment, al ser un crèdit sense naturalesa real, la mesura més idònia hauria de ser l'embargament preventiu.

10.3.- L' anotació preventiva de llegítima.

Si del que es tracte és de reclamar la llegítima, sembla que la mesura cautelar legalment prevista i idònia serà la que porta el seu nom: anotació preventiva de llegítima.

Com sabem, l' apartat segon de l' article 451-15 del CCC la preveu expressament com la mesura cautelar concreta, l' anotació *preventiva de la demanda de reclamació de llegítima*, i també –*si s' escau*- del seu suplement, en el Registre de la Propietat.

I l' apartat tercer del mateix article 451-15 estableix la possibilitat de l' anotació preventiva de llegat, quan el pagament de la llegítima s' atribueix per mitjà d' un llegat de béns o d' una quantitat determinada de diners.

La llegítima catalana va deixar de ser un dret real, per convertir-se en dret de crèdit, en una acció personal, simple, de reclamació de quantitat, i per tant no l' és d' aplicació l' art. 15 de la Llei Hipotecària, per això dèiem que la mesura cautelar idònia, a falta de regulació específica, seria, hauria de ser en principi, l' embargament preventiu. Però la norma citada (art. 415-51 del CCC) preveu l' anotació de la demanda de reclamació de la llegítima, probablement només per la inèrcia que fa anys la llegítima era configurada com un dret real.

Certament, la norma de l' article 451-15 CCC és supèrflua, perquè la LEC ja preveu regulació suficient per acordar mesures cautelars per assegurar el pagament de la llegítima (concretament l' article 727.6^a LEC). I de fet, l' embargament preventiu, és millor mesura cautelar que no pas l' anotació preventiva de la demanda de reclamació de la llegítima prevista pel CCC. Millor perquè ja hem dit que la reclamació de llegítima és una reclamació de quantitat, i per tant la mesura cautelar més adient és l' embargament preventiu perquè precisa la quantitat objecte de reclamació (llegítima més interessos) i és aquesta la garantida amb la mesura amb independència del valor de la finca que “pateix”

l' anotació de la mesura, i aleshores no caldria anotar preventivament la demanda, amb l' embargament preventiu n' hi hauria d' haver ben bé prou, excepte situacions especials que requereixin necessitat d' assegurar millor o més àmpliament mitjançant mesures cautelars més àmplies i genèriques, com l' anotació preventiva de demanda.

L' article 451-15 CCC diu:

“... l' anotació preventiva de la demanda de reclamació de la llegítima”

En realitat la mesura cautelar prevista no té cap diferència amb la prevista a la legislació processal d' anotació preventiva de demanda (727.5^a), ja que sempre que s' anota la demanda es transcriu la seva petició o al menys el seu objecte. Y encara que l' art. 727.5^a preveu que aquesta mesura és pels supòsits referits a béns o drets susceptibles d' inscripció en el Registre y en principi el dret de crèdit de la llegítima no reuneix aquest requisit, tan la redacció de l' article 15 de la Llei Hipotecària¹⁸² com la jurisprudència més moderna, permeten l' anotació en el Registre de la demanda tot hi que l' acció exercitada no tingui naturalesa real¹⁸³. Però en el cas de la reclamació legitimària hi ha dos motius que poden justificar l' anotació preventiva de la demanda. Un és que moltes vegades el legitimari no està en condicions de quantificar exactament l' import de la llegítima per raó de que no coneix exactament el valor del cabal relict net (atès que no té l' administració directa dels béns, que lògicament ha d' estar en mans de l' hereu) i per tant, l' eventual indeterminació del *quantum* de la llegítima (i del seu interès) pot impedir fixar la quantia de l' embargament preventiu, i un altre motiu, menys rellevant, és que l' hereu pot optar pel pagament de la llegítima en béns de l' herència, i per tant, sembla lògic que si existeix un bé immoble en l' herència del causant adient pel pagament de la llegítima, es pugui anotar la demanda, com a

¹⁸² La llegítima ha deixat de tenir naturalesa real entre hereu i legitimari, però no ha perdut, al menys totalment, la seva naturalesa de dret real. I de fet, l' art. 15 LH així ho preveu expressament, *“Las disposiciones de este artículo producirán efecto solamente respecto de los terceros protegidos por el artículo 34, no entre herederos y legitimarios, cuyas relaciones se regirán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante.”*

¹⁸³ Per exemple, l' anotació preventiva de demanda de l' acció personal de declaració de validesa del contracte de compravenda.

mesura cautelar. Fins hi tot, l'hereu demandat podria aplanar-se a la petició de la mesura cautelar, però demanar com a mesura més idònia i menys perjudicial, la substitució de l'embargament preventiu per l'anotació de la demanda sobre el bé immoble que, tal vegada, servirà pel pagament de la llegítima.

10.4.- L'anotació preventiva de llegat.

10.4.1.- Introducció.

L'anotació preventiva de llegat està sobre regulat i de forma molt complexa, el que a la pràctica està portant força conflictes.

L'anotació preventiva de llegat està també prevista de forma genèrica a la LEC en el citat art. 727.6^a, però també de forma específica en la Llei i Reglaments Hipotecaris. (art 42.7, 47 a 58 i 87 a 91 de la Llei Hipotecaria, arts. 147 a 154, 166.6è, 197, 199 a 209 del Reglament Hipotecari) de manera que, la regulació prevista en l'apartat 3 de l'article 451-15 seria una tercera i per tant ens sembla també innecessària.

Aquesta mesura cautelar però, és molt diferent de la prevista en el supòsit de l'apartat anterior. En aquest cas, el pagament de la llegítima es fa mitjançant un llegat, que pot superar o no l'import de la llegítima, però el testador vol que el bé llegat passi a l'hereu legitimari. En aquest cas, doncs, si el llegat és de cosa determinada i específica, és lògic que la mesura cautelar ja no sigui la pròpia d'una reclamació de quantitat, d'un dret de crèdit basat en una acció personal, si no d'un dret real, atès que el llegat de cosa determinada i específica passa a ser propietat del legatari des de la mort del causant¹⁸⁴.

¹⁸⁴ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T.III. Bosch, Barcelona, 1954, p. 523, diu: "ya la ley de 1861 (ley hipotecaria) ya justificaba la anotación preventiva de legado, y que si bien los legados de cosa específica y determinada, los legados pasan a ser propiedad del legatario desde que expira el testador, de modo que no puede decirse que la cosa legada haya estado ni un sólo momento en el dominio del heredero, no obstante éste debe hacer la escritura pública, por ello, mientras llegue el caso de que se otorgue la escritura, justo es que tenga derecho el dueño (legatario) a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación".

Per altra banda, i a diferència de l'anterior mesura cautelar, en aquest cas, l'article 47 de la LH obliga a anotar –lògicament- la mesura cautelar sobre la finca objecte de llegat, i no d'una altre distinta.

Ara bé, si resulta manifest que el bé llegat és insuficient per cobrir l'import de la llegítima, o existeixen sòlids indicis que el bé objecte de llegat és insuficient per cobrir la llegítima, per la resta d'import que manqui per cobrir la llegítima, es podrà acordar una mesura cautelar complementària de la primera i anotar, en una altre finca objecte de l'herència, l'embargament preventiu per l'import que falta per garantir.

La LH i el RH regulen també el procediment per a poder practicar l'anotació si és sol·licitada directament al Registrador. I al mateix temps, la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC), en els seus articles 721 i ss. regula el procediment judicial per acordar mesures cautelars, entre les que s'ha d'incloure, és clar, l'anotació preventiva de llegat.

Com veurem, ambdues regulacions processals responen a situacions diferents, si bé en general persegueixen una mateixa finalitat, protegir al legatari front a l'hereu que ha de lliurar la cosa objecte de llegat i també front a tercers que no podran ignorar l'existència del llegat si consta anotat preventivament.

La situació en que ens trobem és que la LH i el RH regulen un procediment per demanar l'anotació preventiva de llegat, i la LEC regula el procediment per demanar la mesura cautelar d'anotació preventiva de llegat. Per tant, l'anotació preventiva de llegat, com altres anotacions, es pot *sol·licitar* directament al Registrador o bé la pot *ordenar* al Jutjat.

En el mateix sentit, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Tom III, Madrid 1995, p. 500.

10.4.2.- Panorama de l' anotació preventiva de llegat.

Com hem vist, la regulació legal actual que s'ocupa de l' anotació preventiva de llegat és dispersa.

És dispersa perquè quan es va promulgar la LH de 1861 el Código civil no existia, perquè la LEC de 1855 no preveia mesures cautelars.¹⁸⁵ Perquè ni amb la LEC 1881 -que ja preveia les mesures cautelars- ni amb la LEC 2000 s'ha modificat la regulació de l' anotació preventiva de llegat que ha quedat -al nostre modest entendre- completament desfasada per la realitat de les circumstàncies socials i sobretot per la resta de marc normatiu.

Existeix, doncs, el procediment registral previst en la regulació de la LH i RH per sol·licitar l' anotació preventiva de llegat davant el Registrador que no es fa servir, però el procediment judicial (per demanar la mesura cautelar davant el Jutge) tampoc, el que es fa servir és el procediment judicial de mesures cautelars regulat en la LEC. Les anotacions preventives, per sí mateixes, són mesures cautelars, i per tant el procediment previst és el de la LEC. Probablement el legislador de la LEC 2000 es va oblidar de derogar el procediment judicial de la LH i RH sol·licitar l' anotació preventiva de llegat.

Però per situar-nos, és menester fer una breu referència històrica i conèixer el panorama legislatiu, des dels seus orígens, de l' anotació preventiva de llegat, i això inclou també haver de parlar del procediment registral.

Seguint a Roca Sastre, la legislació hipotecària preveu dos procediments, a) l' anotació preventiva per conveni entre hereu i legatari, i també els interessats, en el seu cas. (Arts. 56 LH i, arts. 147 i 148 RH) i, b) l' anotació preventiva per resolució judicial, és a dir, per procediment judicial (arts. 55, 57, 58, 68, 73 i 74 LH i, arts. 147 i 149).¹⁸⁶

¹⁸⁵ És cert que la LEC de 1855 preveu l' embargament preventiu, però no pas com a mesura cautelar (al menys en sentit modern actual) sinó com a pas previ del judici executiu. És a dir, com a efecte del títol executiu.

¹⁸⁶ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T.III, p. 536 i ss.

Els articles que comentem tenen el seu origen en la redacció originària de la LH de 8 Febrer 1861. La LH 1909 no va modificar gens els articles que afectaven a l'anotació preventiva de llegat (que eren els articles 45 a 58 LH), i la LH de 1946 va fer molts pocs canvis, cap de rellevant significatiu, i la majoria només afectaven a la sistemàtica.¹⁸⁷

Quan es va promulgar la LH de 8 Febrer 1861, la LEC de 1855 ja havia estat decretada per la reina Isabel II que va entrar en vigor el gener de 1856, la LEC de 1855 no feia referència a les mesures cautelars ni tampoc a d'anotacions preventives.¹⁸⁸ El Projecte de Codi civil de Garcia Goyena sí feia referència a les anotacions preventives com a mesura cautelar.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Entre d'altres, es va separar la segona part de l'art. 45, el 46 es va modificar incloent els hereus i legitimaris, i l'antic originari art. 46 va passar a ser el 47, l'antic 47 i 48 es van unificar en un de sol, el 48. El 49 es va modificar lleugerament. Els arts. 50 i 51 van quedar exactament iguals. El 52 només la sistemàtica i algun canvi de llenguatge. El 53, 54 i 55 sense cap modificació. Al 56 se li va afegir l'incís final "..., presentando al efecto en el Registro el título en que se funde el derecho del legatario.". L'art. 57 va tenir alguna modificació de llenguatge, entre d'altres es va suprimir la frase "..., según los trámites de la Ley de Enjuiciamiento civil," i es va suprimir el paràgraf de l'apel·lació (perquè ja se'n feia referència en l'art. 68, que va quedar igual com estava). Y l'art. 58 va quedar redactat exactament igual.

¹⁸⁸ Només contemplava l'embargament preventiu, però, com hem dit, sempre partint d'un títol executiu.

¹⁸⁹ "En el proyecto de 1851, LUZURIAGA recogió la línea histórica de los asientos provisionales y construyó dos figuras distintas, denominando a una anotación preventiva (arts. 1867 y ss) y a la otra subinscripción (arts. 1867 -vol dir 1877- y ss.). La figura de las anotaciones preventivas recogía la anotación de demanda en juicio sobre la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales y las demandas sobre reducción o cancelación de inscripciones, así como las anotaciones de títulos cuya inscripción no pudiera practicarse por defectos subsanables. Por el mismo cauce de las anotaciones se facilitaba la publicidad y la efectividad registral de los derechos de los legatarios y acreedores del difunto y de los créditos refaccionarios.". Extret de: DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Tomo III, cit., p. 486.

10.4.3.- Petició de l'anotació preventiva de llegat davant el Registrador de la propietat.

Fem una breu referència al procediment previst per sol·licitar l'anotació preventiva de llegat directament al Registrador.

Tal com expressa l'Exposició de motius de la LH de 1861 les anotacions preventives responien a tres finalitats diferents: substituir les antigues hipoteques judicials; garantir drets reals que encara no s'havien perfeccionat o que eren eventuais o transitoris, i garantir drets reals que, per manca d'alguna circumstància legal, requerien subsanació abans de ser inscrits definitivament en el Registre.¹⁹⁰

El legatari, pot tenir interès en anotar el seu dret hereditari en el Registre de la propietat, els autors i la mateixa LH es va adonar de la necessitat de regular un procediment àgil i directe per poder practicar l'anotació preventiva de llegat.¹⁹¹

El legatari pot sol·licitar dos tipus d'anotacions, la pròpia o específica preventiva del llegat (art. 42.7º LH), però també la genèrica del seu dret hereditari (art. 46 LH). I en la específica de llegat es distingeix del llegat de béns immobles determinats propis del testador (art. 47 LH).

Cal no oblidar que hi ha anotacions preventives, i anotacions semiconstitutives perquè esdevindran inscripcions. I encara que ens trobem en el títol III de la LH

¹⁹⁰ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Tomo III, cit., p. 487.

¹⁹¹ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T.III. Bosch, cit., p. 523, diu que: "*ya la ley de 1861 justificaba la anotación preventiva de legado, y que si bien los legados de cosa específica y determinada, los legados pasan a ser propiedad del legatario desde que expira el testador, de modo que no puede decirse que la cosa legada haya estado ni un sólo momento en el dominio del heredero, no obstante éste debe hacer la escritura pública, por ello, mientras llegue el caso de que se otorgue la escritura, justo es que tenga derecho el dueño (legatario) a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación*". En el mateix sentit, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Tomo III, cit., p. 500.

I també s'ha de pensar en l'eventual embargament d'un tercer, ignorant de que bel causant ha mort, o de que el bé no és de l'hereu sino d'un legatari.

intitulat "De las anotaciones preventivas", també hi ha articles que regulen inscripcions i no anotacions, com és el cas de l'art. 49.

Seguint a Díez-Picazo,¹⁹² resumeix que hi ha tres supòsits distints: a) el llegat consistent en un bé immoble determinat; b) el llegat d'un crèdit o pensió consignat sobre un bé immoble; i c) el llegat de gènere o quantitat.¹⁹³

És cert que la LH sembla que només permet la sol·licitud per practicar l'anotació preventiva de llegat, per conveni entre les parts o per manament judicial (art. 56 LH). Respecte del Conveni entre parts, sembla que és imprescindible que la sol·licitud al Registrador estigui signada pel legatari i també per l'hereu, sobretot si seguim la literalitat de l'article 147 RH, que expressament diu que la sol·licitud ha d'estar signada pel legatari però també per l'hereu.

Però certament no sembla lògic exigir la firma de l'hereu per demanar l'anotació si el legatari és propietari des de la mort del testador, i l'objecte d'anotar preventivament el llegat és protegir-lo de "las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso". Per tant, l'exigència de la firma de l'hereu s'ha d'interpretar amb cautela, si no es vol deixar sense contingut eficaç la norma.¹⁹⁴

¹⁹² DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Tomo III, cit., pp. 500 i 501.

¹⁹³ Qui més i millor s'ocupa d'aquest tema continua sent ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T.III, cit., pp. 520 a 549.

I un resum de ROCA SASTRE, però no sempre citant la font, CUADRADO IGLESIAS, "Responsabilidad por razón de legados", a *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5191 a 5197.

¹⁹⁴ En aquest sentit s'ha pronunciat recentment i expressa la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya, en la seva Resolució de 18 Maig 2006 (JUR 2007/87344).- "4.2 Esta anotación preventiva, a diferencia de las anotaciones que pueden pedir los legatarios de cosa genérica y de cantidad que prevén los artículos 48 y siguientes de la Ley Hipotecaria, no exige el convenio entre heredero y legatario o mandamiento judicial previsto en los artículos 57 y 58 de la misma Ley. La diferencia de tratamiento, a pesar de que no es clara en la letra de la Ley, resulta obvia sobre la base de la finalidad de la norma. Cuando se trata delegados de cosa genérica o de cantidad, que son de naturaleza obligacional, la anotación se debe practicar sobre bienes que pueden llegar a ser del heredero y, por tanto, es preciso su consentimiento o el

La sol·licitud conjunta de mutu acord entre hereu i legatari té la seva raó de ser en evitar que un tercer, creditor del causant, pugui embargar la finca per ignorar que és del legatari en comptes del causant o del mateix hereu.

La LH preveu dos tipus d'anotació preventiva de llegat, les de publicitat que es converteixen en inscripció previstes per llegats de coses determinades immobles pròpies del testador, i les constitutives.

mandamiento judicial porque el heredero puede haber pagado el legado o puede haberlo extinguido de cualquier otra manera, por compensación, por ejemplo, al margen del Registro. Cuando se trata de legados de cosa específica propiedad del testador, la cosa legada pasa a ser propiedad del legatario de manera directa y el heredero sólo puede cumplir con el legado entregando aquella cosa concreta. Por ello la anotación preventiva no necesita el consentimiento del heredero. Tanto es así que el artículo 151 del Reglamento hipotecario incluso impide a los herederos inscribir a su favor los bienes determinados legados específicamente a otras personas, y el artículo 48 de la Ley impide practicar anotaciones preventivas de legado de cosa genérica o de cantidad sobre las cosas legadas específicamente a otra persona.

4.3 Una interpretación sistemática de la Ley conduce al mismo resultado: el artículo 47 encabeza la regulación de las anotaciones preventivas de legado con una norma única relativa a los legados de cosa específica propiedad del testador que el legatario puede pedir en cualquier momento. El 48 y siguientes hacen referencia a los legados de cantidad o de cosa genérica con el fin de dotar de una garantía real sobre los bienes de la herencia no legados a terceros en relación a los acreedores del heredero y, en principio, es preciso pedir las anotaciones dentro de los 180 días siguientes al de la defunción del testador. Así pues, la anotación del artículo 47 tiene por finalidad dar publicidad a la existencia del legado sobre la misma finca de la que es objeto. La anotación del 48 y siguientes, otorgan una determinada garantía sobre unos bienes que no son los legados pero que pueden pasar a formar parte del patrimonio del heredero que debe cumplirlos, con el efecto de dar una determinada preferencia en una hipotética realización de valor.

4.4 La finalidad de la anotación preventiva de legado de cosa específica y determinada es, precisamente, la de permitir que el legatario que no ha sido facultado para tomar posesión del legado por su propia autoridad pueda hacer constar su derecho en el Registro en los casos en que, o bien se desconoce la existencia o la identidad del heredero, o bien hay una multiplicidad de herederos que no se ponen de acuerdo entre ellos, o simplemente hay una negativa del heredero o los herederos a hacer entrega de la posesión del legado. En estos casos, el legatario tiene dos vías: la de reclamar judicialmente la entrega de la posesión o la de esperar a que los herederos queden determinados o se pongan de acuerdo entre ellos y le entreguen la finca legada. Es obvio que si para obtener la anotación fuese necesaria la intervención judicial, la anotación del artículo 47 de la Ley Hipotecaria resultaría inútil, como ha destacado de manera continuada la doctrina catalana que se ha ocupado de la materia."

10.4.4.- Procediment judicial per demanar l' anotació preventiva de llegat de la LH i el RH.

La LH preveu juntament amb el procediment registral del que parlàvem fins ara, un procediment judicial. És a dir, la petició de la mesura cautelar davant d'un tribunal front als hereus o persones obligades a lliurar el llegat objecte d'anotació preventiva.

Com dèiem, l'any 1861 no hi havia cap procediment judicial en la LEC 1855 previst per acordar anotacions preventives, per això la LH en va preveure un, que encara segueix regulat pràcticament igual i no ha canviat.

La legislació hipotecària estableix varies normes referides a aquest procediment, per exemple; L'art. 57 LH -i 147 RH- estableix que es tramitarà pel procediment verbal (la LEC de 1855, com sabem, regulava el procediment verbal), que s'acordarà i practicarà mitjançant providència judicial (art. 46.2 LH). L'art. 149 RH fixa la competència objectiva i territorial i la forma i documents que s'han d'acompanyar a la demanda, preveu fins i tot una eventual acumulació subjectiva per eventuais tercers interessats en la posició dels demandants (només prevista per a legataris) (art. 48 LH). L'art. 68 LH permet el recurs d'apel·lació, fins i tot fixant que ho serà en un sol efecte, etc...

La Llei 13/2009, de 3 novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial ha modificat l'art. 57 LH afegint les paraules "*el Secretario judicial*". Una reforma que podem qualificar tècnicament qüestionable i des del punt de vista pràctic, d'inútil, desafortunada.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Amb una tècnica legislativa deplorable el legislador actual en comptes d'actualitzar i en el seu cas reformar tot el títol III "De las anotaciones preventivas" es dedica només a afegir -en un sol article- que ara no serà el Tribunal qui lliurarà el manament judicial sino que serà el "Secretari judicial". Ignorant que el lliurament ja no el fa mai el Secretari, o oblidant-se -ja en el marc de la insubstancialitat i si més no per un mínim de coherència- de modificar també el paràgraf segon de l'art. 147.2 RH. Probablement els autors materials de la Llei 13/2009 siguin els mateixos que van qualificar de "Chusma universitària" al grup de professors -de tota mena d'orientacions polítiques- que va elaborar un manifest contra el projecte de llei de la nova oficina judicial. Es pot veure la

Com veurem després amb més detall, nosaltres considerem que el procediment judicial previst a la LH i RH ha de considerar-se derogat amb la promulgació de la LEC 2000. I no solament per la derogació tàcita que implica, sino també per raons d'interpretació històrica i sistemàtica. Si amb la LEC 1881 ja teníem dubtes de la derogació, ara amb la LEC 2000 ens sembla més clar.

No s'ha de considerar derogada la part de regulació que es refereix a les particularitats substancials de l'anotació preventiva, és a dir, els pressupòsits, les característiques, els seus efectes, però sí el procés previst.

10.4.5.- Procediment judicial de la mesura cautelar de l'anotació preventiva de llegat.

a) Legitimació per demanar la mesura cautelar.

El primer inconvenient que trobem respecte de la petició de l'anotació preventiva de llegat és la legitimació per demanar-la, en aquest sentit, l'art. 42.7º LH estableix que:

“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: ... 7.º El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria.”

I l'article 782.1 (abans 1036 de la LEC 1881 i de forma més extensa 1052 i ss. del Código civil),¹⁹⁶¹⁹⁷ estableix en el seu apartat 1 que:

notícia en el diari ABC: <http://www.abc.es/20090221/nacional-tribunales/cien-catedraticos-profesores-firman-20090221.html>.

I la resposta del Sindicat "Unidad de acción de los secretarios" de 20 Febrer 2009: <http://www.unidad-de-accion.com/foro/viewtopic.php?t=3011>

¹⁹⁶ El judici de testamentaria de la LEC 1881 ha estat derogat per la LEC 2000, de manera que actualment ni tan sols conserva el nom de “judici de testamentaria”. L'actual judici es denomina “de divisió de l'herència”, i això s'intitula el Capítol I del Títol II del Llibre IV Dels processos especials.

“Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia...”

Per tant, de la combinació de l'article 42.7º LH i de l'article 782.1 LEC resulta que estan legitimats tots els legataris menys els que ho siguin de part alícuota.

Però, què vol dir exactament ser legatari de part alícuota? Convé aclarir-ho perquè la determinació per part de la doctrina de l'àmbit del procediment de divisió de l'herència ha patit alguna confusió. I val la pena centrar quin és l'àmbit del procediment, atès que la doctrina no és pacífica i la pràctica dels tribunals ha demostrat tenir importants fissures.

La regulació d'aquest procediment de divisió de l'herència actualment el trobem regulat a la LEC 2000 en els articles 782 i ss. Però la partició de l'herència regulada en el Código civil 1051 i ss. també conté normes processals.¹⁹⁷ I de la

¹⁹⁷ I la LEC de 1855 establia en el seu art. 406: "Son parte legítima paera promover el juicio voluntario de testamentaría:

1.º Los herederos ó cualquiera de ellos.

2.º El cónyuge que sobreviva.

3.º Los legatarios de parte alícuota del caudal, ó cualquiera de ellos."

Opinem que l'expressió equívoca "ó cualquiera de ellos" vol dir senzillament tots junts o bé algun d'ells, deixava clar que per tenir la legitimació no era necessari tenir totes les quotes alícuotes sumades, ni la majoria. Volia dir que qualsevol hereu o legatari per sí sol amb la quota que fos podia promoure el judici. ara la LEC no ho diu, perquè no cal dir-ho, l'expressió era equívoca tal vegada per redundant. (MONGORANCE GOSÁLVEZ, "La anotación preventiva de legado de parte alícuota". *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 72, 2009, pp. 279 a 293).

¹⁹⁸ SANCHO GARGALLO, en "Comentarios a la LEC" dirigits per Valls Gombau, Rifa i Fernández-Ballesteros, València, 2002, p. 3654, diu: "*Para que proceda la partición es necesario que se haya abierto la sucesión, a consecuencia de la muerte y fallecimiento del causante, y que existe un llamamiento plural. La partición persigue impedir o poner fin a la comunidad de herederos mediante la distribución entre los de las titularidades contenidas en el caudal hereditario. Esta distribución puede haberla realizado el propio testador, por actos inter vivos o por última voluntad (art. 1057.1º CC)... En defecto de lo anterior, los propios herederos, si <fueren mayores de edad y gozaren de libre disposición de sus bienes, podrán distribuirse la herencia a la manera que tengan conveniente> (art. 1058 CC); y a falta de acuerdo, los herederos y legatarios que representen más del 50% del haber hereditario, podrán solicitar del juzgado el nombramiento de un contador partidador dativo (1057.2º CC)."*

mateixa manera, el Codi civil de Catalunya, al regular la comunitat hereditària i la partició també afegeix algunes normes processals.

Doncs bé, la partició, divisió i adjudicació de béns que ha de fer el comptador partidori (i aprovar el jutge) només pot referir-se als béns no disposats i adjudicats expressament pel testador, òbviament. Altrament, és a dir, si es realitza una partició o adjudicació judicial sense tenir-ho present s'incomplirà la voluntat del testador. No es poden incloure, doncs, en l'inventari, béns dels quals el causant ha disposat expressament adjudicant a cada un dels hereus, ja sigui adjudicant una part concreta, ja sigui adjudicant-los en comunitat ordinària. La divisió de l'herència només pot afectar els béns que el testador no ha disposat expressament,¹⁹⁹ perquè llavors, sobre aquests béns disposats, hi ha comunitat

¹⁹⁹ La STS de 15 de febrer de 1988 (RJ 1988/1987) admet la partició parcial de l'herència respecte dels béns que no va desposar expressament el causant. Diu el Fonament de Dret Sisè que: "... denuncia la infracción del artículo 1056 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial reflejada entre otras en la Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1961 (RJ 1961\945), al considerar erróneamente la resolución recurrida que el testamento rector de la sucesión de don Ignacio P. sin duda por inadvertencia se dice F. por V., queda así salvada, entraña una partición parcial de su herencia, que ha de respetarse, la que contradice la citada sentencia; es de tener en cuenta que según sienta la expresada sentencia, la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio, lo que hay que entender de pleno conocimiento de ello, por lo que no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante, supuesto bien distinto al que se contempla en el recurso en el que el testador hace una distribución y adjudicación de la plena totalidad de sus bienes que constituyen su herencia, como no menos respecto a las deudas al disponer sean pagadas por los instituidos herederos por iguales partes, y como expresión de ser esta distribución total la que responde a su voluntad con emotivas palabras dice que «todo cuanto dispongo me lo ha dictado el corazón y abrigo la esperanza de que comprenderéis que al disponer esta repartición entre vosotros sólo me guía el deseo de que ninguno de vosotros salga perjudicado respecto a los demás y querría haber acertado para que al disfrutar de ello guardéis el mejor recuerdo mío y no dudéis de cuánto os he querido siempre a todos», y si bien en el complementario que dice codicilo hace referencia a los bienes omitidos un chale y un piso aclara el uno por olvido el otro por adquisición posterior, y según reseña la recurrente aún existe una tercera finca, es claro que todo ello no representa sino una mínima parte dentro de la totalidad de la herencia que cabe encajar en lo dispuesto por el artículo 1079 como entiende el juzgador de instancia, y no cabiendo duda que no resulta infringido el artículo 1056 del Código Civil el motivo ha de ser desestimado.”

hereditària dels hereus, i cada un és hereu d'una part alíquota ideal d'aquesta comunitat hereditària, i no de la comunitat ordinària.²⁰⁰ De manera que, si el

²⁰⁰ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN i GULLON BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, Vol IV, Madrid, 1978, p. 570, defineixen la partició de l'herència com “*el acto que extingue el estado de indivisión y comunidad, atribuyendo bienes y derechos singulares a los coherederos. Sus cuotas –ideales- se transforman en bienes concretos, desapareciendo totalmente la comunidad hereditaria, o transformándose en comunidad ordinaria (pues los comuneros lo mismo pueden acordar repartirse los bienes hereditarios, que proyectar sus cuotas en cada uno de ellos).*”

La STS de 28 de maig de 2004, Id Cendoj: 28079110012004100401, entre d'altres, l'ha definit: “*el concepto de partición de la herencia, sinónimo a división de la misma es el acto que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (artículo 1068 del Código civil). Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerando unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos*”.

La STS de 25 de maig de 1992, Id Cendoj: 28079110011992100997, afegeix que “*en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablar de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria*”.

I la de 6 d'octubre de 1997, Id Cendoj: 28079110011997102051 diu: “*todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición*”.

OSTOS MOTA, *La partición de la herencia*. O'CALLAGHAN MUÑOZ, (Coord.). Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006. p. 20 comenta, seguint a varis autors (TOME PAULE, MARQUEZ CARRASCO, CORTES DOMINGUEZ, MORENO CATENA) que: “*Se conoce con el nombre de proceso de división de la herencia, un procedimiento contencioso, de carácter universal, colectivo y especial por el que solicita del órgano judicial competente que decrete un conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación, intervención, administración, división y adjudicación de un caudal hereditario cuando no hay acuerdo entre los herederos.*

En este artículo -1056- se concede al testador la facultad de hacer él mismo la partición. El testador en virtud de esa facultad no sólo fija la cuota de cada heredero o legatario

testador ha distribuït l'herència amb llegats ja sigui de forma concreta, ja sigui especificant la quota de la comunitat (ordinària) no procedirà mai aquest procediment especial de partició, perquè no es pot partir el que ja ha estat partit pel testador. Perquè el judici de divisió es refereix exclusivament a la partició de les parts alíquotes de la comunitat especial hereditària, no pas de la comunitat ordinària.²⁰¹ Per la comunitat ordinària s'ha d'acudir al procediment ordinari de divisió de la cosa, l'actio communi dividundo.

Per contra, hi ha algun autor que, al nostre modest entendre, s'equivoca al plantejar l'àmbit d'aquest procediment. Així, Busto Lago diu que: "En el inventario han de integrarse también los bienes respecto de los que hay disposición expresa del testador en forma de legado o de institución "ex re certa" pues han de ser tenidos en cuenta en la liquidación de la comunidad

sino que señala los bienes que integran la cuota. Por ello, la partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria, como las demás especies de partición, sino que la evita. Por tanto la esencia de esta partición es que el testador divide a priori su patrimonio entre los herederos que instituye.

No hay partición cuando el testador se limita a ordenar que un bien concreto se incluya en la cuota de un determinado heredero. Sí existe partición aunque no incluya la totalidad del patrimonio hereditario y se haga precisa una nueva partición complementaria referida a los bienes no incluidos en los hechos por el testador. La esencia de esta partición –testamentaria- es impedir que al morir el testador surja la comunidad hereditaria y, por tanto, cada heredero adquiere directa e inmediatamente los bienes que le hayan sido adjudicados."

²⁰¹ Es tracta de dividir, partir i si és el cas adjudicar, la comunitat especial hereditària de les parts alíquotes o ideals (comunitat germànica davant la romana o pro-indivís).

El característic de la Comunitat hereditària és que els cohereus no tenen una quota sobre cada un dels béns de l'herència, sinó sobre el conjunt patrimonial, de manera que no es pot disposar de la quota corresponent. (Per aquesta raó, per exemple, no es permet l'embargament de la quota alíquota sobre la universalitat patrimonial-arts. 46.III LH i 166.1^a. II RH-fins que no es faci especial adjudicació, encara que sigui en proindivís).

L'article 56 del Codi de successions, deia: "Si el testador no ha fet la participació", i ara, amb altres paraules ho diu l'art.464-4.2, el que implica que si ho ha fet no procedeix fer cap partició. La veritat és que no calia que ho digués, per ser una cosa molt evident. I també el mateix article 794.2 de la LEC 2000.

hereditaria.”,²⁰² però es tracta d'una opinió absolutament aïllada. La seva opinió no tenim constància que la segueixi cap altre autor.²⁰³

Per tant, el legatari legitimat per demanar l' anotació preventiva de llegat serà el que no és legatari de part alíquota de la comunitat hereditària, perquè en aquest cas, primer s'ha d'instar la divisió de l'herència, per obtenir i concretar quin és el bé llegat o la quota ordinària del bé llegat.

És clar que no es pot demanar l' anotació preventiva del llegat en el Registre de la propietat si no s'ha fet la partició i adjudicat el llegat. No vol dir això que no es pugui prendre cap mesura per protegir el patrimoni del causant, perquè l'article 792.1.2º LEC disposa que el legatari pugui demanar la intervenció de l'herència.²⁰⁴ I en tot cas, l'administració judicial,²⁰⁵ i res impedeix que l'Administració judicial demani i el jutge acordi alguna altra mesura cautelar, com podria ser al meu entendre l' anotació preventiva en el registre de la demanda de divisió de l'herència.

²⁰² BUSTO LAGO, “La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales”, *Cuadernos de derecho procesal*, CGPJ, Madrid 2004. p. 311.

²⁰³ Fins i tot és contrària al criteri de l'AP de La Coruña, (on BUSTO LAGO és magistrat, suplent), SEOANE SPIEGELBERG, que en les pàgines 515 i següents del mateix llibre esmentat diu tot el contrari: “... cuando la partición se llevó a efecto por el testador no cabe acudir a la partición judicial.” I cita aquest darrer autor –en la mateixa p. 515- una interlocutòria de la mateixa AP La Coruña, que va acollir la inadequació de procediment per raó d'haver fet el testador la partició. Interlocutòria, doncs, que contradia frontalment el que afirma BUSTO LAGO en la cita anterior.

²⁰⁴ Aquest article diu “al tiempo de solicitar la división judicial”, en canvi penso que hauria d'haver previst poder demanar la intervenció de l'herència també abans de la divisió, de la mateixa manera que la LEC permet demanar les mesures cautelars abans d'interposar la demanda principal. No hi ha però cap impediment, més que la literalitat de la norma, per interpretar que es pot demanar la intervenció abans de demanar la divisió de l'herència i aplicar per analogia el que desposa per les mesures cautelars l'article 730.2 de la LEC. I sembla que dins les actuacions que es poden practicar, no s'inclou poder demanar la intervenció.

²⁰⁵ ESCALER BASCOMPTE, *La administración judicial*, Barcelona, 2004, p. 114. Apunta, que en els judicis divisoris de l'herència es pot demanar l'administració judicial amb caràcter provisional a instància de part.

Un cop determinat el llegat, el legatari es trobarà en situació per a poder demanar, si s'escau, l'anotació preventiva de llegat de l'article 47 de la LH. I com veurem més endavant, amb independència que sigui demandant (situació habitual) o també demandat "pur".

b) Procediment judicial de l'anotació preventiva de llegat.

L'article 57 LH estableix que el procediment -judicial- per demanar l'anotació preventiva de llegat és el judici verbal. El legislador del 2000 no ha modificat el procediment que preveu la LH, en sembla un oblit. La redacció originària, ha patit poques modificacions. El legislador de l'any 1861 tenia clar que la *ratio* de l'anotació preventiva de llegat, com les altres anotacions, és salvar el dret del legatari, "de las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso con la memoria de su favorecedor".²⁰⁶ I l'Exposició de Motius afegia que "*Este derecho no debe ser ilimitado; solo debe durar el tiempo que los legatarios no tengan expedita la facultad de reclamar con éxito la cosa legada*". Qüestió aquesta que té clar reflexe en els períodes de caducitat de l'art. 87 LH i de la transformació de l'anotació en hipoteca a que es refereix l'art. 88 LH.

No neguem vigència a aquest procediment que regula la LH, però certament el trobem un xic embolicat, feixuc i desfasat. Poc efectiu.

Si com conclou Gete-Alonso les garanties que la LH ofereix al legatari són de reserva de rang (anotació que es transforma en inscripció) de publicitat en garantia d'oponibilitat del seu dret a tercers, de béns de la massa hereditària, a l'hereu i fins i tot de preferència de crèdits front a d'altres legataris.²⁰⁷ Aleshores no hi ha d'haver impediment per

Especialment si la quantia de la demanda principal de reclamació del llegat no excedeix de dels 6.000 euros i per tant es tramita com un verbal, no sembla massa

²⁰⁶ Paràgraf extret del pròleg de la LH de 1861 seguint a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Vol. III, cit., p. 521.

²⁰⁷ GETE-ALONSO CALERA, "Las garantías hipotecarias del legado. Examen de la anotación preventiva del legado", *RJCat*, 1981-2, p. 361.

lògic tramitar a la vegada un judici paral·lel verbal per anotar preventivament el llegat al Registre.

De tota manera, la regulació d'aquest procediment, des del nostre punt de vista, no impediria la possibilitat de demanar l' anotació preventiva del llegat per via dels articles 730 i ss. Salvant el criteri que sostindrem tot seguit, pensem que, en tot cas, són vies diferents però no pas excloents. Fins hi tot, no sembla desafortunat interpretar que la referència que fa la LH al judici verbal es pot entendre referida al judici especial de mesures cautelars de la LEC 730 i ss., que es tramita com un verbal (amb especialitats). Res impedeix complementar la regulació de les mesures cautelars de la LEC amb la de la LH i RH.

Davant aquesta regulació dual per demanar l' anotació preventiva de llegat, hi caben vàries opcions interpretatives.

Afirmar que la norma especial preval per sobre la general i per tant sostenir que el procediment aplicable és el regulat en la LH amb exclusió del regulat a la LEC.

Afirmar que la norma posterior deroga l' anterior i que per tant el procediment aplicable és el regulat a la LEC amb exclusió del regulat a la LH.

Afirmar que els dos procediments continuen vigents, però diferenciats, sens perjudici de complementar-se en el no previst en un i altre.

O bé afirmar que ambdues regulacions s'han de refondre en un únic procediment, complementant-se, i entenent que la referència al judici verbal que fa l' article 57 de la LH va referida al judici verbal amb especialitats dels articles 730 i ss. de la LEC.

Tenim subjacent el problema entre la conveniència de la regulació general *versus* regulació específica, de la responsabilitat *versus* el control judicial, de la prevenció *versus* la indemnització i de la efectivitat *versus* la prohibició d' indefensió.²⁰⁸

²⁰⁸ RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, Barcelona 2006, cit., pp. 705 i ss.

A més de l'anterior, cal tenir present que les mesures cautelars són considerades per la doctrina i per la jurisprudència com a dret processal.

Les dues primeres opcions ens semblen descartables, perquè és negar a un dels dos textos la seva utilitat, i pensem que la LH regula acuradament l'anotació preventiva de llegat. La LH conté bàsicament aspectes substantius però també particularitats processals pensades per la mesura cautelar especial que regula. I la regulació de la LEC ha establert un bon procediment per acordar mesures cautelars, sintètic i modern. De manera que prescindir d'un o altre ens sembla innecessàriament dràstic.

En canvi les dues darreres són perfectament admissibles, de fet no són antagòniques entre sí. Penseu que s'ha de fer una interpretació integradora i optar per una fusió. Ja hem vist al llarg d'aquest treball que els codis de normes substantives contenen moltes normes de caràcter processal. La LH, per la seva promulgació abans fins hi tot que el Codi civil, i per la matèria a que es refereix, és lògic que contingui normes processals. Resulta pràctic refondre aquesta normativa, per simplificar-la, per poder obtenir un procediment més útil i eficaç.

Quines particularitats suggerim que es podrien aplicar? Doncs en la resposta combinem les particularitats que ha de tenir el procediment de l'anotació preventiva de llegat amb la interpretació general que s'ha de donar a alguns dels preceptes generals que s'apliquen a totes les mesures cautelars.

c) Procediment de la LEC com a procediment rector.

Considerem que el procediment judicial (no davant el Registrador) rector o preferent sigui el previst en la LEC, és a dir, els articles 730 i ss., és un procediment més concís, modern i efectiu, amb millor tècnica. Un anàlisi de la pràctica dels darrers quasi 10 anys d'aplicació ha demostrat que, en general, el resultat és satisfactori. En canvi el procediment de la LH i RH és menys concret. I sistemàticament més dispers.

d) No necessitat d'acreditar el *periculum in mora*.

La no necessitat d'acreditar el *periculum in mora*, al menys plenament,²⁰⁹ sobretot si a més a més es compleixen els pressupòsits i requisits formals que exigeix la LH. I també si tenim en compte que el concepte de *periculum* és un concepte que està patint una certa crisi (Pérez Daudí), i sobretot com. a conseqüència de l'auge d'altres paràmetres més útils i pràctics per acordar o denegar la mesura cautelar que fins ara eren completament secundaris, com per exemple i sobretot el perjudici que pot causar la mesura (Ramos Romeu), o la proporcionalitat i la idoneïtat de la mesura en funció del dret, acompanyat d'un control àgil i ràpid de la mesura cautelar al menys al finalitzar la primera i la segona per evitar despeses judicials de temps i diners,²¹⁰ o un bon funcionament del sistema de

²⁰⁹ PÉREZ DAUDÍ, “La excesiva importancia del *periculum in mora* para la adopción de medidas cautelares”, *Justicia*, núm. 3-4, 2007, pp. 170 a 171. Comenta aquest autor que en les mesures merament asseguratives el requisit del *periculum in mora* no hauria de ser necessari acreditar-lo totalment.

La diferenciació entre el “*periculum* objetivo” i el “*periculum* subjetivo” que fa aquest autor es reflecteix nítidament a la pràctica amb la pregunta següent que es pot fer al demandat: “Pensa vostè vendre la finca?” si la resposta és “sí”, el *periculum* esdevé evident per simple reconeixement, i si la resposta del demandat és “no” aleshores certament el *periculum* (el subjectiu) no s'acredita però aleshores el demandat reconeix, pràcticament, que la mesura cautelar no el perjudica, i per això precisament procedeix acordar-la. Si no pensa vendre, aleshores (salvant alguna contra al·legació –com la necessitat de finançament-) no ha de tenir inconvenient en permetre practicar l' anotació. Sembla un joc de paraules, però no ho és.

²¹⁰ Fins hi tot penso que l'actor que demana una mesura cautelar hauria, si les circumstàncies es preveuen canviants, oferir també els paràmetres per modificar la mesura, o per adequar-la a la situació. Per exemple, si la pretensió principal de fons és la llegítima, o un llegat d'una part de l'herència, i en el cabdal relicte només hi ha una sola finca de pisos que no està inscrita en règim de propietat horitzontal de manera que fins que no es divideixi en propietat horitzontal per l'hereu s'ha d'anotar sobre tota la finca però amb la previsió que, un cop dividida en propietat la finca es pugui modificar i adequar la mesura anotant només sobre el número de finques resultants equivalents amb el llegat (o la llegítima). I aquesta previsió penso que hauria de formar part de la pètitia de l'actor de manera que també l'hereu (o el gravat), demandat, podrà adequar les circumstàncies a una millor situació de proporcionalitat de la mesura i sobretot per no gravar excessivament al propi demandat. De manera que un cop anotada sobre una part de les finques resultants es facilita fins hi tot el compliment del pagament de la llegítima o del llegat si aquest consisteix en diners.

responsabilitat que impliqui que les parts hagin de mesurar –mai millor dit- les seves forces abans de demanar la mesura cautelar (Ramos Romeu).²¹¹

Si aquests nous criteris han de ser els aplicables al règim general de les mesures cautelars encara amb més raó a les mesures en que la seva eficàcia acaba amb la “simple” anotació en el Registre de la propietat, i més encara, quan l’anotació ve doblement motivada per tenir la pretensió al final de convertir-se precisament en inscripció.

Hi ha una altra mesura cautelar en matèria de successions catalana que tampoc requereix acreditar el *periculum*, l’anotació preventiva de llegítima (ex art. 451-15.2 CCC), i aquest fet no ens agafa per res lluny, atès que la institució de llegat implica l’atribució de llegítima (art. 451-7 CCC), per tant si per la llegítima no és imprescindible ni pressupòsit el *periculum* tampoc, encara amb menys motius, ho ha de ser pel de doble condició de llegat i llegítima.

e) No necessitat de justificar la urgència o necessitat de l’anotació.

La no necessitat de justificar la urgència o necessitat de l’anotació quan es demana abans d’interposar la demanda principal. Perquè precisament potser no hi ha ni urgència ni necessitat, sinó simple conveniència asseguradora no solament front a l’hereu gravat, sinó front a tercers que podrien estar executant crèdits contra el causant, o d’un tercer perquè ni el causant encara havia inscrit en el registre el seu dret, per no haver presentat l’escriptura o per qualsevol altra raó.

²¹¹ Actualment, crec que no descobrim res, la oposició a la petició de mesures cautelars demostra ser més eficaç si no es fa frontalment o directament a l’existència del *fumus* o del *periculum*. La tàctica procesal demostra ser millor quan la oposició és indirecte i consisteix més en proposar mesures alternatives menys gravoses, o sobretot en advertir justificadament de la responsabilitat i del dany (la teoria del dany conegut és de vegades demolidora) que pot causar la mesura en el supòsit d’acordar-se tal com proposa l’actor. O centrar-se en un increment de la caució, o en la caució substitutòria prevista en els articles 746 i 747 de la LEC. Resulta més senzill moltes vegades que la oposició es centri en les contramesures que no pas en la conveniència d’acordar-la, i això fa que l’actor o no pugui pagar la caució o es replantegi la intensitat de la seva petició per prudència davant l’eventualitat de causar el dany pel que expressament l’ha advertit el demandat. Se li ha de fer notar a l’actor que demana la mesura cautelar que, com feia Pascal, s’han de sospesar les conseqüències (RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, cit., p. 35), traslladant la discussió al pla de les conseqüències.

f) Inaplicació de la preclusió dels 20 dies prevista en l'article 730.2 LEC.

La no aplicació, també en part pel dit en el paràgraf anterior, de l'exigència d'interposar la demanda principal dins els següents 20 dies de l'article 730.2 LEC un cop acordada l'anotació preventiva de llegat. No té sentit que el legatari no pugui demanar anotar la mesura cautelar sense interposar obligatòriament la demanda principal; i de nou amb més raó en aquest supòsit on la LH no exigeix aquest requisit.

g) Sobre l'exigència de caució.

Excepte alguns casos concrets, entenem que no és exigible, necessàriament, prestar caució. Per descomptat entenem que l'oferiment no ha de ser un pressupòsit d'admissió. Si la doctrina (Ramos Romeu,²¹² Pérez Daudí) ja sosté que no ho hauria de ser en el règim general, menys encara en el nostre cas en que la regulació de la LH no l'exigeix.²¹³

h) La interpretació flexible de l'apartat 730.4 de la LEC.

La interpretació flexible de l'apartat 730.4 de la LEC, és a dir, que no sigui necessari justificar de forma plena l'aparició de fets i circumstàncies noves per tal d'acordar l'anotació després d'haver interposat la demanda. De manera que el que realment tingui rellevància sigui la situació en el moment en que es demana la mesura sense tenir en compte si podia o no haver demanat la mesura abans. Perquè si no, l'exigència de "demani la mesura al principi, o es quedarà sense poder-ho fer després" no és prou justificació, a part que encareix el procediment amb peticions de mesures que potser sense la preclusió no s'haurien interposat . No sembla que hi hagi d'haver cap inconvenient en que, el jutge, posteriorment, pot ordenar la cancel·lació de l'anotació preventiva acordada pel Registrador.

²¹² RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares*, cit., pp. 319 i ss.

²¹³ PÉREZ DAUDÍ, "Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares", *Justicia*, 2007, núm. 1-2, Barcelona, pp.87-88, i la jurisprudència que cita, especialment: Interlocutòries de AP de Barcelona, (Secció 16a) de 22 de març de 2006 (JUR 2006/231548), (Secció 12a), de 28 de juliol de 2005 (JUR 2006/222477).

i) Manteniment de la mesura cautelar fins l'execució.

La conveniència d'interpretar flexiblement l'article 731.1 LEC perquè la seva aplicació literal ens sembla d'allò més desafortunada.

L'article 731.1 LEC disposa que:

“No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren acordadas.”

I afegeix un segon apartat que diu:

“Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida.”

El primer paràgraf no és admissible interpretar-lo literalment. L'article no distingeix entre execució definitiva i provisional, probablement no és necessari perquè la referència a l'article 548 LEC implica que només ens referim a l'execució definitiva. En tot cas hem de convenir que no seria admissible de cap manera, que qui ha vençut, qui te raó en definitiva, es veiés compel·lit a demanar l'execució provisional per no veure “caducada” la mesura cautelar. Per altra banda no beneficiaria en res al demandat que l'actor demanés l'execució provisional. Seria a més a més una norma també antieconòmica.²¹⁴

²¹⁴ ORTELLS RAMOS, *Proceso civil práctico*, Coord. GIMENO SENDRA, La Ley, Tom VIII-2, al comentar l'article 731 LEC, p. 3-422, que considera també aplicable l'article 548 LEC a l'execució provisional. Opinem que no, perquè al marge del que hem explicat, en l'execució provisional el *dies a quo* als efectes de demanar-la no són pas els 20 dies de l'art. 548 LEC, ben al contrari no hi ha termini preclusiu, només s'estableix el termini a partir del qual es pot demanar, és a dir, quan s'admet la preparació del recurs d'apel·lació (art. 527 LEC).

El segon paràgraf s'ha d'interpretar amb especial atenció perquè en comptes de dir que la causa sigui imputable al sol·licitant, hauria de dir no es mantindrà la mesura si el sol·licitant abandona l'impuls processal. Perquè el procediment pot estar en suspensió per causa del sol·licitant durant més de sis mesos però sense intervenir desídia, ben al contrari, per prejudicialitat o per esdevenir incapaç i el nomenament del tutor o la causa de la prejudicialitat retardar-se per culpa del retard dels tribunals i no pas per la inactivitat del sol·licitant.

I la qüestió de l'execució definitiva és també més controvertida. La majoria dels autors, sostenen que l'article és lògic. Nosaltres creiem que no. Pensem que l'actor ha de ser lliure en no demanar l'execució. El termini dels 20 dies s'ha d'interpretar de forma flexible. Si no demanar l'execució no perjudica al demandat no veiem correcte que les mesures s'alcin de forma automàtica. El termini dels 20 dies no és aplicable a l'execució provisional més que tenir un termini per acomplir la interlocutòria que comina al demandat, i que aquest termini és el de gràcia per pagar sense incloure les costes judicials.

Considerem que la Sentència estimatòria de la demanda, si no es demana l'execució provisional, ha de poder modificar en benefici de l'actor la mesura cautelar incrementant la garantia, i en el seu cas, per regla general, atenuar la caució. No veig inconvenient en, per exemple substituir l' anotació preventiva de llegat, de llegítima o de demanda, per l' anotació de sentència. Tant per garantir la nova situació com fins hi tot permetre una millor publicitat i informació a tercers. Aquesta opinió no la segueix el Tribunal Suprem, que considera que no procedeix la modificació.²¹⁵

²¹⁵ Interlocutòria TS de 30 de novembre de 2005 (JUR 2006/7669) que diu: *“Tal es así que el propio legislador ha situado la anotación preventiva de sentencia en trámite de ejecución provisional de sentencia no firme y la anotación preventiva de demanda como medida cautelar, y, si bien es cierto que el ordinal 11º del art. 727 de la LEC constituye la vía para la adopción de cualesquiera medidas no expresamente previstas en dicho precepto -como lo sería la anotación preventiva de la sentencia dictada en apelación- lo es igualmente que no puede prescindirse de las circunstancias concurrentes en el litigio en el que se solicite, como es el caso, puesto que el legislador lo supedita a la garantía de la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse que, en el caso que nos ocupa, ya fue asegurada a través de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda. Es*

Sembla, doncs, que és lògic pensar que l'article 731.1 LEC està pensat exclusivament per supòsits d'execució definitiva.²¹⁶ Tot hi que ja anunciem que pot ser controvertida la nostra opinió, creiem que l'article també és desafortunada la seva aplicació –literal- a l'execució definitiva. Imposar a l'actor que en 20 dies ha d'executar si no vol veure desaparèixer les mesures cautelars acordades ens sembla injust, il·lògic i contrari al principi dispositiu i de rogació. Pensem que l'automatisme preclusiu que imposa l'article de demanar l'execució o quedar-se sense mesura cautelar és incoherent i a més a més innecessari. L'actor té 5 anys per demanar l'execució, i si el fet de no demanar l'execució no causa cap perjudici al demandat –que potser es troba en rebel·lia- el jutge no pot alçar les mesures automàticament, sense infringir el principi dispositiu. El demandat té legitimitat i pot demanar perfectament que s'executi la sentència (fins i tot podria complir-la). Pot al·legar un interès legítim (si el té pel principi de bilateralitat per no acceptar el desistiment, també l'ha de tenir per executar la sentència si al no fer-ho qui ortodoxament ho ha de fer, que no és altre que l'actor, no ho fa). Lluny de tot això la Llei imposa normes inflexibles a qui ha vençut el plet, quan la Llei hauria d'emparar, per sobre de tot, a qui te raó.

Una possible interpretació d'aquest article, que deixaria airosament salvat al legislador, seria interpretar el termini dels 20 dies en el sentit que, si el demandant denuncia o fins i tot demana que s'executi la sentència, o al menys a través d'un simple escrit de tràmit amb una somera justificació del seu interès, a l'actor –

más, conviene recordar, dada la circunstancia de que estamos refiriéndonos a la anotación preventiva de una sentencia, que, solicitada como medida cautelar, el carácter restrictivo que ha conferido el legislador a estas peticiones pendiente recurso (art. 730.4 LEC) impone a la parte la cumplida acreditación de hechos sobrevenidos en tal momento que la justifiquen y que no existieran en el momento inicial del proceso, sobre los que hubiera podido postular una medida cautelar en el momento ordinario (art. 730), es decir con la formulación de la demanda (como este proceso, adecuadamente, se hizo).”

²¹⁶ Interlocutòria AP de León (Secció 1^a) de 30 de desembre de 2010 (JUR 2010\127759). “...ha de interpretarse que el plazo que establece la norma es precisamente que transcurridos los veinte días del plazo de espera para instar la ejecución a que remite al art. 548, si cumplido ese plazo no se solicita la ejecución se levantarán las medidas, por eso utiliza la norma la expresión: "Transcurrido el plazo si no solicitare la ejecución..." , y así lo entiende ahora el Tribunal; así pues, ha de revocarse la decisión adoptada al respecto en el auto impugnado.”

aleshores sí- li iniciés un període preclusiu de 20 dies per demanar l'execució i en cas contrari veure decaure les mesures. En casos on el demandat pot demanar l'execució,²¹⁷ s'evidencia l'injust d'aquest article que perjudica només a l'actor podent el demandat demanar l'execució, o al menys denunciar un eventual abús de dret de l'actor si el fet de no demanar l'execució li causa un perjudici, per tal que aleshores desplegui els seus efectes el termini dels 20 dies de l'article 548 LEC.²¹⁸ De la mateixa manera que per a l'execució provisional s'apliquen els 20

²¹⁷ La bona doctrina i alguna jurisprudència han admés que sobretot en condemnes sinalagmàtiques –per exemple: atorgament d'escriptura i pagament del preu- el demandat té legitimitat per demanar directament l'execució de la sentència.

²¹⁸ En part analitza aquesta problemàtica la Interlocutòria AP de Burgos (Secció 3^a). núm. 147/2005 de 21 de març de 2005 (JUR 2005\115414): “*SEGUNDO.- Según la parte apelante, Talleres Portugal S.L, procede el alzamiento y cancelación de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda porque dado el tiempo transcurrido desde la firmeza del Auto de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de fecha 28.7.2003 que declaró la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia de fecha 5.4.1999 en sus propios términos, con reserva expresa a favor de la parte actora ejecutante para interesar la indemnización pertinente, dicha parte aun no ha interesado la determinación de la indemnización sustitutiva con arreglo a lo dispuesto en el artículo 717 de la LECiv y no lo hará hasta tanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre el recurso de amparo interpuesto contra el citado Auto (como así reconoce la misma parte ejecutante – D. Vicente – al decir que de hacerlo entraría en contradicción con la deseada restitución de la condena de hacer que contiene la sentencia firme), lo que dice constituye un abuso de derecho que no puede recibir respaldo judicial, a la par que causa graves e importantes perjuicios de tipo económico y financiero a la parte apelante.*

La parte apelante funda el alzamiento y cancelación de la medida de anotación preventiva en una razón de índole jurídica, cual es el carácter accesorio de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 731.1 de la LECiv al establecer que «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado por cualquier causa, salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medias acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Y trascurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas».

Habiendo finalizado el proceso con sentencia estimatoria de la demanda, conforme al artículo 731.1 de la LECiv las medidas cautelares adoptadas solo pueden ser alzadas, si en el plazo de 20 días desde la notificación al ejecutado de la sentencia firme, el ejecutante no hubiere solicitado la ejecución. Por ello, como quiera que en el presente caso, el ejecutante presentó demanda ejecutiva, la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda se entiende que se mantuvo como definitiva en tanto en cuanto no se diese completa satisfacción al acreedor ejecutante, no obstante no haberse

dies de l'art. 548 LEC per evitar que el demandat hagi de pagar costes o de consignar ignorant si l'actor vol o no executar provisionalment, és equitatiu fer aquesta mateixa interpretació analògica de la forma que hem proposat, és a dir: si concedim els 20 dies de pagament voluntari a l'executat provisionalment, també és lògic concedir-los a l'executant definitiu per no veure alçades les mesures cautelars quan és al demandat a qui interessa que la sentència s'executi. En cas contrari estaríem interpretant una norma a favor de l'executat i no de l'executant que és a qui finalment s'ha de protegir, perquè té raó. Com deia Chiovenda, per un altre supòsit però aplicable també al que ara mantenim, “la necessitat de servir-se del procés per obtenir raó no ha de tornar-se en un dany per qui té raó”, i també que “el procés ha de donar a qui té dret, tot allò i exactament allò que té dret a obtenir” .²¹⁹

j) Manteniment de la mesura cautelar si es desestima la demanda.

La no aplicació de l'article 744.1, perquè si es desestima la demanda principal no hauria de procedir l'alçament immediat de la mesura. Com apunta Ramos Romeu²²⁰ i també Pérez Daudí²²¹, la interpretació de l'article 744.1 LEC ha de fer-se en el sentit que l'aixecament de les mesures cautelars a causa de la sentència absoluta només es dona en els supòsits que el demandant no recorri la sentència, de manera que l'alçament no pot ser automàtic.²²² També ho va dir la Interlocutòria TS de 22 Gener 2002 (JUR 2002/35790).²²³

solicitado expresamente en la demanda ejecutiva el mantenimiento o conversión de aquella en definitiva.”

²¹⁹ CHIOVENDA, *Institutioni di diritto processuale civile*, Vol. I. Napoli, Giovene, 1950, p. 143.

²²⁰.- RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares*, cit., pp. 150 i 151, i 160.

²²¹ PEREZ DAUDÍ, “Los criterios jurisprudenciales...”, cit., pp.84-85. I cita dos interlocutòries molt interessants, la de l'AP Barcelona, (Secció 4a) de 14 de febrer de 2003 (JUR 2003/166035) i la de l'AP Castelló, (Secció 3a) de 20 de juny de 2006 /AC 2006/1626) i AP Barcelona, (Secció 4a) de 14 de febrer de 2003.

²²².- També és interessant la Interlocutòria AP de Barcelona (Secció 19a). Núm. 13/2010 de 22 de gener de 2010 (JUR 2010\113847): “Lo cierto es que el art. 744 de la LEC , con

No es pot confondre la desestimació de la demanda en primera o segona instància amb la pèrdua absoluta del *fumus boni iuris*, que és el que sembla que fa l'article. El promig de revocacions de sentències de primera instància és elevat, i caldria – abans d'acordar l'aixecament de la mesura cautelar- estudiar la conveniència de mantenir-la o no, i on s'ha de decidir serà en el mateix recurs d'apel·lació, perquè

carácter general, ordena el alzamiento de las medidas cautelares de forma inmediata en caso de ser absuelto el demandado. No establece ningún plazo para ese alzamiento, a pesar de prever la posibilidad de que la parte que instó la adopción de la medida cautelar solicite su mantenimiento. Tampoco establece ningún plazo para que, desde que se dicte la resolución absoluta del demandado, el actor pueda solicitar el mantenimiento de la medida cautelar.

Desde luego no puede contemplarse el plazo del art. 548 de la LEC al que se remite el art. 731 del mismo Cuerpo Legal. Ese precepto se refiere a la situación contraria a la que aquí se estudia: sentencia estimatoria de la demanda y no mantenimiento de las medidas cautelares más allá del plazo para solicitar la ejecución de la sentencia. Lo mismo que no puede contemplarse la situación que describe el art. 731.2 de la LEC , porque se refiere a la ejecución provisional de la sentencia estimatoria de la demanda para la que se adoptaron las medidas cautelares y no, como aquí sucede, a la ejecución provisional de la sentencia por haber sido estimada la demanda reconvencional en la que no se solicitó medida cautelar.”

²²³ Citada per la Interlocutòria de Audiència Provincial de Las Palmas (Secció 5a). Núm. 56/2006 de 24 de març de 2006 (JUR\2006\169449), que tracta un cas realment curiós on la demandada absoluta va demanar l'execució provisional d'acord amb l'article 731.1 LEC només per obtenir l'alçament de les mesures. Tot hi la sorpresa de la Sala, estima parcialment el recurs aplicant una economia processal certament discutible, diu: “*En definitiva, el artículo 744 citado, establece el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas tras sentencias no firmes, en el supuesto de que sean absueltos los demandados en primera y segunda instancia, contemplando, el último inciso del párrafo primero de la citada norma, la posibilidad de mantener la medida oídas las partes y aumentando la caución -Vid. Auto T.S. de 22 de enero de 2002 (JUR 2002\35790)-, norma que resulta de aplicación al caso de autos y supone, en conclusión, la inaplicación del artículo 731.2 de la ley procesal citada puesto que, como se expuso, las sentencias absolutorias no son objeto de ejecución provisional.*

Procede, por lo expuesto, la estimación parcial del presente recurso por cuanto, a pesar de que el procedimiento elegido -ejecución provisional- por la dirección letrada del recurrente no fue el adecuado para obtener resolución acorde con su pretensión - alzamiento de medida cautelar-, lo cierto es que, en aplicación del artículo 744 de la LEC, resultaba oportuno acoger la misma”.

si no, no tindria sentit el recurs d'apel·lació.²²⁴ En contra la Interlocutòria AP de Santa Cruz de Tenerife (Secció 3a) d'11 d'octubre de 2008 (JUR\2008\48072).²²⁵

Tot i que s'opti pel procediment de la LH no s'hauria d'admetre la declinatòria, d'acord amb l'article 725 LEC.

²²⁴ Especialment la Interlocutòria de l'AP Barcelona, secció 4a. de 14 de febrer de 2003, Id Cendoj: 08019370042003200008, i també el comentari de PÉREZ DAUDÍ, "Los criterios jurisprudenciales...", cit., p. 85 i 86.

²²⁵ Diu la resolució: "... es claro que nos encontramos ante el procedimiento establecido en el art. 731 , por lo que estimamos que la competencia para el alzamiento de la medida viene otorgada por el mencionado precepto al juez de instancia que es el competente para despachar la ejecución provisional. Por lo tanto, no puede aceptarse las impugnaciones referidas ni a la falta de competencia ni a la de ausencia de procedimiento".

Però en canvi aquesta sentència resulta interessant per un altre aspecte, l'efecte expansiu en l'execució provisional en relació a les mesures cautelars quan intervenen una pluralitat de parts, i ne aquest sentit, diu: "*TERCERO.- Dispone el art. 731.2 de la LEC que cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubieran acordado y que guarden relación con la ejecución, precepto del que se ha venido señalando que solo puede ser entendido e interpretado en el sentido de considerar que la medida adoptada que guarde relación con la ejecución pasa a convertirse en medida definitiva y por tanto, de ejecución y apremio. Las recurrentes con relación al referido precepto plantean dos cuestiones, la primera es la referida a que siendo tres los actores, solo a instancia de dos de ellos, D. Alicia y la entidad Manciol SL, se ha despachado ejecución provisional de la sentencia, pues tal y como consta D. Jesús no la ha pedido, con respecto a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de esta Audiencia, habiendo quedado sin efecto la despachada en relación con la sentencia dictada en la primera instancia. La segunda cuestión, es que es la medida que se alce ha de guardar relación con la ejecución provisional que se despacha. Es cierto que el referido precepto no contiene disposición alguna por la que requiera que la ejecución despachada sea solicitada por todas las partes con posibilidad de ejecutar provisionalmente, pero esa ausencia no es obstáculo para ser entendido en el sentido pretendido por el recurrente, pues si la finalidad de la norma contenida en el citado artículo, no es otra que evitar la doble imposición a la parte ejecutada provisionalmente, en el sentido de que no está obligada a soportar la ejecución provisional de la sentencia y medidas que la garanticen, lo cierto es que ello será de aplicación cuando la ejecución pedida por una parte beneficie a ambas, no solo a la que ha interpuesto la demanda sino a la otra que no lo ha hecho, y en este caso, no se ha acreditado que la ejecución despachada beneficie a D. Jesús*".

És dubtós si seria aplicable el segon incís de l'apartat 1 de l'article 728 LEC, és a dir, si és procedent en casos d'anotació preventiva de llegat, denegar l'anotació preventiva per haver estat el legatari consentint la situació durant molt temps.²²⁶ No hauria de ser aplicable al menys respecte de les anotacions preventives de llegats específics de béns immobles, atès que l'article 47 diu "se podrá pedir en cualquier tiempo". I sobretot si tenim present que l'anotació preventiva de llegat específic de bé immobles es transformarà en anotació definitiva. Diferent és respecte del llegat de gènere o quantitat que fixa terminis concrets que des del nostre punt de vista són difícils de justificar. Tal vegada el límit temporal dels 180 dies després de la mort del causant (art. 48 LH) s'haurien de poder interpretar com una simple presumpció respecte de l'acte propi que representa haver consentit la situació, sense limitar al jutge la llibertat d'adoptar la mesura cautelar d'anotació preventiva de llegat, (i amb més raó una altra mesura cautelar igualment òptima). Perquè una interpretació literalista ens duria a l'absurd que no es pogués adoptar la mesura d'anotació preventiva de llegat però si la de demanda, o la de legítima, etc... Fins hi tot en el supòsit que el *periculum* (subjectiu)²²⁷ hagués aparegut després dels 180 dies no tindria cap sentit inadmetre l'anotació pel fet d'haver transcorregut els 180 dies.

²²⁶ Com sosté RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares*, cit., pp. 524 a 526, aquest article 728.1.2 ratlla la inconstitucionalitat i fins hi tot innecessàriament, perquè la interpretació no pot ser que l'acte propi del consentiment de la situació al llarg del temps sense repercusió o relacionat amb els drets de les parts en el fons, i si l'ha de tenir –com aquest autor defensa– aleshores en realitat forma part del *fumus boni iuris* i s'hauria de poder discutir al discutir el fons, és a dir, la conveniència de la mesura cautelar suspesant el dret de les parts. No fer-ho desvincula la tutela cautelar de la tutela sobre el fons. I això al marge del *periculum in mora* que, és clar, pot haver modificat la situació i que tampoc justifica la necessitat del precepte perquè la valoració dels danys a les parts per acordar o no acordar la mesura cautelar també ho pot valorar el jutge sense valoracions –diu-apriorístiques i en aquest sentit forma part d'apreciar l'existència del *periculum in mora*. En el nostre cas es reforça la opinió d'aquest autor pel fet que en la regulació "sustantiva" de l'anotació preventiva de llegat que fa la LH no es troba cap precepte similar al 728.1.2 LEC.

²²⁷ PEREZ DAUDÍ, "La excesiva importancia....", cit., p. 170.

I potser seria adient reservar el procediment regulat a la LH per quan no s'interposa amb la demanda principal, o no es te previst interpolar-la de forma imminent. A l'espera, senzillament, que el gravat lliuri el llegat.

La Interlocutòria AP Barcelona de 19 de setembre de 2001 (JUR 2001/316121),²²⁸ sembla que homologa, tot i que ho fa obiter dictum, la vigència del procediment de la LH, ens sembla una bona opció (es tracta de la Secció 16^a).

²²⁸ Ponent: Sra. Pérez de Lazarraga Villanueva. *“PRIMERO.- Contra la resolución dictada en primera instancia, por la que se deniega la anotación preventiva del legado a favor de la demandante de una cantidad de dinero, interpone recurso de apelación ésta última, alegando al efecto, y en esencia, que cuando el artículo 48 de la Ley Hipotecaria señala que procede la anotación de dicho legado sobre los bienes inmuebles de la herencia "siempre que no hubieren sido especialmente legados a otros" se está refiriendo, al emplear el término "otros", a los que no sean herederos porque, según la misma, si en esta expresión se incluyen los herederos que reciben los inmuebles de la herencia, y como herederos aunque por vía de "prelegados" en cuanto distribución de la misma, se habría arbitrado un medio para burlar el derecho de un legatario, no heredero pero legitimario, como lo es la recurrente, de recibirlo o, en este caso, de garantizarlo con bienes de la propia herencia.*

Asimismo esta parte alega que, de conformidad con lo previsto en el artículo 358 del Código de Sucesiones, hay que considerar que los demandados obligados al pago del legado son ante todo herederos, reiterando que la figura utilizada por el testamento del prelegado sirve para la individualización y distribución de los bienes de la herencia entre los herederos, y no para otros legatarios no herederos.

Atendidas las anteriores alegaciones hay que comenzar por poner de manifiesto que el artículo 257 del Código de Sucesiones, vigente en Cataluña y aplicable a la sucesión que nos ocupa, establece que "El coheredero o el heredero único favorecidos con algún legado, lo adquieren íntegramente a título de legatarios y no de herederos, aunque el testador lo haya impuesto determinadamente a cargo de ellos mismos", disponiendo a su vez el artículo 268 del mismo cuerpo legal que "El heredero favorecido por un legado puede aceptar la herencia y repudiar el legado, y a la inversa"

De tales preceptos se desprende que la figura del prelegado se perfila como una sucesión desvinculada de la hereditaria propiamente dicha, razonando así y al efecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 1.999 que "Como señala la mejor doctrina, la Compilación eliminó el régimen romano del prelegado, pero continúa utilizando la misma terminología, si bien se convirtió en tan sólo una palabra para designar la disposición a título particular hecha a persona ya llamada a título universal. La disposición tiene como consecuencia la atribución de títulos autónomos, que el heredero puede aceptar o repudiar independientemente; ordenación ésta recogida, sin alteraciones dignas de mención, en el actual Código de Sucesiones", aludiéndose de forma expresa en esta resolución a la independencia entre herencia y legado".

Por consiguiente, en principio no podemos entender que los bienes prelegados en este caso se adquieran por los demandados en su condición de herederos o que su aceptación de la herencia haya comportado la ineficacia de esos legados como tales porque, según hemos visto, el heredero favorecido por un legado lo adquiere íntegramente a título de legatario y no de heredero.

Teniendo en cuenta lo expuesto y analizando ya las normas de la Ley Hipotecaria tenemos que el artículo 48 dispone que "El legatario de género o cantidad podrá pedir la anotación preventiva de su valor, dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia, bastantes para cubrirlo, siempre que no hubiesen sido legados especialmente a otros" y el artículo 52 que "El legatario que no lo fuere de especie y dejare transcurrir el plazo señalado en el artículo 48 sin hacer uso de su derecho, sólo podrá exigir después la anotación preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que antes haya adquirido o inscrito algún derecho sobre los bienes hereditarios."

Poniendo en relación ambos preceptos se llega a la conclusión de que no es posible anotar preventivamente un legado de cantidad sobre unos inmuebles que han sido ya legados especialmente a otras personas, sin que quepa realizar la distinción que verifica la recurrente, según se trate de herederos o no herederos, y ello porque la Ley no distingue y porque, como ya hemos visto, aunque una persona tenga las dos condiciones, de heredero y de legatario, los títulos de adquisición son autónomos e independientes, sin que por tanto, y a los efectos de adquirir los bienes inmuebles especialmente legados, se diferencien de las restantes personas que únicamente tengan la condición de legatarios.

Desde otro punto de vista el que el citado artículo 52 indique que se puede hacer la anotación sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero no puede llevarnos a considerar que si los inmuebles legados están en poder del mismo cabe la anotación analizada porque este precepto es más restrictivo que el anterior, el 48, al referirse a la anotación solicitada después de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, anotación que, según sus términos, y a diferencia de la pedida en dicho plazo, "sólo" podrá realizarse sobre unos determinados bienes, no teniendo sentido que en ésta última no quepa sobre los legados y en cambio, y cuando se pida después, sí. Finalmente hay que tener en cuenta que la anotación preventiva de legado, como tal anotación y habida cuenta de las consecuencias que comporta de publicidad frente a terceros, ha de adoptarse siempre de forma restrictiva y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos legalmente establecidos, que aquí no se dan.

SEGUNDO.- Por otra parte la recurrente invoca su condición de legitimaria, condición que, aunque concurre, no permite, por sí sola, la anotación del legado litigioso ya que el artículo 366 del Código de Sucesiones establece que "El derecho a la legítima no autoriza para promover el juicio de testamentaría, pero el legitimario puede pedir que sea anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda de reclamación de la legítima o del suplemento de ésta. En cambio, la legítima no da lugar por ella misma a ningún otro asiento en el citado Registro, fuera de la anotación preventiva de legado, si cupiera."

Por ello, al no haberse interpuesto una demanda en reclamación de la legítima o de su suplemento, la posibilidad de una anotación preventiva como la que nos ocupa ha de

També resulta la vigència del procediment de la LH de diverses resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de Catalunya. Resolució de la DGRN de 18 de maig de 2006 (JUR\2007\87344);²²⁹ Resolució de la DGRN de

remitirse a las normas, más estrictas, relativas a los legados, en cuya aplicación, y por lo razonado, no tiene cabida la que pretende la apelante.

Frente a ello tampoco es oponible el artículo 358 del Código de Sucesiones porque de este precepto lo único que se desprende es que si los que resultan ser legitimarios son además instituidos herederos o legatarios, lo que se les deje por éstos últimos conceptos ha de atribuirse necesariamente a la legítima que legalmente les corresponda, circunstancia que no incide en la cuestión litigiosa, máxime cuando en el primer párrafo del antes reseñado artículo 366 se señala que el heredero, no el legitimario, es quien "responde personalmente del pago de la legítima y del suplemento de ésta".

Por último hay que dejar constancia de que aquí, y además de los inmuebles legados, existen otros bienes, por lo que, en principio, no toda la herencia se ha repartido mediante legados y cualquier otra cuestión, como lo pueda ser la eficacia y validez de los legados, su posible inoficiosidad o reducción e incluso la cuarta falcidia, no puede ser examinada en este procedimiento, que se limita a determinar si procede o no una anotación preventiva de legado de cantidad, debiéndose, en todo caso, ventilar aquellas en el procedimiento declarativo que corresponda."

²²⁹ *"La inscripción de los legados:*

3.1 Planteada, pues, la cuestión de la titularidad dominical del bien legado –que tratándose de un bien inmueble específico y determinado de propiedad del testador como es el caso objeto de este recurso, corresponde directamente al legatario desde el mismo momento de la defunción del causante–, es útil examinar las previsiones de la legislación hipotecaria en materia de inscripción de legados.

3.2 De acuerdo con el artículo 14 de la Ley y el 81 de su Reglamento, la inscripción a favor del legatario de inmuebles legados específicamente se practica en virtud de la escritura de manifestación de legado si el legatario ha sido facultado por el testador para tomar posesión, o bien de la escritura de partición de la herencia o de la escritura de entrega de legados. En el caso que es objeto del recurso, el legatario no ha sido facultado para tomar posesión del legado y tampoco se ha otorgado la escritura de herencia o de entrega de legado, por lo que resulta evidente que la finca legada no se puede inscribir, de entrada, a favor del legatario ni de su adquirente, si se hace una interpretación literal del Reglamento. Éste es, además, el sentido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de enero de 1990 (RJ 1992, 2573).

3.3 La opción reglamentaria de condicionar la inscripción del legado de cosa específica y determinada del testador a la entrega efectiva de la posesión al legatario por parte del heredero es anterior a la promulgación de la Compilación de 1960 y su razón de ser en Cataluña nunca ha sido clara. Habitualmente se ha querido explicar como garantía del heredero que tiene la posibilidad de pedir la reducción de legados por razón de la cuarta falcidia o de los legitimarios, que pueden pedirla por inoficiosidad. Esta interpretación no tiene en cuenta, sin embargo, que los artículos 280.2 y 373.4 facultan al legatario afectado por la reducción para evitarla abonando al heredero o al legitimario, en dinero,

el importe de la reducció y que, en todo caso, el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada en el mismo momento de la muerte de su causante. Por tanto, el derecho a la reducció de legados, tanto si es por razón de la falcidia como por razón de la legítima, se concreta en un simple derecho de crédito contra el legatario, que no debería tener ninguna garantía real, menos aún después de la supresión, en Cataluña, de la mención legitimaria que preveía el artículo 15 de la Ley Hipotecaria).

3.4 A pesar de esto, es preciso admitir que la literalidad del artículo 271.3 del Código de Sucesiones relacionada con la del 81 del Reglamento hipotecario no permite que el legatario inscriba a su favor la finca legada sin el consentimiento del testador o del heredero.

CUARTO.- Las anotaciones preventivas de legado.

4.1 El artículo 47 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) establece que el legatario de bienes inmuebles determinados puede pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho sobre los bienes que son su objeto.

4.2 Esta anotación preventiva, a diferencia de las anotaciones que pueden pedir los legatarios de cosa genérica y de cantidad que prevén los artículos 48 y siguientes de la Ley Hipotecaria, no exige el convenio entre heredero y legatario o mandamiento judicial previsto en los artículos 57 y 58 de la misma Ley. La diferencia de tratamiento, a pesar de que no es clara en la letra de la Ley, resulta obvia sobre la base de la finalidad de la norma. Cuando se trata de legados de cosa genérica o de cantidad, que son de naturaleza obligacional, la anotación se debe practicar sobre bienes que pueden llegar a ser del heredero y, por tanto, es preciso su consentimiento o el mandamiento judicial porque el heredero puede haber pagado el legado o puede haberlo extinguido de cualquier otra manera, por compensación, por ejemplo, al margen del Registro. Cuando se trata de legados de cosa específica propiedad del testador, la cosa legada pasa a ser propiedad del legatario de manera directa y el heredero sólo puede cumplir con el legado entregando aquella cosa concreta. Por ello la anotación preventiva no necesita el consentimiento del heredero. Tanto es así que el artículo 151 del Reglamento hipotecario incluso impide a los herederos inscribir a su favor los bienes determinados legados específicamente a otras personas, y el artículo 48 de la Ley impide practicar anotaciones preventivas de legado de cosa genérica o de cantidad sobre las cosas legadas específicamente a otra persona.

4.3 Una interpretación sistemática de la Ley conduce al mismo resultado: el artículo 47 encabeza la regulación de las anotaciones preventivas de legado con una norma única relativa a los legados de cosa específica propiedad del testador que el legatario puede pedir en cualquier momento. El 48 y siguientes hacen referencia a los legados de cantidad o de cosa genérica con el fin de dotar de una garantía real sobre los bienes de la herencia no legados a terceros en relación a los acreedores del heredero y, en principio, es preciso pedir las anotaciones dentro de los 180 días siguientes al de la defunción del testador. Así pues, la anotación del artículo 47 tiene por finalidad dar publicidad a la existencia del legado sobre la misma finca de la que es objeto. La anotación del 48 y siguientes, otorgan una determinada garantía sobre unos bienes que no son los legados pero que pueden pasar a formar parte del patrimonio del heredero que debe cumplirlos, con el efecto de dar una determinada preferencia en una hipotética realización de valor.

19 de maig de 1947 (RJ\1947\1044);²³⁰ Resolució de la DGRN de 11 d'agost de 2006 (RJ\2006\6101); Resolució de la DGRN de 13 de gener de 2006 (RJ\2006\645).²³¹ Referides però totes elles a peticions en que l'objecte és la inscripció de l'anotació preventiva però sense un plet principal.

4.4 La finalidad de la anotación preventiva del legado de cosa específica y determinada es, precisamente, la de permitir que el legatario que no ha sido facultado para tomar posesión del legado por su propia autoridad pueda hacer constar su derecho en el Registro en los casos en que, o bien se desconoce la existencia o la identidad del heredero, o bien hay una multiplicidad de herederos que no se ponen de acuerdo entre ellos, o simplemente hay una negativa del heredero o los herederos a hacer entrega de la posesión del legado. En estos casos, el legatario tiene dos vías: la de reclamar judicialmente la entrega de la posesión o la de esperar a que los herederos queden determinados o se pongan de acuerdo entre ellos y le entreguen la finca legada. Es obvio que si para obtener la anotación fuese necesaria la intervención judicial, la anotación del artículo 47 de la Ley Hipotecaria resultaría inútil, como ha destacado de manera continuada la doctrina catalana que se ha ocupado de la materia.

4.5 En el caso que motiva este recurso el legatario no ha pedido la anotación preventiva de legado, por lo que el registrador no la puede practicar, ya que su actuación siempre debe ser a petición de la parte interesada.”

²³⁰ *“CONSIDERANDO.- Que la exposición de motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, que por su luminosa doctrina y el acierto que preside su redacción, constituye el más valioso elemento interpretativo de nuestro ordenamiento inmobiliario, al tratar de la materia de anotaciones preventivas y referirse a la de legados consigna que: «cuando la cosa legada es determinada o inmueble, con arreglo a los principios del Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expire el testador; el heredero es el que tiene que entregar, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio», y agrega que «mientras llegue el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación...», y estas palabras demuestran que la tradición de la cosa legada compete a los herederos.*

CONSIDERANDO.- Que esta solución es unánimemente proclamada en nuestro Derecho Inmobiliario y defendida por los más destacados comentaristas del Código Civil, los cuales convienen en que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia «sine qua non» para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo la cosa legada con independencia de la adquisición dominical, que tendrá lugar en los términos prevenidos por el citado artículo 882.”

²³¹ *“TERCERO.- El artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la*

k) Legitimació per demanar la mesura cautelar si és demandat.

Respecte de la legitimació per demanar la mesura cautelar, reiterar el que hem dit en l'apartat anterior corresponent, afegint que si en general hem sostingut que la petició de mesures cautelars la pot fer, no només el demandant, sinó que també, excepcionalment, el demandat "pur",²³² (tot hi que l'article 721 LEC limiti aquesta petició només al demandant i reconvinent. O els arts. 726, 727, 728, 733, 734, 738, 739, 742, 744, 745, 746 LEC es refereixen al demandat com al subjecte

misma o a los herederos. Y, aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la inscripción de la cosa legada a favor del legatario, ya que éste cuando el legado es de cosa específica propia del testador, adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste (cfr. artículo 882 del Código Civil), como ha dicho la doctrina más autorizada, los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen legitimarios –lo que no es el caso–, al pago de las legítimas y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores. Por su parte, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha entendido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción a favor del legatario; en este sentido, la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria, al justificar la anotación preventiva a favor del legatario expresa: «Cuando la cosa legada es determinada o inmueble con arreglo a los principios del derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que espira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Este supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito de la reivindicación». Y, aunque la doctrina científica y la de esta Dirección (cfr. Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) ha afirmado que tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, ello no ocurre así más que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos, y como también ha afirmado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 25 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6574]), no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado.

Por todo ello, recogiendo las tesis de la doctrina y la Jurisprudencia, el artículo 81 del Reglamento Hipotecario, recoge los títulos necesarios para verificar la entrega a favor del legatario, permitiendo solamente la solicitud unilateral del legatario cuando toda la herencia se hubiera distribuido en legados y no hubiera persona autorizada para realizar la entrega.»

²³² Que no formula reconveció.

passiu de la mesura cautelar).²³³ En els plets referits a aquesta matèria, que com hem vist, la pètitia de la demanda pot ser declarativa negativa, que la demanda la posi l'hereu per tal de declarar que el llegat és ineficaç, i aleshores, la contestació a la demanda, que planteja l'excepció impeditiva de validesa, pot anar acompanyada de la petició de mesura cautelar d'anotació preventiva de llegat. En aquests casos en que el legatari és demandat, i a diferència dels litigis en que el legatari és el demandant, curiosament sorgeix quasi sempre el *periculum in mora*, o millor, s'evidencia de forma especialment marcada, precisament pel fet que l'hereu interposi la demanda.

L'art. 68 de la LH estableix que:

"Las providencias decretando o denegando la anotación preventiva en los casos primero, quinto, sexto y séptimo del artículo 42 serán apelables en un solo efecto.

En el caso octavo del mismo artículo será apelable en ambos la providencia cuando se haya opuesto a la anotación el que tuviere a su favor algún derecho real anterior sobre el inmueble anotado."

Com hem dit, en l'apartat tercer del mateix article 451-15 estableix la possibilitat de l'anotació preventiva de llegat, quan el pagament de la llegítima s'atribueix per mitjà d'un llegat de béns immobles o d'una quantitat determinada de diners.

La possibilitat d'anotar preventivament el llegat de la llegítima, en comptes de la llegítima és possible (perquè no?) i a més sembla que clarament ho permeti l'art. 98 LH.

10.5.- *Fumus Boni iuris*.

²³³ RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares*, cit., pp. 134 a 144.

Com sabem, per acordar una mesura cautelar, és necessari el pressupòsit de l'aparença de bon dret (art. 728 LEC), en la petició de la mesura cautelar, pràcticament només la condició de legitimari i que la llegítima no ha estat pagada. caldrà acreditar

10.6.- El *periculum in mora*.

El segon pressupòsit per acordar una mesura cautelar, és el perill per la mora processal que el demandat pugui fer “desaparèixer” el bé amb el que es vol garantir el pagament de la llegítima.

El fet que la previsió de l'anotació en el registre de la reclamació de la llegítima estigui prevista en la regulació substantiva, en el Codi, és significatiu de que la voluntat del legislador ha estat potenciar l'aplicabilitat de l'anotació, fins el punt que el pressupòsit del perill de la mora processal es dona pràcticament per fet, per definició de la matèria (dret de llegítima).

La redacció mateixa dels dos apartats de l'article 451-15 CCC sembla tenir implícita la concessió de la mesura: “pot demanar”, sense que s'exigeixi res més que qui demana la mesura sigui legitimari i l'hereu no li hagi pagat la llegítima o el seu suplement (que són el *fumus boni iuris*). Així ho interpreta també la jurisprudència²³⁴, i ho entenen habitualment els tribunals de primera instància.

10.7.- La caució.

El que acabem de dir respecte del *periculum in mora* és predicable també respecte de la caució.

²³⁴ Sobre el tema del *periculum in mora*, hi ha al menys dues interlocutòries de l'AP Barcelona que diuen que no és necessari aquest requisit quan es tracta d'anotació preventiva del llegat de llegítima (AP Barcelona de 2-06-2008 (Seccó 1a., recurs 221/2008, Id Cendoj: 08019370012008200147) i 08-07-2002 (Secció 16a., recurs 165/2002, Id Cendoj: 08019370162002200076), concretant que el *periculum in mora* i el *fumus boni iuris* es poden entendre implícits en la previsió legal de la mesura cautelar. Jo crec que en general ha de ser així, però potser la pràctica ens pot fer veure algun supòsit concret en que no.

De manera que, si l'objecte del plet no inclou la condició de legitimari, i per tant la qüestió debatuda és només l'import de la llegítima (no es discuteix el dret de llegítima, ni la condició de legitimari, si no el seu import), no serà necessària la prestació de caució, o serà mínima, només que per cobrir les eventuals despeses (mínimes) d'aixecar l'anotació quan acabi el procés. En aquest sentit, Ramos Romeu diu que:

“Para concluir, conviene mencionar que existen supuestos en que las Audiencias consideran que no existen daños y por lo tanto eximen de caución. Por ejemplo, en el caso del AAP Madrid de 11 de septiembre de 2003 (JUR 2003\263709) se pedía sólo el otorgamiento de escritura pública de compraventa y la Audiencia consideró que los daños que podía sufrir el sujeto pasivo eran inexistentes, porque la compradora ya estaba viviendo en el inmueble comprado. Pero en la SAP Valencia de 6 de noviembre de 2002 (JUR 2003\30610) se pedía la declaración de propiedad y la anotación preventiva de la finca que ya estaba inscrita en el registro a favor del actor, y sólo se discutían lindes. El Juzgado había eximido de caución por considerar que no podía haber daños derivados de la anotación, pero la Audiencia prefirió sólo moderarla. La exención a veces se extiende a casos muy dudosos²³⁵ y otras se hace supuesto de la cuestión para eximir de caución.²³⁶”

²³⁵ AAP Sevilla de 25 mayo 2004 (JUR 2004\135603): *una anotación preventiva de una acción de nulidad de compraventa y cumplimiento forzoso de contratos de opción de compra.*

²³⁶ AAP Sevilla de 8 marzo de 2004 (JUR 2004\126525): *“Esta Sala está conforme con lo argumentado por el Juez de instancia, de que lo que se pide es el cumplimiento del contrato y no la resolución del mismo, y la finca litigiosa estaba vendida desde la firma del contrato privado de venta celebrado entre las partes, con lo que desde las fechas de este contrato privado la finca estaba fuera del tráfico jurídico, no pudiéndose enajenar a un tercero, ya que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplir al tenor de los mismos, por lo que no puede causarle perjuicio, es por lo que no estima el recurso de apelación confirmándose la resolución recurrida.”*

Per regla general, doncs, considero que no serà necessària la prestació de caució, i per tant, tampoc és indispensable el formalisme del seu oferiment.

La redacció de l'article sembla que implica l'opció per part del legislador de l'exempció total de caució.

De tota manera, en determinades situacions, penso que pot ser molt convenient la necessitat de caució²³⁷.

Per exemple precisament quan l'anotació de la mesura en el Registre impedeix o dificulta molt disposar del bé precisament per poder pagar la llegítima. Supòsits en que en el patrimoni del causant (i de l'hereu obligat a pagar la llegítima) només hi ha una única finca. Situació molt habitual, per exemple en herències en que la vídua tenia a mitges un sol habitatge amb el marit (causant) i després, un dels fills, opta per reclamar la seva llegítima.

En aquestes situacions, l'anotació de la demanda indeterminada de reclamació de llegítima pot impedir o dificultar molt la venda i per tant causar un perjudici a l'hereu que vol o necessita vendre la única finca de l'herència. En aquests casos, si l'anotació de la mesura cautelar impedeix a l'hereu disposar del bé, hauria de comunicar al jutjat la nova situació per tal que la mesura cautelar pugui ser substituïda per una altra mesura que garanteixi els drets legítims, atès que no sembla lògic que, per raó d'una anotació de reclamació de llegítima, que pot ser només d'1/16 part (cas de 4 fills) del valor de la finca pugui avortar la venda o fins hi tot impedir-la. I la mesura substitutiva pot ser, senzillament, l'autorització de la venda, amb la intervenció del legítimari, i la directa consignació en la compte del jutjat de la part del preu corresponent a la quota legítima i el corresponent manament de cancel·lació de la mesura cautelar.

10.8.- Possibilitat d'altres mesures.

Com hem anunciat *ut supra*, considerem que la mesura cautelar idònia per garantir el pagament de la llegítima hauria de ser l'embargament preventiu, atès que és aquesta mesura cautelar més adient per garantir el pagament d'una

²³⁷ Per un tractament general i profund sobre aquesta qüestió de la caució cautelar, vid. RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares*, pp. 299 a 420.

quantitat –i no pas l’anotació preventiva de la demanda de reclamació de llegítima-, al menys en el supòsits en que en la mateixa demanda es determina l’import de la llegítima, i fins hi tot una previsió raonada dels interessos i de les eventuals costes del judici.

L’anotació d’una demanda (de reclamació de llegítima) sense dir o fixar quin és l’import objecte de reclamació no creiem que sigui la mesura cautelar més adient. Serà una mesura cautelar poc concreta, cobrint només una publicitat limitada merament informativa, a nivell de simple notícia²³⁸, però sense una afectació concreta y delimitada del que és objecte de garantia, sense satisfer ni al demandant ni al demandat. Per altra banda no aclarirà al tercer registral si l’anotació garanteix ¼ part de la finca objecte de l’anotació, o en canvi és el valor de tota la finca el que garanteix la ¼ part de llegítima perquè hi ha altres béns a l’herència.

És per això que pot convenir acordar altres mesures cautelars. Certament, hi ha diversos factors que poden determinar la conveniència d’acordar altres mesures diferents a les previstes en l’article 451-15 del CCC, i res ha d’impedir aquesta possibilitat, atès que no hi ha dubte que el contingut de l’article 451-15 CCC no és de *numerus clausus*, lògicament.

Ara bé, el fet de demanar altres mesures diferents a les previstes haurà de justificar-se en cada cas, i ja no es podrà acordar de forma automàtica, perquè s’haurà de justificar la causa de demanar una mesura diferent a les previstes en l’article 451-15 CCC, justificar en definitiva la idoneïtat d’optar per una mesura diferent, i fins hi tot –si és el cas- el fet que la mesura cautelar alternativa sigui menys perjudicial pels interessos del demandat.

L’administració judicial per exemple, en casos d’incapacitat de l’hereu o de concurs o fallida de l’herència, o de processos de divisió de l’herència²³⁹.

²³⁸ RAMOS MENDEZ, *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona 1980, pp.44 a 50.

²³⁹ ESCALER BASCOMPTE, *La administración judicial*, Barcelona 2004, p. 109

10.9.- Acció de petició de llegítima com acció subsidiària a una altre de principal.

Per descomptat, quan l'acció de petició de llegítima és accessòria a una altra principal, la mesura cautelar de l'acció principal pot encabir la mesura cautelar pròpia de la llegítima o fins hi tot acordar dues mesures cautelars si no se'n deriva una contradicció. Si per exemple la petició principal és la nul·litat d'un testament per declarar vàlid l'anterior (o declarar l'herència intestada, si només hi ha un testament) aleshores la mesura cautelar més idònia sí serà l'anotació preventiva de la demanda, i fins hi tot, serà convenient anotar la demanda en totes les finques segons si el demandant pot arribar a ser hereu de totes elles a conseqüència de la declaració de la nul·litat del darrer testament i la validesa de l'anterior testament que el declara únic hereu. En aquest cas, és clar, l'anotació contindrà l'explicació que les accions que s'exerciten són la de nul·litat del testament i la subsidiària de petició de llegítima per si no prospera l'acció principal.

10.10.- L'anotació preventiva de sentència.

Una situació particular i controvertida és la conveniència de substituir la mesura cautelar d'anotació preventiva de demanda per la de sentència (art. 524.4 LEC). La jurisprudència ha declarat que no procedeix la substitució.

La qüestió, tot hi que la jurisprudència és majoritària en no admetre la substitució d'una mesura per l'altra²⁴⁰, no deixa de ser dubtosa i qüestionable. Una millor

²⁴⁰ ATS, de 26 febrer de 2006, Id. Cendoj 28079110012005203433, Ponent Sr. Villagómez Rodil:

“PRIMERO.- Se solicita la modificación de la medida cautelar acordada de anotación preventiva de la demanda por la de anotación preventiva de la sentencia del Juzgado, y sucede que la referida medida de anotación de la demanda no subsiste, pues por providencia de 7 de Junio de 2.004 y auto de 12 de marzo de 2.004, el Juez de Primera Instancia del Juzgado número 6 de Torreveja acordó dejar sin efecto dicha medida de anotación cautelar, librando mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación correspondiente. Por tanto no se produce la alteración ni modificación interesada, y la petición ha de ser desestimada, al no darse el supuesto de sustitución de una medida por otra, a lo que cabe agregar que el artículo 727 no contempla específicamente la medida cautelar de anotación de sentencia.”

ATS, 30 de noviembre de 2005, Id. Cendoj 28079110012006200124, Ponent Sr. Sierra Gil de la Cuesta:

“...; dadas las circunstancias concurrentes en el litigio, estaríamos ante una solicitud de modificación de medida cautelar, puesto que la parte ya solicitó y obtuvo la adopción de medida cautelar de anotación preventiva de demanda; y, aun considerándolo de este modo, la solicitud no reúne los requisitos exigibles, ya que, de un lado se pide que se deje sin efecto la fianza que se acordó al adoptar aquella anotación preventiva, lo que se contradice con la posible modificación de la misma que, en todo caso, debía suponer su mantenimiento o modificación -pero nunca su devolución- y, de otra parte, la eficacia de la medida cautelar ya adoptada y de la anotación preventiva de la sentencia que ahora se pide, es tal que no estaríamos ante el supuesto contemplado por el legislador como determinante de una modificación de aquella medida, ya que su propia naturaleza impide que existan "hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de la concesión" de la primera (cuestión distinta es que no hubiera precedido a la actual solicitud la adopción de la anterior medida cautelar); es más las características propias de la medida de anotación preventiva de demanda obtenida y de la que ahora pudiera obtenerse, de anotación preventiva de sentencia -se reitera, si es que se ha pretendido la vía de la medida cautelar- son tales que, más que alegación de hechos nuevos, habría de justificarse cumplidamente qué circunstancias fundamentan semejante modificación en orden a enervar el "periculum in mora" que constituye presupuesto, también, de la necesidad de su modificación; en definitiva qué garantía superior necesita la solicitante que no haya ya obtenido por la vía de la anotación preventiva de la demanda. Tal es así que el propio legislador ha situado la anotación preventiva de sentencia en trámite de ejecución provisional de sentencia no firme y la anotación preventiva de demanda como medida cautelar, y, si bien es cierto que el ordinal 11º del art. 727 de la LEC constituye la vía para la adopción de cualesquiera medidas no expresamente previstas en dicho precepto -como lo sería la anotación preventiva de la sentencia dictada en apelación- lo es igualmente que no puede prescindirse de las circunstancias concurrentes en el litigio en el que se solicite, como es el caso, puesto que el legislador lo supedita a la garantía de la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse que, en el caso que nos ocupa, ya fue asegurada a través de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda. Es más, conviene recordar, dada la circunstancia de que estamos refiriéndonos a la anotación preventiva de una sentencia, que, solicitada como medida cautelar, el carácter restrictivo que ha conferido el legislador a estas peticiones pendiente recurso (art. 730.4 LEC) impone a la parte la cumplida acreditación de hechos sobrevenidos en tal momento que la justifiquen y que no existieran en el momento inicial del proceso, sobre los que hubiera podido postular una medida cautelar en el momento ordinario (art. 730), es decir con la formulación de la demanda (como este proceso, adecuadamente, se hizo). Apurando los argumentos, resta por añadir, que el ordinal 6º del art. 727 tampoco favorecería una hipotética modificación de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda por la ahora pedida, dada la acción ejercitada en la demanda. Concluyendo, la parte no puede ampararse en la ambigüedad de su solicitud -ambigüedad que mantiene en su escrito de reposición cuando alude a la "cautela jurídico registral"- para eludir la vía de la petición en forma y ante el órgano competente de la ejecución

informació i coincidència entre el Registre i la realitat no perjudica absolutament a ningú, ben al contrari, beneficiarà al tercer de bona fe. Els costos del canvi de mesura van també a càrrec del demandant de la nova mesura cautelar²⁴¹ que demana el canvi de mesura, i si el demandat no s'oposa a la mesura tampoc hi ha costos de l'incident de modificació de mesura. Els mateixos criteris que van motivar acordar l'anotació de la demanda han de justificar –encara amb més raó– l'anotació de la Sentència definitiva per l'increment de *fumus boni iuris* que implica una sentència estimatòria.

Sobretot quan, l'eventual execució en el futur de la Sentència definitiva que pugui esdevenir ferma tingui efectes registrals d'inscripció o de cancel·lació d'assentaments registrals (ex art. 524.4 LEC).

provisional de la sentencia, si entiende que ésta es ejecutable provisionalmente y, como dice, de procedente aplicación el apartado 4 del art. 524 de la LEC."

²⁴¹ Que al nostre entendre pot ser l'actor principal o fins hi tot el demandat.

Com sabem, articles 721, 727.10 i 730 LEC, només l'actor pot demanar l'adopció d'una mesura cautelar. Però també hauria de ser possible que, excepcionalment, ho pogués fer el demandat, tot hi que la redacció dels articles de la LEC no ho permeti. Sobre aquesta qüestió, podeu veure àmpliament, RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares*, pp. 134 a 144, on explica que una correcte i àmplia visió de la instrumentalitat de les mesures cautelars hauria de permetre que el demandat <pur> pogués sol·licitar mesures cautelars. Cita diversos exemples, situacions particulars de judicis sobre dret de família, en obligacions sinal·lagmàtiques de lliurament de béns i preu, en les accions negatòries, en supòsits d'accions d'accessió invertida, per garantir el pagament de la condemna en costes, etc... I afegiria que, si es pot interposar l'acció declarativa de domini negativa, vol dir que el demandat pot contestar –per via d'excepció pura, impeditiva o extintiva– la declaració de domini. Per conseqüència, el mateix interès legítim tindrà el demandant com el demandat en anotar la mesura cautelar, i afegiria també que si d'alguna mesura cautelar es pot predicar que pugui ser sol·licitada per actor i demandat <pur>, aquesta mesura és la d'anotació preventiva de la sentència en el Registre, la creiem especialment idònia, pot garantir els drets que de la sentència se'n deriven eventualment distints als de la demanda-, com les costes. Recordem en aquest sentit que a més a més, després de la sentència de primera instància, l'objecte del plet varia necessàriament respecte de les costes s'amplia, la condemna de les costes de la primera instància és o pot ser objecte de la segona instància.

- El judici de petició de llegítima -

11.- EXECUCIÓ DE LA SENTÈNCIA.

11.1.- Execució en general.

L'execució de la condemna a pagar la llegítima té particularitats, principalment caracteritzades pel fet que la llegítima es pot pagar en diners o bé en béns de l'herència a elecció de l'hereu o l'obligat a pagar la llegítima. L'opció de pagament en diners no té particularitats respecte de la resta de les condemes ordinàries, en canvi el pagament en béns sí, i són molt conflictives com veurem. Els articles que regulen el pagament de la llegítima són els articles 451-11 a 451-15 CCC.

11.2.- Supòsit específic en que la llegítima s'atribueix per mitjà d'un llegat (article 451-15.3 CCC).

En aquest cas, L'execució definitiva no ha de presentar en principi particularitats ni conflicte. Hem de distingir segons si l'objecte de la reclamació es un bé moble o un immoble.

Si el bé objecte de reclamació és una cosa moble, serà aplicable l'article 701 de la LEC. Si el bé llegat és un bé immoble, l'execució pot tenir dues variants

segons la pètitia de la demanda: O bé la sentència mateixa serà el títol i el bé llegat podrà ser inscrit directament en el Registre de la propietat²⁴²; O bé la sentència pot contenir una obligació de fer a l'hereu o gravat consistent en la condemna a l'atorgament de l'escriptura pública de lliurament de llegat, i subsidiàriament pel cas de no fer-ho en el termini prudencial que fixi la mateixa sentència, atorgar-lo d'ofici el jutjat a través del nomenament d'un Notari per part del Col·legi de Notaris a través del Degà de Notaris del partit judicial on es tramita el plet.

L'execució provisional en aquesta matèria de declarativa del domini del llegat, o de la seva reivindicació (com a pronunciaments constitutius o merament declaratius), i la condemna al lliurament de la possessió (pronunciament de condemna) presenta la típica complexitat en matèria d'execució provisional que la doctrina científica (Cachón Cadenas) ha denunciat.²⁴³ Afirmar aquest autor que atenent al contingut de l'art. 521 LEC, que estableix que *“no es despatxarà execució de les sentències merament declaratives ni de les constitutives”*, però que en el seu apartat 3r. puntualitza que, *“Cuando una sentencia constitutiva contenga también pronunciamientos de condena, éstos se ejecutarán del modo que esta Ley prevé para estos.”* De manera que en realitat tenim una sentència amb varis pronunciaments, un declaratiu o constitutiu i un altre de condemna.²⁴⁴

²⁴² L'article que se n'ocupa és el 703.1 LEC. Aquest apartat ha estat modificat per la Llei 13/2009, que ha transferit als Secretaris funcions fins ara encomenades al Jutges. L'apartat primer d'aquest article és un exemple, i mereix comentar la frase en que diu: *“..., el Secretario judicial... y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo”*. De manera que el Secretari judicial tindrà la nova funció de conèixer la legislació de dret immobiliari registral per tal de poder adequar el Registre i el títol.

²⁴³ CACHON CADENAS, “La ejecución provisional: análisis de algunas cuestiones problemáticas”, a *La ejecución civil: Problemas actuales*, VV. AA. Coord. Cachón Cadenas i Picó i Junoy, Barcelona, 2009, pp.63 a 132.

²⁴⁴ CACHON CADENAS, “La ejecución provisional: análisis de algunas cuestiones problemáticas ...”, cit., p. 67, diu que, tot hi que l'art. 521.3 LEC no ho diu, quan es referix només a constitutiu s'ha d'entendre també a pronunciaments declaratius, i cita jurisprudència en aquest sentit. Compartim la seva opinió completament.

L'exemple en el nostre cas serà que es declara la validesa o eficàcia del llegat (pronunciament declaratiu), i la inscripció de la sentència en el Registre de la propietat (o bé l'altra versió de l'atorgament de l'escriptura pública) i es condemna al gravat a lliurar el llegat, la seva possessió (pronunciament de condemna). En aquests casos, es pot executar provisionalment la condemna al lliurament però queda pendent de la definitiva la declaració de validesa o eficàcia del llegat i l'atorgament de l'escriptura i la seva inscripció en el Registre de la propietat si el llegat és un immoble.

11.3.- Estimació parcial de la sentència. Fermesa parcial.

El motiu d'incloure aquest apartat té la seva causa en que de vegades es denega l'execució definitiva de la sentència parcialment ferma. L'existència de la possibilitat de l'execució provisional ha distorsionat –encara que inexplicablement- la possibilitat d'executar, definitivament, la part de la sentència que és ferma. Un exemple concret: La interlocutòria²⁴⁵ que va denegar el despatx de l'execució definitiva sol·licitada pel demandant principal d'una Sentència definitiva de primera instància²⁴⁶ que va estimar parcialment la demanda i va condemnar al demandat principal a pagar una quantitat, i que va estimar, també parcialment, la reconvençió condemnant al demandat de reconvençió a pagar una altra quantitat.

La Sentència que es pretenia executar era de condemna al demandat principal a pagar al demandant la quantitat de 6.328,03€, i també condemnava al seu torn al demandat de reconvençió a pagar la quantitat de 16.483,01€.

La part de la sentència que condemnava al demandant principal va ser recorreguda per aquest mateix demandant, però el demandat principal (demandant de

²⁴⁵ Interlocutòria de 11 de maig de 2005, dictat pel jutjat de Primera instància núm. 5 de Terrassa.

²⁴⁶ Sentència de 28 de febrer de 2005, dictada pel jutjat de Primera instància núm. 5 de Terrassa.

reconvenció) no va recórrer la part de la Sentència que el condemnava a pagar els 6.000 € esmentats, ni de forma principal, ni tampoc per adhesió; ja que només es va oposar al recurs d'apel·lació principal interposat per la demandant principal. Per tant, el demandat principal i demandant de reconvenció, va aquietar-se a la sentència que va estimar parcialment la demanda principal i el va condemnar a pagar els 6.328,03€, de manera que, en no apel·lar la sentència, va consentir la condemna de 6.328,03€ que havia de pagar a l'actor principal.

Per tant, transcorreguts els deu dies de l'article 461.1 LEC, el demandat principal es va oposar al recurs del demandant, però no va impugnar la sentència respecte de la seva condemna. Per aquesta raó, després d'aquests 10 dies, el demandant principal va instar l'execució definitiva de la part de la Sentència que condemnava el demandat a pagar els 6.328,03€, ja que aquesta part de la sentència (condemna al demandat), al no ser impugnada per la part a qui perjudicava la va considerar ferma, com efectivament així era.

No obstant això, el Jutjat de primera instància, va considerar que la part de la sentència que es va pretendre executar de forma definitiva no era en realitat ferma perquè va entendre que *"la nova llei rituarial no contempla la possibilitat de la fermesa parcial ..."*

El demandant principal, ara executant, va considerar que aquest Acte no s'ajustava a dret perquè la sentència era parcialment ferma, és a dir, ferma respecte de la condemna del demandat principal perquè aquesta part de la sentència no havia estat recorreguda pel condemnat -perjudicat- i menys encara -és clar- pel creditor. Contra la interlocutòria que va denegar la tramitació de l'execució, es va interposar el recurs que preveu l'article 552.2 LEC, i que es va substanciar només amb el creditor executant sense necessitat de tràmit per al deutor perquè -és clar també- no havia comparegut encara a el procediment d'execució.

La interlocutòria núm. 145/2005 de l'Audiència Provincial de Barcelona de la Secció Dinovena de 6 d'octubre de 2005 (Ponent Asumpció Claret Castanya) va desestimar el recurs amb els següents raonaments:

“En el supuesto de autos la sentencia cuya ejecución definitiva se insta de un lado, estima parcialmente la demanda interpuesta por la Sra. Daniela y condena a D. Juan Pablo a pagarle la suma de 6.328,03,-euros 2

absolviendo a los otros codemandados, y de otra, estimar parcialmente la reconvencción interpuesta por el Sr. Juan Pablo y condena a la Sra. Daniela al pago de 16.483,01,-euros. La recurrente entiende que procede la ejecución definitiva de la condena impuesta al codemandado Sr. Juan Pablo al no haber sido recurrido por este dicho pronunciamiento habiendo tan solo recurrido la actora la condena a ella impuesta.

Pues bien, como certera y atinadamente expone el juzgador de instancia tan solo llevan aparejada ejecución definitiva las sentencias de condena firmes, tal y como así lo establece literal y taxativamente el artículo 517.2 en su apartado primero, al enumerar los títulos ejecutivos y definiendo el artículo 207 las resoluciones firmes como aquellas contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la ley, bien porque estando previsto ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.

Tan sólo el artículo 774.5ª, dentro del Capítulo IV De Los Procesos Matrimoniales y de Menores del Libro IV, prevé la posibilidad de firmeza parcial de sentencias matrimoniales en cuanto al pronunciamiento constitutivo de nulidad, separación o divorcio, cuando la impugnación afectase únicamente a los pronunciamientos sobre medidas.

Fuera de este concreto supuesto legal, el legislador no ha previsto la posibilidad general de firmeza parcial de sentencia, no siendo posible por ello proceder a la ejecución parcial de la sentencia, esto es de la parte de la misma que no ha sido recurrida, pues la firmeza actúa como un todo, esto es la sentencia ha de ser contemplada en unidad, como un todo y no en forma sesgada o parcial. Y desde el punto de vistas de la tutela efectiva no podemos olvidar que el legislador protege tanto al demandante como al demandado, con la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de la sentencia no firme - arts. 524 y s.s. L.E.C .-

Por todo ello concluimos la improcedencia de ejecutar parcialmente la sentencia, pues constituye un todo y de lo que se colige de desestimación del recurso.

TERCERO.- Las dudas jurídicas del supuesto sometido a enjuiciamiento conlleva no se haga expresa imposición de las costas causadas en la presente alzada, a tenor de lo dispuesto en el art. 398.1 L.E.C.”

Crítica a la interlocutòria:

La part de la sentència que va condemnar al demandat principal no va ser objecte de recurs. La part de la sentència que es va condemnar el demandat principal no va ser impugnada per cap de les parts i per tant era ferma.

El demandat principal i demandant de reconvenió no va recórrer la sentència, ni amb recurs principal ni per adhesió. Només l'actor principal va recórrer la Sentència, però només la part que el va perjudicar, és clar. És evident que no podia impugnar una condemna al seu favor, perquè no existeix gravamen. (Article 448 LEC).

El *quid* de la qüestió és si la fermesa parcial de la sentència és possible.

En realitat, la *questio iuris* era dilucidar si és possible que la sentència sigui ferma en part, és a dir, la part que no va ser recorreguda.

I la resposta -des del nostre modest punt de vista- no pot ser més és afirmativa per diverses raons:

a.- La doctrina del Tribunal Suprem sembla clara i pacífica, per totes, la STS de 9 de gener de 1992 [RJ 1992/175], que diu:

“...es doctrina reiterada de esta Sala [Sentencias, entre otras, de 9-2, 30-3, 14-4 y 28-11-1989 (RJ 1989/824, RJ 1989/2283, RJ 1898/3054 y RJ 1989/7914), 3-4 y 10-12-1990 (RJ 1990/2690 y RJ 1990/9902)] la que veda la agravación del fallo en perjuicio del apelante, cuando su oponente no recurre ni se adhiere a la apelación, sustrayéndose del recurso aquellos extremos que han sido aceptados por el apelado y que, por tanto, han adquirido firmeza, firmeza que alcanza igualmente a aquellos puntos litigiosos a los que no se extiende la impugnación del apelante, por lo que existirá <reformatio in peius> cuando la sentencia es revocada, no concediendo o negando lo pedido por el apelante, sino agravándola en su

perjuicio, sin que esto sea pedido por otro apelante o adherido a la apelación;...”

b.- No entendre-ho així, vulnera els principis de la *reformatio in peius* i el de *iuxta allegata et probata*.

c.- Precisament una de les finalitats -sinó la primordial de l'exigència introduïda pel segon apartat de l'article 457.2 de la LEC -"expressió dels pronunciaments que impugna"- era²⁴⁷ precisament delimitar l'àmbit del recurs per saber l'abast del recurs i per tant l'àmbit de la fermesa de la sentència de la instància.

d.- L'article 527.1 de la LEC estableix que: "L'execució provisional es pot demanar ..., des del trasllat a la part apel·lant de l'escrit de l'apel·lat adherint-se al recurs, ...". Amb la qual cosa, si el apel·lat no s'adhereix, l'execució que procedeix és la definitiva, ja que si s'interpreta que l'adhesió o no a l'apel·lació no té cap efecte, llavors no tindria cap sentit l'espera fins a conèixer si finalment l'apel·lat s'adhereix i impugna la sentència, per executar provisionalment. Si s'adhereix procedeix la provisional i si no la definitiva.

e.- Podria pensar-se, i seria assenyat, que la Sentència objecte de recurs d'apel·lació és una unitat indivisible respecte de la seva fermesa i qualsevol divisió pot causar alteracions de difícil control a l'efecte de la cosa jutjada, de per si complexa. Per exemple, la possible divisibilitat de la fermesa de la sentència podria impedir a l'Audiència Provisional que en detectar qualsevol qüestió apreciable d'ofici pogués entrar a corregir-la amb independència de si ha estat plantejada per les parts com a objecte de recurs. És a dir, el fet que les parts es conformin amb una part de la sentència d'instància i això impliqui la fermesa parcial, i recorrin l'altra part de la sentència podria entendre com una limitació a l'Audiència a l'examen de qüestions apreciables d'ofici. Però aquest dilema, precisament, ha estat abordat directament per la LEC 2000, atès que l'article 227.2 de la LEC assenyala expressament que: "En cap cas podrà el tribunal, en ocasió

²⁴⁷ Vigent en aquell moment.

d'un recurs, decretar d'ofici una nul·litat de les actuacions que no hagi estat sol·licitada en dit recurs, llevat que apreciés falta de jurisdicció o de competència objectiva o funcional o s'hagués produït violència o intimidació que afecti aquell tribunal."

Aquest article no permet per tant al tribunal decidir sobre qüestions que no han estat objecte de recurs, el que significa trencar una significativa llança a favor de potenciar la prohibició de la *reformatio in peius* i del principi *iuxta allegata et probata*.

f.- Es pot pensar també que la redacció d'aquest article 227.2 de la LEC implica precisament que no pugui considerar-se la possibilitat de la fermesa parcial de la sentència, ja que si l'Audiència la pot anul·lar amb ocasió de falta de jurisdicció o competència o per violència o intimidació cap tribunal, llavors això vol dir que necessàriament la sentència no pot ser ferma. Però això seria tenir un concepte massa estricte de fermesa de la sentència. La sentència és ferma però això no vol dir que sigui alguna cosa reconsagrada absolutament inamovible²⁴⁸.

La interlocutòria de l'Audiència Provincial de Màlaga citada per la interlocutòria no té res a veure amb el supòsit de fet.

Efectivament, la interlocutòria, es recolza totalment en la doctrina de l'Acte de l'Audiència Provincial de Màlaga de 31 de desembre de 2002 (AC 2003/1293); i la veritat és que el supòsit de fet allà estudiat és un altre completament diferent del nostre cas, i això per diversos motius. La interlocutòria de l'Audiència de Màlaga es refereix a cas de judici de major quantia tramitat amb la LEC 1881, es refereix als tràmits -precisament- de l'execució provisional. Es refereix a la particular mesura cautelar d'anotació preventiva de sentència en el Registre de la propietat, (article 524.4 LEC), i es constreny a negar la possibilitat d'aquesta inscripció que afectaria a altres demandats que sí recorrien la sentència. Es tracta doncs d'evitar sentències contradictòries en un mateix litigi. I la raó més important, la

²⁴⁸ Sobre que les resolucions fermes no són inamovibles, vid. ORRIOLS GARCIA, "La ejecución de la Sentencia durante la pendencia del recurso de queja interpuesto contra la inadmisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal". *Justicia*. Revista de derecho procesal, 2010, núm. 3-4, pp. 239-253.

interlocutòria de l'Audiència de Màlaga analitza el cas d'una sentència recorreguda en cassació (i no recurs d'apel·lació); no recorreguda pel mandat instant de l'execució però sí per altres dels mandats (Fonament Jurídic Únic, apartat 3, in mig). La qual cosa és certament diferent al supòsit del nostre cas, ja que a més de que la naturalesa i àmbit del recurs de cassació no és igual al d'apel·lació, en la cassació es pot donar l'efecte expansiu o extensiu quan només part dels mandats recorren, com succeeix en la interlocutòria de Màlaga i no en el supòsit que ens ocupa. En el nostre cas, totes aquestes particularitats no es donen, atès que només el demandant principal i mandat de reconvenió, és qui va recórrer la sentència. I les altres parts demandades es van limitat a oposar-se al recurs sense impugnar la part de la sentència que els perjudicava i que condemnava a pagar, quantitat aquesta que era ferma, i que mai no podria ja ser inferior perquè no havia estat qüestionada per cap de les parts.

La doctrina del Tribunal Suprem aplicable entén la possibilitat -necessitat- de la ferma parcial de la sentència quan es recorren només en part els seus pronunciaments²⁴⁹.

²⁴⁹ Sentència del Tribunal Suprem núm. 389/1993 (Sala del Civil), de 21 d'abril de 1993, Id Cendoj: 28079110011993101438:

“Si bien el recurso de apelación, en cuanto ordinario que es, transfiere plena jurisdicción al órgano superior para volver a conocer del asunto planteado y debatido en primera instancia, dicha transferencia jurisdiccional no se produce de modo absoluto e incondicionado, sino que la misma se halla sujeta a las limitaciones que fluyen de las consideraciones siguientes: 1.ª El pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que haya sido consentido por la parte a quien perjudique (única que estaría legitimada para recurrirlo), al deber ser tenido por firme y con autoridad de cosa juzgada (art. 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no puede volver a ser considerado y resuelto por la sentencia de apelación, al haber quedado totalmente fuera de su ámbito de conocimiento, por no haberlo recurrido la parte legitimada para ello («tantum devolutum quantum appellatum»), por lo que si, no obstante ello, el Tribunal de apelación, por su propia y única iniciativa, vuelve a pronunciarse sobre el mismo, la sentencia que pronuncie está indudablemente afectada de vicio de incongruencia, además de desconocer la autoridad de cosa juzgada formal, que proclama el precepto anteriormente citado. 2.ª Con relación a un pronunciamiento apelado (que, lógicamente, el apelante sólo lo recurre en la parte en que el mismo le perjudica, pero no en la que le beneficia), y respecto del cual la otra parte no se haya adherido a la apelación, el Tribunal de la alzada no puede hacer un pronunciamiento que, para el apelante, sea más gravoso y perjudicial que ya lo era el recurrido, al impedirselo el principio prohibitivo de la «reformatio in peius», que veda a

11.4.- Alguns problemes en casos d'herència jacent

Un supòsit problemàtic a causa de l'errònia doctrina que sosté la Direcció General de Registres i del Notariat és el següent: en una eventual demanda declarativa de domini d'una finca contra herència jacent o ignorats hereus de la que és titular registral, si la sentència es dicta en rebel·lia de l'herència jacent demandada, i mana inscriure la Decisió de la sentència en el Registre de la Propietat, els registradors estan denegant la inscripció perquè consideren, seguint la Resolució

dicho Tribunal hacer pronunciamiento que grave la «situación» que para el apelante resulta de la sentencia de primera instancia.”

Sentència del Tribunal Suprem núm. 550/1999 (Sala de lo Civil), de 19 de juny de 1999:

“La amplia facultad revisoria que corresponde a los Tribunales de apelación al conocer de los recursos ante ellos interpuestos está limitada por el principio prohibitivo de la «reformatio in peius», quedando vinculados por los pronunciamientos de la sentencia apelada que hayan sido consentidos por las partes. En el presente caso, desestimada la acción de nulidad ejercitada por «Banco de Bilbao Vizcaya, SA» por la sentencia de primera instancia que, por el contrario, acogió la acción rescisoria o revocatoria ejercitada con carácter subsidiario o alternativo, quedó firme el pronunciamiento denegatorio de la pretendida nulidad al haber sido apelada la sentencia únicamente por los codemandados y no por la actora a quien no puede tenerse como adherido a la apelación pues, como señala la Sentencia de 27 de octubre de 1998 (RJ 1998\8513), «la adhesión a la apelación en el juicio de menor cuantía, a partir de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la de 6 de agosto de 1984 (RCL 1984\2040; RCL 1985\39 y ApNDL 4257) , ha de realizarse en el plazo señalado en el artículo 705 de la Ley y no al cumplimentar el trámite de instrucción que prevé el art. 709, párrafo 2º», ni tampoco, ha de añadirse, en escrito dirigido al Juzgado de primera instancia ni en el de personación ante la Audiencia Provincial en el rollo de apelación. En conclusión, no habiéndose impugnado por la parte legitimada para ello el repetido pronunciamiento de primera instancia desestimatorio de la acción de nulidad del contrato litigioso, carecía la Sala «a quo» de facultades para entrar a examinar de nuevo esa cuestión que había quedado firme; al no entenderlo así la Sala de instancia ha incurrido en las infracciones que se denuncian en los motivos examinados que, por tanto han de ser acogidos con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida, sin que haya lugar a examinar los restantes motivos de ambos recursos relativos a la declaración de nulidad hecha por la sentencia recurrida. Casada la sentencia «a quo», esta Sala ha de dar cumplimiento al mandato del artículo 1715.3 de la Ley Procesal Civil y resolver lo que corresponde dentro de los términos en que quedó planteado el debate ante el Tribunal «a quo».”

de la DGRN de 15 d'octubre de 2007 (entre d'altres), que d'acord amb els articles 540, 790-1, 791-2, 797 i 798 de la LEC, en aquests casos de rebel·lia el jutge ha de nomenar un defensor judicial per l'herència jacent. I afirmen que aquest criteri no constitueix un judici sobre la regularitat del procediment (vedat al registrador) sinó sobre la incongruència entre la resolució i el procediment, que conforme a l'article 100 RH, sí poden fer.

Considerem que els raonaments de la DGRN són del tot equivocats i injustos. En primer lloc, entenem que jutjar sobre les condicions i requisits per a la compareixença en judici és una qüestió relativa a la regularitat del procediment judicial. Aquest centre directiu erra completament, perquè de fet, està controlant la regularitat del procediment, que és una cosa constitucionalment reservada als jutges, i que no figura entre els temes que pot controlar el Registrador. Però, a més, amb clars desconeixements de dret processal, els arguments que utilitza la Direcció General són molt febles. Per una banda, invoquen una norma (l'art. 540 LEC), que és refereix a l'execució, i no als declaratius. Per altra banda, la resta d'articles de la LEC que invoquen corresponen al procediment de divisió d'herència, i és en aquest procediment on es preveu el nomenament de administrador judicial de l'herència. Però resulta que els tercers, és a dir, els que volen demandar l'herència jacent, no poden promoure aquest procediment, ergo no poden aconseguir el nomenament d'administrador judicial, ergo queden en indefensió si s'aplica el criteri, procedimentalistic, de la DGRN. En realitat, per salvar la possible indefensió de l'herència jacent demandada, estan causant encara un mal més gran, la indefensió del demandant.

La qüestió, s'ha de resoldre promovent el judici verbal d'impugnació de la qualificació negativa del registrador (art. 328 i concordants de la LH), i no val la pena intentar abans dirigir-se a la Direcció General dels Registres, perquè aplicaran la mateixa doctrina que el Registrador, que és el criteri que ve utilitzant darrerament la DGRN.

11.5.- Pagament de la llegítima

a) Plantejament general

La qüestió del pagament de la llegítima planteja molts conflictes, perquè com veurem, en aquest aspecte, el Codi és clarament defectuós.

Segons estableix l'article 451-11 CCC, el pagament de la llegítima es pot fer en diners o en béns de l'herència. El pagament en béns ha de fer-se d'acord amb l'article 451-7 CCC i un cop començat el pagament d'una manera determinada, el legitimari pot exigir que la resta li sigui pagada de la mateixa manera.

Els articles que regulen el pagament de la llegítima són bàsicament els 451-11 a 451-15 i el 451-7 del CCC.

Un primer article, el 451-11 CCC, que pròpiament s'ocupa de fixar els tipus de béns amb que es pot pagar la llegítima.

I un segon article, el 451-7 CCC²⁵⁰, que es refereix a les limitacions imposades a l'hereu (o persona gravada a pagar la llegítima) quan opta per pagar en béns mobles o immobles.

²⁵⁰ Article 451-7. Atribució a títol d'herència o de llegat

1. La institució d'hereu i el llegat a favor de qui resulti ésser legitimari impliquen atribució de llegítima, encara que no s'expressi així, i s'hi imputen pel valor dels béns en el moment de la mort si el causant no disposa una altra cosa, encara que el legitimari repudiï l'herència o renunciï al llegat. En aquests dos casos, s'entén que el legitimari renuncia també a la llegítima.

2. El llegat disposat en concepte de llegítima o imputable a aquesta que no sigui llegat simple de llegítima ha d'ésser de diners, encara que no n'hi hagi en l'herència, o de béns integrants del cabal relict. Aquests béns han d'ésser de propietat exclusiva, plena i lliure, llevat que:

a) No hi hagi béns d'aquesta condició en l'herència, sense comptar a aquest sol efecte els béns mobles d'ús domèstic.

b) El legitimari sigui cotitular del bé llegat, en comunitat ordinària indivisa amb el causant.

c) El legitimari sigui titular d'un dret susceptible de produir la consolidació del domini conjuntament amb el que el causant li lliga.

3. Si el llegat no compleix els requisits que estableix l'apartat 2, el legitimari pot optar entre acceptar-lo simplement o renunciar-hi i exigir allò que li correspongui per llegítima.

Els articles, el 451-12²⁵¹ i 451-13 CCC, s'ocupen de la qualitat del béns i el procediment per decidir, i de la valoració dels béns.

L'article 451-14 CCC regula l'aplicació dels interessos, i el 451-15 CCC estableix a l'hereu com a responsable del pagament i regula les mesures cautelars d'anotació preventiva de la demanda de llegítima i de llegat.

La primera qüestió que suscita la redacció d'aquests articles, és la distinció entre diners i béns.²⁵² Quan el Codi es refereix a diners, vol dir la moneda de curs legal,

4. La llegítima es pot llegar en forma simple, emprant la fórmula .allò que per llegítima correspongui. o altres d'anàlogues o similars. En aquest cas, si el legitimari ha estat alhora instituït hereu o afavorit amb altres llegats, aquestes atribucions impliquen igualment la de la llegítima, sense que el llegat en forma simple li atorgui cap dret adicional.

²⁵¹ Article 451-12. *Qualitat dels béns*

1. Si les persones a què fa referència l'article 451-11 opten pel pagament en béns i el legitimari no es conforma amb els que hom li pretengui adjudicar, aquest pot recórrer a l'autoritat judicial competent, que ha de decidir amb equitat i pel procediment de jurisdicció voluntària.

2. L'autoritat judicial pot ordenar, en qualsevol cas, que es practiqui una prova pericial per a conèixer la qualitat i el valor dels béns que componen l'herència i del lot que hom pretengui adjudicar al legitimari.

²⁵² El diner és un bé, mitjà de canvi legal de general acceptació, el bé fungible i fiduciari per excel·lència.

"El dinero es una conveniencia muy antigua, pero la idea de que es un objeto digno de confianza y que puede aceptarse sin examinarlo o ponerlo en tela de juicio es, en todos los aspectos, una cosa muy ocasional, principalmente una circunstancia del siglo pasado. Durante unos cuatro mil años, hubo el acuerdo de utilizar para los intercambios uno o más metales, entre tres que eran la plata, el cobre y el oro, si bien la plata y el oror se emplearon también durante un tiempo como la aleación natural llamada "electrum". Durante la mayor parte de aquellos largos años, la plata representó el papel predominante y durante periodos más breves, como en el régimen micénico o en la Constantinopla de después de la división del imperio Romano, el oro ocupó el primer lugar. Siempre se consideró degradante que Judas entregase a Jesús por 30 monedas de plata. El hecho de que fuesen de plata solo indica que fue una transacción comercial normal; si hubiesen sido tres piezas de oro, proporción plausible en la antigüedad, el trato habría sido algo excepcional." KENNETH GALBRAITH, *El dinero*, traducció de J. Ferrer Aleu, Barcelona, 1977, p. 21.

és a dir, l'euro.²⁵³ Si en l'herència hi hagués altra moneda, per exemple francs suïssos, l'hereu podria pagar la llegítima en dòlars, però al nostre entendre el seu tractament hauria de ser en part com a bé moble diferent del diner de curs legal i en part com a diner. Per exemple, s'haurà d'aplicar el nominalisme per actualitzar el deute al temps del pagament (aplicant l'interès legal des de la mort del causant), i el valorisme per aplicar el canvi de divises vigent al temps de la mort del causant. Ho veurem amb més detall després al tractar el nominalisme i el valorisme.

Resumidament, la forma de pagament de la llegítima te particularitats que sobresurten de la redacció dels tres articles citats i que convé destacar perquè tenen molta transcendència en un eventual procés judicial.

- 1) El fet que l'hereu pugui optar entre pagar la llegítima en diners o bé en béns.²⁵⁴ Si és en diners no cal que n'hi hagi a l'herència, si és en béns, cal que siguin de l'herència. Amb l'excepció que "*per disposició del causant, no correspongui als legitimaris de percebre'ls per mitjà d'institució d'hereu, llegat o assignació d'un bé específic, atribució particular o donació.*" (article 451-11.1 CCC).
- 2) Un cop feta l'opció i començat el pagament d'una manera determinada, el legitimari pot exigir que la resta li sigui pagada de la mateixa manera.

²⁵³ De fet, actualment, la primera acepció de la paraula diner és: moneda de curs legal, i no pas -com abans- "*medio de cambio de general aceptación, que puede ser declarado forma legal de pago, constituido por piezas metálicas acuñadas, billetes u otros instrumentos fiduciarios*".

²⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas. Tratado práctico y crítico de derecho civil*, Vol. LVIII, Madrid, 1974, p. 338.

L'origen de l'opció de pagar en diners o en béns es va introduir per Felip II, en les Corts de monzó de 1585, que va facultar a l'hereu "que estiga en opció del hereu, pagarla ab diners estimada la valor dels bens del Defunct, o ab propietat immoble, y quan sobre la propietat ques consignara ni hagues discordia, sia arbitre el Jutge".

3) Si s'ha optat en pagar en béns de l'herència han de tenir uns requisits, bàsicament que siguin de propietat exclusiva, plena i lliure, amb les excepcions que comentarem més endavant i que són molt importants.

4) Si el legitimari no es conforma amb el pagament en béns pot recórrer a l'autoritat judicial, que ha de decidir amb equitat i pel procediment de jurisdicció voluntària.

5) I finalment, que el jutge pot ordenar que es practiqui una prova pericial per a conèixer la qualitat i el valor dels béns que componen l'herència i del lot que hom pretengui adjudicar al legitimari.

b) Sobre la vinculació en el pagament en béns o diners.

L'opció de poder pagar en diners o en béns de l'herència és una bona opció legal. El que no compartim és el paràgraf on es diu que, un cop començat el pagament d'una manera determinada, el legitimari pot exigir que la resta li sigui pagada de la mateixa manera. Aquí el legislador s'equivoca clarament. Ens sembla una opció acceptable²⁵⁵ que si l'hereu ha començat el pagament en diners, el legitimari pugui exigir continuar en diners, però si l'hereu ha començat el pagament en béns, sempre, en tots els casos, s'hauria de permetre a l'hereu de tenir l'opció de completar el pagament també en diners. És molt difícil i poc probable que en el pagament amb béns el valor coincideixi exactament amb el valor de la llegítima, per tant, és lògic –clarament- permetre que es pagui en béns una primera part i la resta que falti es pugui completar, exactament, en diners. Per motius com aquest es va inventar la moneda, com a paradigma del bé fungible.

En tot cas els interessos de l'article 451-14 CCC, al marge del pagament del principal, també s'haurien de poder pagar en béns²⁵⁶ o diners, sense quedar

²⁵⁵ Ens sembla acceptable, però tampoc la compartim, nosaltres creiem que l'hereu ha de tenir llibertat absoluta en la forma de pagament, sense vinculació en actes anteriors. És més, creiem que el legislador s'ha de plantejar la reforma d'aquest article en el sentit d'eliminar l'exigència del legitimari d'obligar a l'hereu de quedar vinculat per la forma de pagament.

²⁵⁶ Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 11ª) de 5 d'abril de 2006 (JUR 2006\249463) afirma:

vinculat per la forma en que s'ha pagat el principal. Sobretot s'hauria de permetre, sempre, pagar els interessos en diners.

Imaginem el supòsit que l'hereu comença a pagar en béns i finalment s'adona que ha de completar el pagament en béns perquè, pel que sigui, el valor dels béns pagats no arriba a cobrir la llegítima. Si a l'herència no hi ha béns amb un valor molt aproximat al que resta per pagar, l'hereu haurà de pagar amb un bé que excedirà el valor que faltava per pagar, com a màxim, potser podria pagar amb una quota indivisa de propietat, però això no sempre serà possible, atès que

“Se alega por el apelante como tercer motivo del recurso, que los intereses deben de pagarse necesariamente en dinero, ya que si bien ninguna norma la establece expresamente, el caracter excepcional del derecho de opción que atribuye al heredero el art.362 CS, no puede interpretarse de forma extensiva y ademas el heredero ha elegido pagar los intereses en dinero, este motivo y el ultimo estima la Sala adecuado, resolverlos en forma conjunta, como cuarto motivo del recurso, se alega que si el heredero paga en bienes los que adjudique en pago serviran de pago integro de la legitima si su valor es superior ya que es inadmisibile que el legitimario deba devolver en dinero la diferencia de valor por lo que no esta ajustada a derecho la condena a D.Casimiroa abonar al demandado un exceso de valor de 7.555'95 euros

El enriquecimiento sin causa construccion jurisprudencial que determina la prohibicion de que alguien pueda enriquecerse en perjuicio de otro, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1991, se considera fundamento para apreciar que caso de optarse por el pago de la legitima en bienes , y siendo estos de valor superior, lo que aqui sucede, el exceso pueda atribuirse al pago de intereses. Lo contrario supondria que hay un desplazamiento patrimonial hacia el legitimario por una suma superior a la que le corresponderia si como en el presente supuesto, el valor de las fincas con las que se paga la legitima, excede de esta. La consignación de una suma en concepto de intereses como complemento al escrito de 11 de febrero de 2004 por el heredero, no impide esta interpretación. Se esta ejecutando una sentencia que exige para la determinacion del importe de la obligacion de pago la realizacion de valoraciones, la consignación de una suma de dinero para intereses, se debe de poner en relacion con el ofrecimiento del pago de legitima mediante fincas que se designan, siempre que no se discuta su valor. La consignacion se hace en ese marco y no impide que no aceptada la oferta, por tanto desvinculado de esta quien la hizo, se considere la situacion de hecho como si no se hubiera producido. Es posible por tanto atribuir al pago de intereses el valor de los bienes que excedan de la legitima. El exceso pagado sin embargo no puede originar un credito en favor del legitimario susceptible de compensarse en este procedimiento. El derecho de credito del legitimario se ha concretado en una suma, tras las valoraciones que se efectuan en ejecucion de sentencia y en este tramite no cabe acudir a la compensacion judicial. Lo expuesto lleva a revocar parcialmente la resolucio impugnada”

l'article 451-7.2 CCC estableix unes regles de pagaments en diners que poden impedir –en molts casos- a l'hereu pagar en quota indivisa de propietat.

Lògicament amb el criteri anterior, i amb més raó encara creiem també que en cas que sorgeixi el suplement de llegítima, l'opció del pagament anterior no pot vincular a l'hereu.

I de la mateixa manera, pensem que les costes s'han de poder pagar sense la vinculació de com s'hagi pagat la llegítima, el seu suplement o els interessos. És més, la pregunta realment útil o el plantejament més interessant és a la inversa: si es poden pagar les costes en béns, i creiem francament que no, aquí sí que el legitimari pot exigir el pagament en diners sempre. Perquè les costes deriven del plet però no són accessòries com el suplement o els interessos del pagament del principal, la llegítima.

També ens hem de plantejar si aquesta norma és dispositiva, és a dir, si el causant pot impedir al legitimari el poder exigir el pagament en béns o diners. Creiem que no hi ha d'haver impediment per a que el causant limiti aquest dret del legitimari, atès que el causant pot establir el pagament de la llegítima a través de l'atribució particular del llegat específic. Qui pot el més pot el menys, de manera que si pot establir el pagament de la llegítima en determinats béns, també pot establir que el que falti per pagar s'hagi de pagar en béns o diners, o bé senzillament pot establir que l'últim incís de l'article 451-11 CCC no sigui aplicable. És a dir, que el paràgraf *“Un cop feta l'opció i començat el pagament d'una manera determinada, el legitimari pot exigir que la resta li sigui pagada de la mateixa manera”* no vinculi a l'hereu.

La manifestació de l'hereu de que es pagarà en diners o en béns el vincula, i sobretot si ja ha començat el pagament, sempre i quan no fos un oferiment als efectes d'arribar a una eventual transacció prèvia en els termes de l'oferiment.

La consignació judicial dinerària durant el procés implicaria però un acte propi suficient per obligar després a l'hereu al pagament en diners.

c) El sorprenent procediment judicial de pagament en béns d'equitat i de jurisdicció voluntària de l'art. 451-12.1 CCC.

La norma que s'ocupa del procediment de pagament en béns és l'article 451-12 CCC²⁵⁷, i aquesta norma és francament d'una qualitat tècnica baixa.

Des de fa temps -sobretot després de la CE- que no cal que una norma digui que en cas de controvèrsia podem anar al jutjat. Dir que el legitimari "*pot recórrer a l'autoritat judicial*" és una frase massa òbvia. És clar que pot recórrer als tribunals.

El Codi tampoc hauria de dir que l'autoritat judicial "*ha de decidir en equitat*". L'equitat és la justícia del cas concret, d'aplicació restrictiva segons el propi article 111-9 del mateix, i requereix, per anar bé, marcar les pautes, perquè dir en equitat (justícia del cas concret) sense marcar pautes és el mateix que no dir res.

I finalment, el darrer incís, "*pel procediment de jurisdicció voluntària*" és probablement innocu, atès que permetre acudir al procediment de jurisdicció voluntària no limita de poder anar al procediment contenciós ordinari²⁵⁸.

²⁵⁷ Article 451-12. *Qualitat dels béns*

1. *Si les persones a què fa referència l'article 451-11 opten pel pagament en béns i el legitimari no es conforma amb els que hom li pretengui adjudicar, aquest pot recórrer a l'autoritat judicial competent, que ha de decidir amb equitat i pel procediment de jurisdicció voluntària.*

2. *L'autoritat judicial pot ordenar, en qualsevol cas, que es practiqui una prova pericial per a conèixer la qualitat i el valor dels béns que componen l'herència i del lot que hom pretengui adjudicar al legitimari.*

²⁵⁸ Om dèiem a l'inici, totes les pretensions que ténen previst un procediment de jurisdicció voluntària, també poden ser formulades a través del corresponent judici declaratiu ordinari contenciós, de manera que, fins i tot en els casos en què existeixi un procediment de jurisdicció voluntària que resulti expressament aplicable, l'interessat pot prescindir d'aquest procediment, acudint directament a l'oportú judici declaratiu ordinari, amb la legítima pretensió d'obtenir una resolució plena i definitiva.

Així, la STS de 6 de novembre de 1998 (RJ 1998\8166) estableix que: "*el juicio declarativo ordinario, dada la plenitud de «cognitio» que comporta, tiene eficacia procesal suficiente para obtener, a través de él, cuantas declaraciones de derechos pueden alcanzarse mediante un simple acto de jurisdicción voluntaria*".

En el mateix sentit es pronuncien, entre altres, les SSTS de 14 de juliol de 1994 (RJ 1994\6396) que estableix: "*...como señala la doctrina científica y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta pertinente para decidir las cuestiones*

d) La no menys sorprenent prova pericial del segon apartat de l'article 451-12 CCC.

La regulació de la prova pericial prevista en el segon apartat del mateix article és també il·lògica i com a mínim en la seva interpretació literal ha de ser clarament inconstitucional.

No cal tampoc que una norma estableixi que el jutge podrà acordar que una prova és útil i pertinent. Per altra banda, s'ha d'entendre que quan diu podrà ordenar, es refereix a podrà acordar si alguna part ho demana, perquè acordar la prova el jutge d'ofici no ens sembla gens correcte, ni te cabuda dins els principis processals civil de que la justícia ha de ser dispositiva i rogada. Imaginem que cap de les dues parts ho demana, que no diuen res, o que en són contràries, el Jutge pot acordar igualment la prova? I per exemple qui la pagarà? Ell? La prova pericial i la forma de practicar-la s'ha de regir d'acord amb les normes generals de la LEC, i si no hi ha acord en l'eventual procediment de jurisdicció voluntària el procediment s'ha de tornar contenciós i oblidar-se de procediments indeterminats d'equitat i de proves ordenades pel jutge sense peticions expresses de les parts.

Aquest article és millor pensar que no existeix. El millor de tot, com el darrer incís de l'article anterior, seria derogar-lo.

derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia.”

I la STS de 31 d'octubre de 1996 (RJ 1996\7731), que estableix: “*Los procesos declarativos están dotados de eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho pretendan en la jurisdicción ordinaria y con ello las derivadas de la partición de herencia, fijación y atribución de cuotas entre los partícipes sucesorios e incluso, realización de las operaciones de división del caudal hereditario en trámite de ejecución de sentencia.”*

En el mateix sentit, però en supòsits diferents al dret de successions, la STS de 3 d'abril de 1995 (RJ 1995/2931), que confirma la sol·licitud de convocatòria judicial de la junta d'una societat anònima per la via del judici ordinari, desestimant l'excepció de procediment inadequat. I la la STS de 28 d'abril de 2003 (RJ 2003/3813), que confirma la validesa del nomenament d'un tutor en un judici ordinari, desestimant també l'excepció de procediment inadequat, per no haver seguit l'acte de jurisdicció voluntària.

e) La valoració dels béns als efectes del pagament

L'article 451-13²⁵⁹ CCC fixa el valor dels béns pel pagament al temps d'escollir o adjudicar-los, i sempre que ho notifiqui al legitimari. Entenc que no és suficient escollir-los i notificar-ho al legitimari, s'han de posar de forma efectiva a la seva disposició. Convocant al legitimari per l'atorgament de la oportuna escriptura pública a fi i efecte que accepti el pagament en béns i al mateix temps, i amb independència de l'anterior també la traditio, és a dir, s'ha de posar a disposició del legitimari la possessió de la finca.

Lògicament el pagament en béns ha de complir els requisits de l'article 451-11.2 CCC que analitzarem seguidament.

El criteri de valoració del pagament en béns ha de ser efectivament el valorisme. És a dir, valorar el seu valor real al temps del pagament. El nominalisme només es adient aplicar-lo al pagament en diners, Valorar al temps de néixer el dret (delació de l'herència i naixement de la llegítima), i després actualitzar el valor.

De fet, encara que habitualment el pagament voluntari o forçós estarà precedit d'un procediment de llegítima on s'ha fixat el valor dels béns, i normalment a través d'una prova pericial, la prova serà inútil o al menys desfasada, perquè la valoració s'haurà fet a data de la mort del causant, i el pagament en béns requereix que els béns siguin valorats en el moment de lliurar els béns al legitimari que probablement el més adient serà actualitzar el valor al moment en que efectivament s'adjudiquen al legitimari.

Per tant, la valoració continguda en l'eventual sentència no servirà per valorar el pagament en béns, atès que anirà referida al temps de la mort del causant i no del moment del pagament.

²⁵⁹ Article 451-13. Valoració dels béns

Els béns de l'herència que serveixin com a pagament de la llegítima s'estimen per llur valor en el moment en què la persona legitimada per a pagar els elegeix o els adjudica i ho notifica al legitimari.

El pagament en béns, pel cas d'haver-se fixat la llegítima en sentència, requerirà, en cas de conflicte en el seu efectiu pagament, i quan l'hereu no pagui dins el termini voluntari de pagament, una demanda d'execució i un tràmit en l'execució a fi i efecte de tramitar el pagament en béns, valorant el bé al moment adjudicar-lo²⁶⁰. La LEC no estableix cap procediment d'execució especial pel pagament de llegítima. I el procediment que preveu l'article 451-12.1 CC no serveix perquè és evident que si acabem de tramitar un procediment contenciós ordinari per fixar la llegítima no podem esperar que les parts acudeixin a un procediment de jurisdicció voluntària distint per arribar un acord. De fet, al llarg de la jurisprudència no hem pogut trobar ni un sol cas. Aquest procediment només pot està previst per quan no hi ha cap procediment contenciós en curs. A banda que reiterem que tot el que es pot ventilar per jurisdicció voluntària es pot ventilar en procediment ordinari.

Per altra banda, seria realment incoherent i contrari a tots els principis processals més elementals que per poder executar una Interlocutòria o una Sentència ferma de condemna a uns diners haguéssim d'anar altra vegada al declaratiu o a la jurisdicció voluntària per tornar a jutjar el que ja està jutjat i s'ha d'executar.

La condemna de la sentència al pagament de la llegítima és dinerària, és un deute de valor, i per tant s'ha de tramitar (al menys iniciar) pel procediment de l'execució dinerària, ara bé, si el demandat opta pel pagament en béns, l'execució s'haurà de transformar –necessàriament- en execució no dinerària de pagament en béns mobles o immobles segons sigui l'ofertament.

Per tant, el procediment ordinari execució de pagaments en béns ha de tenir la següent seqüència: dins el període voluntari de compliment de la sentència de l'article 548 de la LEC el demandat (hereu) ha d'oferir el pagament de la llegítima (i en el seu cas, dels interessos) en béns presentant escrit indicant el seu valor i, en el seu cas, acompanyat de la corresponent prova de valoració del bé. Si es tracte de béns mobles serà suficient el lliurament, si són immobles i cal escriptura pública, pot proposar atorgar l'escriptura davant del notari que designi de la ciutat

²⁶⁰ No ens sembla vàlid que la data per valorar el bé sigui la data d'elecció, ens sembla que ha de ser la data d'adjudicació.

o parit judicial on s'ha tramitat el judici i procedir a l'atorgament. Si el legitimari creditor s'oposa, s'obre un incident (articles 387 i ss LEC) a fi i efecte de determinar el valor dels béns (451-11 CCC), al seva idoneïtat (451-7 CCC), o qualsevol altra qüestió que pugui plantejar el creditor.

Si dins el termini voluntari d'execució l'hereu obligat al pagament no fa res, el legitimari, òbviament, pot interposar la demanda d'execució dinerària a fi i efecte de reclamar la condemna de valor, els interessos i les eventuals costes. Aleshores sense necessitat de formular oposició, l'hereu pot manifestar igualment la seva voluntat de pagar en béns designant-los i igualment obrir l'incident a fi i efecte de determinar el valor, idoneïtat, etc.

f) Els requisits del pagament en béns.

L'article 451-11.2 CCC obliga a l'hereu que vol pagar en béns a complir els requisits que l'article 451-7 CCC estableix per poder pagar en béns el llegat disposat en concepte de llegítima, de manera que per ser béns idonis pel pagament han de ser béns pertanyents al cabal relict i a més a més han de ser de propietat exclusiva, plena i lliure. És a dir, és clara voluntat del legislador no permetre, com a regla general, el pagament per mitjà d'una quota de propietat indivisa. Només excepcionalment ho permetrà. És lògic que sigui així, perquè si hereu i legitimari han tingut un litigi per fixat la llegítima, o fins i tot per raó de la forma de pagament, s'ha d'evitar el pagament per mitjà de quotes de propietat indivises perquè aleshores el legislador estaria abocant als copropietaris, hereu i legitimari, a un segon litigi ja sigui d'*actio communi dividundo*, o derivat de la manca d'acord en la gestió que s'ha de fer de la finca comuna, etc.

Respecte dels tres requisits de propietat exclusiva, plena i lliure l'article preveu unes excepcions.

1) Quan no hi ha béns d'aquesta condició en l'herència. És a dir, si no hi ha béns de propietat exclusiva, plena i lliure, aleshores pot pagar, per exemple en un bé arrendat, però en la valoració, és clar, s'haurà de tenir en compte l'arrendament com a passiu.

2) Que el legitimari ja sigui cotitular del bé llegat, en comunitat ordinària indivisa amb el causant. És a dir, que ja tingui abans del pagament una quota de propietat. El legislador ha entès lògicament que si abans el legitimari ja tenia una quota de propietat, tenir més quota de propietat no el farà –en general- està en pitjor condició respecte del bé llegat. El legislador està pensant en el dret de propietat però també podria ser un altre dret real adient. És un requisit referit a la propietat exclusiva i plena.

3) Que el legitimari sigui titular d'un dret susceptible de produir la consolidació del domini amb el que el causant li llega. I encara que no ho prevegi expressament cal entendre també la possibilitat de la consolidació parcial si ja tenia, per exemple, una quota d'usdefruit. És també un requisit referit a la propietat exclusiva i plena.

g) La transacció després de la sentència.

Un problema habitual és que el Tribunal no homologa les transaccions a que arriben les parts pel pagament de la llegítima (o altres quantitats). Ja sigui amb sentència ferma, o encara viu el termini per interposar recurs, alguns tribunals acostumen a denegar l'homologació de la transacció perquè entenen que el litigi ha finalitzat, i per tant, no hi cap transacció, per exemple²⁶¹:

“... visto el estado de las actuaciones y habiéndose dictado sentencia por la sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 12 de marzo de 2015; y en consideración a que por las partes se solicita la homologación del acuerdo alcanzado, estimando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que dictada sentencia firme, no cabe acuerdo transaccional, en virtud de lo dispuesto en el art. 1809 del C.C., en tanto en cuanto la sentencia ha hecho desaparecer la situación de controversia existente entre las partes con efecto definitivo. Pero tal y como argumenta la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª de 7 de julio de 2000, no puede ignorarse la validez del contrato transaccional otorgado entre las partes con posterioridad,

²⁶¹ Provisió de 15 de maig de 2015, Procediment ordinari 299/2012-B. Jutjat de Primera Instància núm. 8 de Terrassa.

por lo que el mismo sí puede tener su eficacia en la posible fase de ejecución de sentencia, por ello, únase el acuerdo a los autos de su procedencia, aparte los eventuales efectos en fase de ejecución.”

Aquesta Resolució va ser confirmada amb els següents arguments complementaris i també contradictoris:

“PRIMERO Y ÚNICO.-El artículo 1809 del Código Civil señala:”... La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una una cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.... ”

Ciertamente, no impide la transacción el hecho de que en el pleito hubiera recaído ya sentencia definitiva, pero siempre que dicha sentencia no haya adquirido firmeza, pues en tal caso, como acontece en el supuesto de autos..., existe cosa juzgada tanto en el sentido formal como en el sentido material, y ya no existe incertidumbre sobre el resultado final del pleito, que es lo que justifica la transacción.

Esto es, la transacción alcanzada tras el dictado de una sentencia definitiva y firme, no tiene ni puede tener la finalidad de evitar un pleito o poner término a uno comenzado, pues dicha terminación, precisamente, se produce con el dictado de una resolución firme, con efectos de cosa juzgada formal y material

Por su parte, y no constando existentes actuaciones ejecutivas derivadas de la resolución dictada en este proceso ordinario, no cabe acudir al artículo 556 LEC, pues si bien dicho artículo contempla como motivo de oposición a la ejecución de resoluciones procesales de condena las “...los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución....”, presupone la existencia de un proceso ejecutivo en trámite, lo que no consta en el particular supuesto, y además, aquellos pactos o transacciones deben constar necesariamente en documento público, lo que tampoco sucede en el caso suscitado.

La STS de fecha 18-6-2007, mencionada en el último escrito presentado por las partes, como se deduce de la parcial transcripción efectuada, se refiere a la posibilidad de transacción en la fase propiamente de ejecución de una sentencia (dice la STS :“...sobre los problemas que se planteaban en la ejecución de la mencionada sentencia”), proceso ejecutivo que, como se ha dicho, no existe en el presente caso pues el acuerdo transaccional se ha presentado en el presente proceso declarativo.

Sobre el tema tratado, cabe hacer referencia al Auto de la AP de Tenerife, Sección 3ª, de 12 Mayo 2010, cuando en supuesto similar al planteado razonó: ”....Por la parte actora se interesa por escrito de 3 de noviembre de 2009, presentado en los autos de juicio de desahucio nº.....que se proceda a la homologación del referido documento al estimar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 LEC, puede ser homologado en cualquier momento, incluso de la ejecución, lo que se deniega por auto de con fundamento en que no cabe la transacción una vez que se ha dictado sentencia firme.... SEGUNDO.-El artículo 19 de la LEC dispone que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, siendo una de las formas posibles para llevarlo a cabo, la transacción sobre lo que es objeto del juicio, excepto cuando la ley lo prohíba, disponiendo el nº 2 del referido artículo que si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo que alcanzaren fueran conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que está conociendo del litigio. Por su parte, el artículo 1.809 del Código Civil dispone que la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado. Por lo tanto, solo puede ser homologada la transacción cuando lo permita la ley, en este caso, lo que no ocurre en este caso por cuando el citado precepto condiciona la homologación de la transacción a que se haya alcanzado antes de la sentencia, condición que no se cumple en este caso,

donde como consta, ya ha sido dictada la referida sentencia y ha alcanzado firmeza, lo que impide la homologación solicitada..... ”.

En el mismo sentido el Auto de la citada AP de Tenerife de fecha 10 Nov. 2010:”..... El artículo 19 de la LEC dispone que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, siendo una de las formas posibles para llevarlo a cabo, la transacción sobre lo que es objeto del juicio, excepto cuando la ley lo prohíba, disponiendo el no 2 del referido artículo que si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo que alcanzaren fuera conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que está conociendo del litigio. Por su parte, el artículo 1.809 del Código Civil dispone que la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado. Por lo tanto, solo puede ser homologada la transacción cuando lo permita la ley, lo que no ocurrió en este caso, en el que se denegó la homologación solicitada por cuando el citado precepto la condiciona a que el acuerdo se haya alcanzado antes de la sentencia, condición que no se cumple en este caso, donde, como consta, ya ha sido dictada la referida sentencia y ha alcanzado firmeza.... ”.

En resumen, y no existiendo incertidumbre sobre el resultado final del pleito, que es lo que justifica la transacción, por este Juzgado se ratificará la anterior providencia... denegando la homologación del acuerdo transaccional interesado por las partes, pues, asimismo, el artículo 19.2 LEC, solo permite la homologación de la transacción judicial por el órgano judicial “...que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.»” , y no al litigio ya finalizado o terminado, como en el presente supuesto, por medio de una sentencia definitiva y, además, firme; y ello sin excluir la posibilidad de las partes de transigir en un eventual y futuro proceso de ejecución de dicha sentencia.

Davant aquesta insòlita resolució s’ha de comentar que és un exemple del que no s’ha de fer.

L'execució –evidentment- és també procés, o millor encara: “plet”, per fer servir la paraula que diu l'art. 1809 CC, i l'article 556.1 segon paràgraf de la LEC preveu expressament la transacció dins l'execució.

Entre d'altres, la Sentència del TS de 18 de juny de 2007 (Id Cendoj: 28079110012007100647), Ponent Sra. Encara Roca Trías, que diu:

“Aunque hubiera recaído sentencia firme en el pleito en cuestión, lo que las partes transigieron fue sobre los problemas que se planteaban en la ejecución de la mencionada sentencia. Siendo la ejecución un nuevo procedimiento, nada impide a las partes llegar a una transacción sobre los efectos que la sentencia debe producir. Por lo que la causa de la transacción concurría y era perfectamente ajustada a derecho.”

El fet que la sentència sigui ferma o no en res afecta, perquè si no és ferma el procés declaratiu no ha acabat, però si és ferma i encara no s'ha executat, tampoc ha acabat el procés, sino tan sols la fase declarativa, queda encara oberta la possibilitat de la fase executiva²⁶². De fet la interlocutòria acaba admeten que es pot transigir en l'execució, *ergo* també abans per evitar el plet de l'execució (l'article 1809 CC diu per posar fi al plet o evitar-lo). Demanar a les parts que iniciïn el procés d'execució per poder transigir és contrari a l'article 1809 C, però també a les regles elementals d'economia processal i també a l'economia en sentit estricte, doncs s'ha de redactar la demanda d'execució, contractar l'advocat i procurador, la feina del jutge i del secretari, esperar el temps que ha d'esmerçar el jutge en resoldre, etc... I per tant, les dues interlocutòries que cita de l'audiència Provincial de Tenerife són, doncs, clarament errònies.

“En resumen, y no existiendo incertidumbre sobre el resultado final del pleito, que es lo que justifica la transacción”: La incertesa de cobrar o no durant la fase executiva, no és suficient per poder qualificar el contracte de transacció?

²⁶² Que li preguntin al demandant creditor que ha vençut el plet però que encara no ha cobrat si per ell ha acabat el procés. Cal recordar que el plet es va interposar per cobrar? Si no, seguint aquesta rocambolesca doctrina, es podria dir que els processos executius, han acabat just al començar, pel fet indiscutit que el títol executiu és indubitat des del punt de vista declaratiu.

“... y ello sin excluir la posibilidad de las partes de transigir en un eventual y futuro proceso de ejecución de dicha sentencia.”: aquest incís final es també extraordinàriament contradictori, atès que admet clarament que el plet no ha acabat i que és eventual la necessitat de l’execució per acabar el plet. Perquè hem de convenir sense esforç que, entre la finalització de la fase declarativa i l’inici de la fase executiva no hi ha una zona paralitzada en el temps i l’espai com si fos el limbe. Per tant, la transacció és possible amb sentència no ferma i ferma, i fins que el plet no hagi acabat completament.

Fins i tot, encara que sembli atrevit, es podria definir la qüestió a l’inversa: Un plet ha acabat del tot quan a les parts no els queda cap possible objecte de transacció.

CONCLUSIONS

I

Des del punt de vista sociològic, la llegítima ha perdut gran part del sentit original. Les famílies no es configuren ni evolucionen igual que abans, i la llegítima, en condicions normals, atesa l'actual avançada esperança de vida, es reclama quasi sempre quan el legitimari ja ha acomplert més de 60 anys, quan l'economia de la generació està ja encarrilada i la funció d'aliments *post mortem* ja no te cap sentit. Ni tampoc la conservació de la unitat del patrimoni (*zelant la conservació de las casas principals*) avui pràcticament inexistents en termes relatius, i en tot cas en mans de l'eventual societat familiar patrimonial.

Amb l'aparició de les famílies reconstituïdes ha aparegut una nova funcionalitat de la llegítima: la protecció dels fills del primer matrimoni front als hereus del segon matrimoni.

II

La jurisprudència constitucional, amb uns criteris imprecisos i confusos tendeix a estrènyer la ja restrictiva competència que en matèria de legislació processal l'article 149.1.8 atribueix a les Comunitats Autònomes .

El Codi civil de Catalunya té nombroses normes que es refereixen a aspectes processals, i que són en la nostra opinió constitucionals.

III

Segons la jurisprudència del Tribunal Suprem, les infraccions relatives a la manca de legitimació han de ser denunciades a través del recurs extraordinari per infracció processal, i no mitjançant el recurs de cassació. El Tribunal Suprem no ha establert en aquesta matèria una doctrina correcte. Ben al contrari està insistint en que es tracte d'una qüestió eminentment processal, el que ha fet que es produeixin greus incoherències en la resolució i admissió dels recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació.

Si un dels legitimaris vol reclamar la llegítima no cal demandar als altres eventuais legitimaris, atès que no és necessari, per fixar l'import de la llegítima, la intervenció de la resta de legitimaris. És cert que la fixació de la quantia de la llegítima (la computació) sembla que pugui afectar a la resta de legitimaris, però en realitat és una afectació més aparent que real, atès que no hi ha inconvenient en que l'import de la computació i la consegüent imputació que fixi la sentència estiguin subjectes al principi *res inter alios acta nec nocet nec prodest*, és a dir, no afectarà a la resta de legitimaris, i sobretot, les diferents sentències entre legitimaris i hereus per fixar l'import de la llegítima no seran contradictòries en el sentit que siguin incompatibles entre sí, que no es puguin executar amb independència, criteris que ha recollit perfectament la jurisprudència.

Ens sembla clara la necessitat de demandar a tots els legitimaris quan l'eventual declaració de la nul·litat del testament no variarà la seva qualitat de legitimari. És un cas de litisconsorci passiu necessari, encara que la condició de legitimari no varia, perquè sí que es modifica el títol, el testament, respecte de l'hereu i demés circumstàncies de l'herència.

Quan hi ha una pluralitat d'hereus, es pot donar l'acceptació parcial per una part dels hereus. No hi ha problema per acceptar parcialment l'herència en escriptura

pública i inscriure-la en el Registre. En l'escriptura d'acceptació és convenient incloure la diligència de notificació de l'escriptura a l'hereu que no ha acceptat formalment a fi i efecte que s'hi pugui adherir. I també per a què, en el seu cas, ja es pugui practicar directament l' anotació preventiva de llegat a que es refereixen la Llei Hipotecària i el Reglament Hipotecari.

La jurisprudència considera que és necessari demandar a tots els hereus quan es tracte de demanar el lliurament del llegat, atès que no existeix solidaritat entre els hereus ja que el legatari no pot prendre possessió per si mateix del llegat, excepte si es preveu expressament.

Si un dels legitimaris vol reclamar la llegítima no cal demandar als altres eventuais legitimaris, atès que no és necessari, per fixar l'import de la llegítima, la intervenció de la resta de legitimaris.

IV

La Sentència de reconeixement de llegítima no produeix l'efecte de la cosa jutjada virtual de l'article 400 LEC en el cas que apareguin nous béns posteriorment. Perquè aquest article, només hauria de servir per casos extrems d'interpretació restrictiva.

V

El grau de responsabilitat en el pagament de les costes de l'herència jacent i de l'hereu que està en benefici d'inventari, pot ser a tres nivells: a) Cap responsabilitat; b) responsabilitat solidària amb l'herència jacent amb dret a repetir contra ella; c) responsabilitat sense dret a repetir. En cada cas els esdeveniments han de fer inclinar la decisió judicial. La naturalesa de la condemna en costes respon a criteris i situació diferent de la petició principal. És indisponible la condemna, encara que sí és disponible el cobrament de les costes.

VI

Els diferents terminis de prescripció per reclamar la llegítima i de caducitat de l'acció d'inoficiositat fan que sigui un sistema incoherent, perquè el legitimari no

coneix ni pot saber de l'existència de donacions, perquè si no té accés al coneixement del patrimoni del causant, amb més raó ignora l'existència d'eventuals donacions a tercers. En aquests casos, doncs, és lògic pensar que els 4 anys de caducitat s'haurien d'iniciar a partir que el legitimari té coneixement de l'existència de les donacions.

VII

No constitueix preterició voluntària el fet que el causant no atorgui nou testament després de saber de l'existència del seu fill legitimari. Perquè una cosa és que no s'atorgui testament, i una altre ben diferent és que això impliqui preterició intencional.

La preterició es configura com una protecció dels drets del legitimari.

Si el testador sabia que la preterició al temps de testar era errònia i podent, no va mai modificar el testament, és que ja li estava bé que el testament fos nul, atès que la preterició s'analitza i es determina al temps de testar, i no després. Precisament el fet de no modificar el testament, sabent que és nul per preterició, i que només un acte exprés i formal pot modificar-lo, fa que, ben al contrari que la tesi que sosté la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de 21 de Desembre de 1992, la situació s'interpreti tenint en compte la necessària formalitat per a què els actes de darrera voluntat siguin vàlids i eficaços. De manera que, si un testador, poc abans de morir, sabent inclús que ha de morir, i sabent que en el seu darrer testament va preterir a un legitimari, opta per no modificar el testament, vol dir que no vol modificar el testament. I això no implica transformar la preterició en intencional, ben al contrari, implica aplicar la llei, que diu que el testament és nul, ja que al temps de testar va preterir al legitimari sense saber que existia.

VIII

Respecte la inoficiositat de les donacions, no sembla pas lògic gravar al legitimari amb la interposició d'una acció (de llegítima) –que no oblidem dimana de la llei i no del testament- de la que desconex la situació general precisament perquè la seva posició -del legitimari- es troba fora de l'abast de coneixement, i en alguns casos, el causant, l'hereu i els donataris han fet tot el possible per ocultar al

legitimari aquesta situació patrimonial per dificultar-li la reclamació de la llegítima. La pràctica ensenya que cada vegada més els mecanismes per evitar el pagament de la llegítima són més sofisticats i elaborats. No hi ha necessitat d'impugnar els negocis simulats per computar la llegítima, tan sols manifestar que s'han de computar.

IX

L'aplicació de l'article 219 de la LEC a les demandes de reclamació de llegítima és especialment controvertida, perquè normalment, ni el legitimari demandant coneix l'existència de tots els béns, ni és fàcil poder valorar-los prèviament atès que, com dèiem, a molts d'ells (especialment immobles) el legitimari no hi tindrà accés total per poder-los conèixer bé i valorar.

El *quantum* de la llegítima que es reclama s'ha de fixar en la petició, al menys és exigible en la mesura que li sigui possible al legitimari que interposa la demanda. Sobretot, ha de identificar tots els béns que coneix o pot conèixer del causant amb un mínim de diligència i que siguin computables per calcular la llegítima.

X

Pel que fa a les relacions entre la doctrina dels propis actes i els supòsits de successions, es plantegen a un doble nivell: a) El primer des d'un punt de vista de successió per part de l'hereu dels actes propis realitzats pel causant que vinculen a l'hereu com a causahavent; b) I el segon nivell de discussió es planteja en quins actes, per molt propis que siguin, poden realment obligar si contravenen en alguna mesura preceptes de dret successori.

XI

Els contractes de vitalici solen ser una fórmula molt adient per encobrir donacions del causant als hereus per evitar que siguin computats a la llegítima. I són negocis que, per la seva configuració, permeten practicar bé la simulació de la onerositat als efectes d'evitar la computació. Hem de sospitar, o posar-nos en guàrdia davant de negocis jurídics que, prop de la mort, realitzen els hereus amb el causant, atès que poden obeir a motius per evitar el pagament de la llegítima.

XII

De la mateixa manera, si el preu just s'ha fixat en un procediment contenciós, la Sentència no vincula al legitimari, atès que no ha estat part. L'efecte de la cosa jutjada no pot afectar a qui no ha pogut ser part en el procediment. En cas d'expropiació, el legitimari ja no té el dret de *pars valoris bonorum* de la finca sinó del preu en què es valori la finca pel Tribunal Administratiu, ja que l'alienació es perfecciona amb l'inici de l'expropiació. Exactament igual com si fos una compravenda.

El preu d'una finca que serà expropiada es converteix en una expectativa *certum dies incertum quando*, és a dir, el preu es coneix i arribarà, el que està per veure és en quin moment arriba.

Per calcular la quarta falcídia en relació a la llegítima, a l'actiu hereditari net (actiu menys passiu, despeses de darrera malaltia i d'enterrament) se li ha de restar també l'import de la llegítima –inclosa la llegítima de l'hereu que sigui legitimari-. De manera que, la falcídia és inferior a la llegítima, perquè tenen bases diferents

XIII

Defensem la tesi general que quan hi ha una pluralitat de demandats s'ha d'aplicar un termini per a contestar la demanda únic i comú per a tots ells, que comenci a comptar a partir del darrer citat. Aquest criteri també és aplicable en els casos de reclamació de llegítima, on sovint hi ha varis demandats.

S'han de distingir els conceptes de compensació i liquidació del deute, que tenen un tractament processal ben diferenciat. La compensació de l'article 1195 del Código civil, com la preveu l'article 408 i concretament el 438.2 LEC pel judici verbal, fa referència a aquelles compensacions de deutes que tinguin a veure amb títols o contractes o relacions jurídiques diferents. Aquests criteris són rellevants per als casos de petició de llegítima.

XIV

De *lege ferenda*, si la reconvenció és connexa, sembla que s'hauria de permetre la reconvenció il·limitada, perquè limitar la reconvenció pot causar fàcilment indefensions. Es comprèn que el legislador limiti el número de reconvencions, però no quan s'exigeix que la reconvenció sigui connexa respecte de les pretensions.

La necessitat de recórrer a la *reconventio reconventionis* és poc freqüent en els judicis de llegítima, però quan es dona aquesta necessitat dirigir al demandant a un altre judici és pertorbador, tot i que és el criteri de *lege lata*. La reconvenció del demandant principal no solament s'hauria de permetre quan el demandat fa reconvenció, sinó també inclús quan el demandat només contesta, amb l'únic requisit de la connexió de pretensions.

XV

En els supòsits d'assentiment parcial procedeix condemnar en costes a l'hereu demandat que s'ha aplanat parcialment.

XVI

Als efectes del que disposa l'article 265 de la Llei d'Enjudiciament Civil, no s'han de confondre els documents en que les parts fonamenten el seu dret, dels altres documents. Fins i tot els documents fonamentals no es poden incloure en els documents en que es fonamenta la pretensió. Un document pot acreditar un fet decisiu que converteixi el document en fonamental, però això no vol dir que el document sigui fonament de l'acció o de l'excepció que s'exercita. De fet, el document en que es fonamenta la pretensió pot ser un fet en sí mateix sense tenir cap naturalesa probatòria.

Nosaltres creiem que en general, la teoria de la substanciació és més adient i connecta molt millor amb els principis dispositius i d'aportació de part. I si bé és cert que hi ha matèries en que sembla que les accions són preponderants als fets, en realitat els fets sempre són elements que configuren les accions, i per tant si s'expliquen bé les circumstàncies (amb fets, amb descripció) que justifiquen el

que es demana crec que mai és necessari especificar el nom de l'acció o dret que es demana. El que ha de quedar clar és el que es vol i per quins motius. En tot cas la doctrina de la substanciació és més adient pels judicis de llegítima.

XVII

El Codi civil de Catalunya permet pagar la llegítima en diners o béns del causant. Es planteja el dilema de si, en la contestació a la demanda el demandat ja ha de manifestar si el pagament el pensa realitzar en diners o béns. I la resposta és negativa: el demandat no ha d'avançar en la contestació quina de les dues opcions escollirà a l'hora de pagar la llegítima.

XVIII

La inversió de la càrrega de la prova troba un clar exemple en el judici de llegítima: és una conseqüència de la naturalesa del procés de reclamació de llegítima, on el legitimari no té a l'abast ni la prova ni el coneixement de la composició del patrimoni del causant.

De manera que la fase de prova en els processos de llegítima té un doble aspecte: el normal d'acreditar els fets controvertits i al·legats en la demanda (o contestació), i un segon que és el d'esbrinar l'existència de béns (és a dir, esbrinar l'existència de fets).

XIX

Si el Tribunal superior aprecia que el cas presenta dubtes, i per aquest motiu no condemna en costes, aleshores tant el fet com la conseqüència *ex lege* s'ha de fer extensiva a les instàncies inferiors necessàriament, si no es vol incórrer en una incoherència que implicaria arbitrietat, pel que hem dit abans que és impossible que una cosa pugui ser i no ser a la vegada. Si el cas presenta dubtes en el Tribunal superior, també els presenta en els Tribunals inferiors. Aquest criteri és el més apropiat en termes generals i també en els judicis de llegítima.

XX

La regulació general de l' anotació preventiva de demanda de la Llei d'Enjudiciament civil coexisteix amb la regulació específica de l' anotació preventiva de llegat de la Llei Hipotecària. L' opció interpretativa més versemblant és que ambdues regulacions s' han de refondre en un únic procediment, complementant-se, i entenent que la referència al judici verbal que fa la Llei Hipotecària va referida al judici verbal amb especialitats de la Llei d'Enjudiciament civil.

Considerem que el procediment judicial preferent per a l' anotació preventiva ha de ser el previst en la LEC, perquè és un procediment més concís, modern i efectiu, amb millor tècnica. Un anàlisi de la pràctica dels darrers quasi 10 anys d' aplicació ha demostrat que, en general, el resultat és satisfactori. En canvi el procediment de la Llei Hipotecària i Reglament Hipotecari és menys concret, i sistemàticament més dispers.

La llegítima catalana va deixar de ser un dret real, per convertir-se en dret de crèdit, en una acció personal, simple, de reclamació de quantitat, i per tant no l' és d' aplicació l' art. 15 de la Llei Hipotecària. Per això sostenim que la mesura cautelar idònia, a falta de regulació específica, hauria de ser l' embargament preventiu. Però el Codi civil de Catalunya preveu l' anotació de la demanda de reclamació de la llegítima, probablement només per la inèrcia que fa anys la llegítima era configurada com un dret real.

XXI

L' opció de poder pagar en diners o en béns de l' herència és una opció legal adient. El que és criticable és la concreta disposició legal que estableix que un cop començat el pagament d' una manera determinada, el legitimari pot exigir que la resta li sigui pagada de la mateixa manera. Aquí el legislador s' equivoca clarament. Ens sembla una opció acceptable que si l' hereu ha començat el pagament en diners, el legitimari pugui exigir continuar en diners, però si l' hereu ha començat el pagament en béns, sempre, en tots els casos, s' hauria de permetre

a l'hereu de tenir l'opció de completar el pagament també en diners. Perquè és molt difícil i poc probable que en el pagament amb béns el valor coincideixi exactament amb el valor de la llegítima, per tant, és lògic –clarament- permetre que es pagui en béns una primera part i la resta que falti es pugui completar, exactament, en diners. Per motius com aquest es va inventar la moneda, com a paradigma del bé fungible.

La norma que s'ocupa del procediment de pagament en béns, que és l'article 451-12 del Codi civil de Catalunya, i aquesta norma és d'una qualitat tècnica baixa. És un criteri consolidat el de que no cal que una norma digui que en cas de controvèrsia podem anar al jutjat. Dir que el legitimari "*pot recórrer a l'autoritat judicial*", com diu el precepte legal citat, és una frase massa òbvia. El Codi tampoc hauria de dir que l'autoritat judicial "*ha de decidir en equitat*". L'equitat és la justícia del cas concret, d'aplicació restrictiva segons el propi article 111-9 del mateix Codi civil de Catalunya, i requereix marcar les pautes, perquè dir en equitat (justícia del cas concret) sense marcar pautes és el mateix que no dir res. I finalment, el darrer incís legal, "*pel procediment de jurisdicció voluntària*" és probablement innocu, atès que permetre acudir al procediment de jurisdicció voluntària no limita de poder anar al procediment contenciós ordinari.

XXII

La regulació de la prova pericial prevista en el segon apartat del mateix article 451-12 del Codi civil de Catalunya és també il·lògica i com a mínim en la seva interpretació literal ha de ser clarament inconstitucional.

No cal tampoc que una norma estableixi que el jutge podrà acordar que una prova és útil i pertinent. Per altra banda, s'ha d'entendre que aquesta norma, quan diu que podrà el jutge podrà ordenar la prova pericial, es refereix a que podrà acordar si alguna part ho demana, excepte en casos excepcionals.

XXIII

Només excepcionalment es pot permetre el pagament de la llegítima per quota indivisa de propietat. És lògic que sigui així, perquè si hereu i legitimari han

tingut un litigi per fixar la llegítima, o fins i tot per raó de la forma de pagament, s'ha d'evitar el pagament per mitjà de quotes de propietat indivises perquè aleshores el legislador estaria abocant als copropietaris, hereu i legitimari, a un segon litigi ja sigui d'*actio communi dividundo*, o derivat de la manca d'acord en la gestió que s'ha de fer de la finca comuna, etc. Les excepcions són:

- 1) Quan no hi ha béns d'aquesta condició en l'herència. És a dir, si no hi ha béns de propietat exclusiva, plena i lliure, aleshores l'hereu pot pagar amb un bé gravat, però aleshores s'hauria de tenir en compte el gravamen com a passiu.
- 2) Que el legitimari ja sigui cotitular del bé llegat, en comunitat ordinària indivisa amb el causant. És a dir, que ja tingui abans del pagament una quota de propietat. El legislador ha entès lògicament que si abans el legitimari ja tenia una quota de propietat, tenir més quota de propietat no el farà –en general- està en pitjor condició respecte del bé llegat. El legislador està pensant en el dret de propietat però també podria ser un altre dret real adient. És un requisit referit a la propietat exclusiva i plena.
- 3) Que el legitimari sigui titular d'un dret susceptible de produir la consolidació del domini amb el que el causant li llega. I encara que no ho prevegi expressament cal entendre també la possibilitat de la consolidació parcial si ja tenia, per exemple, una quota d'usdefruit. És també un requisit referit a la propietat exclusiva i plena.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO CAMPOY, “La prohibición de créditos en los concursos de acreedores”, *Diario La Ley*, nº 7653, 16 de juny de 2011.
- ALBALADEJO GARCIA, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XII, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1998.
- AMAT LLARI, “La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STSLC de 1 de abril de 2004”, *InDret* 3.2004, 16/07/2004.
- AZZARITTI, “Alienazione o trasformazione della cosa legata e revoca del legato”, *Revista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1976, Anno XXX. Trattato di diritto privato, Successione II, Torino, 1984.
- BERZOSA FRANCOS, *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, Barcelona, 1984.
- “Principios del proceso”, *Justicia*, 1992, Núm. III.
- BIONDO BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960.
- BONET CORREA, *Comentarios al Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1987.

- BUSTO LAGO, “Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia”, Director: SEOANE SPIEGELBERG, *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de derecho procesal*, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 285-444.

- CACHÓN CADENAS, “Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional”, *Justicia*, 2004, núms. 3-4, pp 7 a 141. I també a *La ejecución civil*, dirigit per MORENO CATENA, Consejo General del Poder judicial, Estudios de derecho Judicial, 53, Madrid, 2004, pp. 575-713.

- “Apunte sobre la admisibilidad de la reconvencción subsidiaria”, *Justicia*, 2006, Núm. 1-2, pp. 63-75.

- “La ejecución provisional: análisis de algunas cuestiones problemáticas”, en VV. AA, *La ejecución civil: Problemas actuales*, Coordinadors Manuel Cachón Cadenas i Joan Picó Junoy, Barcelona, 2009, pp.63 a 132.

- “La competencia autonòmica en matèria procesal”, en *Les garanties processals dels drets estatutaris*, Coordinadors APARICIO PÉREZ i BARCELÓ SERRAMALERA, Barcelona, 2010.

- *Apuntes de ejecución procesal civil*, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2011.

- *La ejecución procesal civil*, Barcelona, 2014

- CALDERON CUADRADO, *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*. Tirant lo blanch. València 2008.

- CHIOVENDA, *La condena en costas*, Tradució de Juan A. de la Puente y Quijano, con notas y concordancias con el derecho español de Josep Xirau Palau, Madrid, 1928, pp. 244, 260 i 383.

- El judici de petició de llegítima -

- *Institutioni di diritto processuale civile*, Vol. I. Napoli, Giovene, 1950, p. 143.
- *Instituciones de Derecho Procesal civil*. Traducció de Emilio Gómez Orbaneja. Ed. Revista de derecho privado. Madrid, 1954.
- CORTADA i CORTIJO, “El ejercicio del derecho de legítima en la sucesión intestada en el Derecho civil de Cataluña”. *Nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les quinzenes jornades de dret català a Tossa*, Girona, 2009, p. 529-544
- CUADRADO IGLESIAS, “Responsabilidad por razón de legados”, a *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5191 a 5197.
- DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963.
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, T. III, Madrid, 1976.
- *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1995.
- DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN i GULLON BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, Vol IV, Madrid, 1988.
- DIEZ SOTO, “La herencia en la nueva ley concursal”, *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, Volumen I, València, 2006, Pp.1097-1127.
- ENNECCERUS, KIPP i WOLF, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, 1951.
- ESCALER BASCOMPTE, *La administración judicial*, Barcelona, 2004.

- El judici de petició de llegítima -

- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFA SOLER, VALLS GOMBAU, Coords. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000.
- FERRER I RIBA, “Tradició heretada i innovació en el nou Llibre Quart del Codi civil de Catalunya”. *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya. Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa. 25 i 26 de setembre de 2008*. Documenta Universitaria. Girona 2009. p. 15.
- FONT SEGURA, “La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Dret i Entitats Jurídiques de 18 de septiembre de 2006”, *InDret 2/2007*. www.INDRET .COM.
- GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español por el Excmo. Sr. D. Florencio Garcia Goyena*, Madrid, 1852.
- GIANNATTASIO, *Delle successioni. Comentario al C.C.*, Torino, 1962.
- GIMENEZ DUART, “Comentari a l’article 306 CS”, *Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya*, Coord. JOU MIRABENT, Tom II, Barcelona, 1994.
- GIORGIO DE NOVA, *Codice civile e leggi collegate*, Milano, 1993.
- GONZALEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, Madrid, 1985.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 1996.
- HERNANDEZ GIL, “Revocación tácita de los legados: notas sobre el art. 869.2.º del Código civil”. *Revista Jurídica Española La Ley*. 1981.1. Madrid 1981.
- KENNETH GALBRAITH, *El dinero*. Traducció de J. Ferrer Aleu. Ed. Plaza y Janés S.A. Barcelona. 1977.

- FRANCO ARIAS, “¿Es posible el interrogatorio de la propia parte?”, *Justicia*, 2011. Núm- 1-2, Barcelona,
- HERRERO PEREZAGUA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU i altres, Navarra, 2001, p. 1313.
- LAMARCA i MARQUÈS, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Volum II. pp. 1335 i ss.
- “Successió intestada a Catalunya. De la Compilació al Codi civil i el cinquanta anys entre dues lleis (1936-1987)”. *Revista Jurídica de Catalunya*. Núm. 4-2010, pp. 1169-1214.
- “Relacions familiars i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta vidual al llibre IV del Codi civil de Catalunya”. *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya. Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa*. 25 i 26 de setembre de 2008. Documenta Universitaria. Girona 2009. p. 263.
- LLOBET AGUADO, La legítima y su reclamación. La legítima: Cómputo, pago, reclamación judicial. Diferentes aspectos prácticos”, *CEF Legal: revista práctica de derecho*. 2015, núm. 73, pp. 45-70.
- LOPEZ BURNIOL, “Las limitaciones a la facultad de disposición”. *La reforma de la Compilació: El sistema successori. Materials III Jornades de dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 1984.
- ELENA LARRAURI PIJOAN i JAMES B. JACOBS, “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *Indret*, 01/11/2010.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, *La litispendencia*, Barcelona, 1999.

- MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1973.
- MARSAL GUILLAMENT, “La ineficàcia dels actes i disposicions d’última voluntat”, *Materials de les Quinzenes. Jornades de Dret Català a Tossa*, 25 i 26 de setembre de 2008. *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Girona, 2009.
- "La vinculació de l'hereu als actes propis del causant envers els Béns de l'hereu", *Setenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, 1992, p. 327.
- “Responsabilidad del heredero por el pago de la legítima. Comentario a la STSJC 25/2002, de 12 de septiembre”, *Indret*, 2003, núm. 2, pp 1-10.
- MARTÍN CASALS, “Perspectivas de futur de la rescissió per lesió ultradimidium”, *El futur del dret patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes jornades de Dret Català a Tossa*, Universitat de Girona, València, 2000. pp.165 a 265.
- MARTÍN PASTOR, *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ SELLES, "Los artículos 30, 663 y 665 del Cc. vistos por un médico legista". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm 693, Any XX, 1966, Madrid, p. 7 y 8.
- MIGUEL TRAVIESAS, “Legados”, *Revista de derecho privado*, Any XVIII. Núm. 211, 15 abril 1931. p. 97 i ss., p. 130 i ss., p. 177 i ss.
- MIRALLES CONZÁLEZ, “Comentari a l’article 427-37”, *Comentari al Llibre Quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les Successions*, Vol. I, Barcelona, 2009.

- MIRAMBELL i ABANCÓ, “Els llegats. La nova regulació segons la Llei 40/1991, de 30 de desembre: Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya”, *El nou dret successori de Catalunya*, Setenes jornades de Dret Català a Tossa, 24-26 de setembre de 1992, Universitat de Girona, Barcelona, 1994, pp.89 a 148.

- MONTAIGNE, MICHEL DE. *Los ensayos*. (Según la edición de 1595 de Marie de Gournay. Ed. Acantilado. Barcelona 2009.

- NIEVA FENOLL, “La recuperació del dret procesal català”, *Revista Catalana de Dret Privat [Societat Catalana d’Estudis Jurídics]*, Vol. 4 (2004), p. 193-229.

- ORRIOLS GARCIA, “Reflexions entorn a la rescissió per lesió en el dret interregional”. *Revista Jurídica de Catalunya* 1997-3. P. (Conjuntament amb el professor de la UPF, Albert Font i Segura).

- "La ejecución de la sentencia durante la pendencia del recurso de queja interpuesto contra la inadmisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal" *Justicia*, any 2010, nº 3-4.

- "La revocació del llegat per alienació", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011-3. Pp. 633-668.

- Pluridemandados, plazo único y común para contestar la demanda. *Justicia*, any 2014, nº 1. Pp. 271-290.

- “Aspectes processals de la mesura cautelar de l’anotació preventiva de llegat”, *Revista catalana de Dret Privat*, Volum 13, Institut d’Estudis Catalans, Barcelona, 2013. p.29-61.

- El judici de petició de llegítima -

- “El objeto del proceso y las costas en el allanamiento parcial”, *Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Director Joan Picó i Junoy, Barcelona, 2013, Pp. 277-288.
- ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000.
- PÉREZ DAUDÍ, “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”, *Justicia*, Barcelona, Núm. 1-2, 2007, p. 79.
- “La excesiva importancia del periculum in mora para la adopción de medidas cautelares”, *Justicia*, Barcelona, Núm. 3-4, 2007, pp. 170-171.
- “La deficiente regulación de las medidas cautelares específicas”. *Justicia*, Barcelona, Núm. 3-4, 2007, pp. 172-173.
- *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000.
- PESCATORE GABRIELE i RUPERTO CESARE. *Codice Civile, Annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*. Giuffré Ed. Milano, 1978.
- PICÓ i JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona 1996.
- *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona, 2001.
- *La modificación de la demanda en el proceso civil*, València, 2006.
- PUIG FERRIOL, “La capacidad para testar en Cataluña después de la Compilación”, *RJCat* 1968, pp.24 y 25:
- PUIG FERRIOL i ROCA TRIAS, *Fundamentos de derecho civil de Catalunya*, Tomo III, Vol. 2.º, Barcelona, 1980.

- El judici de petició de llegítima -

- *Institucions del Dret civil de Catalunya, Dret de Successions*, Vol. III, València, 2009.

- RAMOS MENDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978.

- *Enjuiciamiento civil civil*, Barcelona, 2008.

- RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, Barcelona, 2006.

- RIBOT IGUALADA, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Atelier Barcelona 2009. Volum II. pp. 1393 i ss.

- “Rescissió per lesió ultradimidium i Revista Jurídica de Catalunya. Rescissió per lesió i expectatives urbanístiques: l’aleatorietat d’allò adquirit i el càlcul del preu just”. *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992-2, p. 305.

- RIVAS MARTINEZ, *Derecho de sucesiones común y foral*, Tom II, Madrid, 2009. p. 2030.

- ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T.III. Bosch, Barcelona 1954.

- ROCA TRIAS, *Comentario a los artículos 122 a 146. En Comentarios al código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo. T. XXVIII, vol. 2, Madrid, 1984.

- “De la llegítima a la llegítima. De la pars hereditatis a la pars valoris”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4-2010. pp. 1145-1168.

- *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona 2009. Volum II. pp. 1315 i ss.

- El judici de petició de llegítima -

- RUIZ DE LA FUENTE, *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, Barcelona, 2011.
- “El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes”, en CACHÓN CADENAS i PICO JUNOY, Coord.). *La ejecución civil: problemas actuales*. Atelier. Barcelona 2009.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1889.
- SCAEVOLA, *Comentarios al Código civil*, Madrid, 1945.
- SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario a los artículos 1231 a 1253 del código civil. En Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo. T. XVI. Vol. 2. Editorial Revista de derecho privado. EDERSA. Madrid 1998.
- SERRA DOMÍNGUEZ i RAMOS MÉNDEZ. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona 1974.
- STOLFI, *Questioni sulla revoca tacita del legato*, Padova, Anno XXI.
- TALAMANCA, *Comentario del Codice civile*, Roma, 1965.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1973.
- *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer, Las legítimas, Tratado práctico y crítico de derecho civil*, Vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- VIVES, VICENÇ. *Notícia de Catalunya*.

- El judici de petició de llegítima -

- VITTO, GIUSEPPE DEL. *Codice civile del regno d'italia. Libro Terzo*, Torino, 1879.

- VV. AA. *Estudios sobre la legítima catalana*, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1972.

- El judici de petició de llegítima -

ANNEXE I.- LLISTAT D'ARTICLES DEL LLIBRE IV DE SUCCESSIONS DEL CCC QUE CONTENEN ASPECTES PROCESSALS²⁶³.

Article 411-2 Obertura de la successió

2. *El jutge competent en matèria successòria és el del darrer domicili del causant i, a manca del darrer domicili conegut, el del lloc on es troba la major part dels béns.*

Article 411-9 Herència jacent

3. Si no hi ha cap marmessor o persona nomenada amb facultats per a administrar, l'autoritat judicial, a instància de qualsevol hereu cridat, pot *nomenar un administrador* perquè representi i administri l'herència *d'acord amb el que estableix la legislació processal*.

Article 426-20 Presa d'inventari

1. *El fiduciari ha de prendre inventari dels béns de l'herència o del llegat fideïcomesos, a càrrec de la mateixa herència o del mateix llegat. L'inventari s'ha de tancar en el termini de sis mesos a comptar del moment en què el fiduciari coneix o pot conèixer raonablement que li ha estat deferit el fideïcomís.*

²⁶³ En cursiva les referències directes a qüestions processals.

2. *L'inventari s'ha de formalitzar notarialment o judicialment i s'hi han de ressenyar els béns relictos i llur valor en obrir-se la successió i els deutes i les càrregues hereditaris, amb la indicació de llur import.*
3. *L'inventari no es considera pres en forma si, sabent-ho el fiduciari, no hi figuren tots els béns i tots els deutes, o si s'ha elaborat en frau dels fideïcomissaris.*
4. *Per a formar l'inventari no cal citar cap persona, però hi poden intervenir els fideïcomissaris que ho sol·licitin.*

Article 426-21 Prestació de garantia

1. *El fiduciari ha de prestar garantia suficient i a càrrec seu en seguretat dels béns mobles fideïcomesos, exclosos els no susceptibles de desaparició o alienació i els que siguin objecte de dipòsit o inversió. Si els fideïcomissaris immediats són fills o germans del fiduciari, aquest no està obligat a prestar-la, llevat que el testador l'hagi imposada.*
2. *La garantia ha d'ésser preferentment real, amb aplicació, si és hipotecària, del que estableix l'article 569-41. Si no presta garantia real ni personal, el fiduciari ha de dipositar els béns mobles que havia de garantir, exceptuant-ne els que necessiti per a ús propi o de la seva família, per a explotar els béns del fideïcomís o per a exercir la seva professió o el seu ofici.*
3. *La manca de prestació de garantia no pot comportar que el fideïcomís es posi en administració, excepte en el cas que estableix l'article 426-23.2.*
4. *El fideïcomitent pot dispensar el fiduciari de les obligacions que estableixen els apartats 1 i 2.*

Article 426-23 Protecció del dret dels fideïcomissaris

2. *Si el fiduciari posa en perill, dissipa o danya greument els béns fideïcomesos, el fideïcomissari li pot exigir garantia suficient en seguretat del pagament de la*

indemnització dels danys i perjudicis causats pel seu capteniment. Si es tracta d'un fideïcomís a termini, el fideïcomissari pot optar entre exigir la prestació de garantia o el trànsit immediat dels béns fideïcomesos. En cas que aquest trànsit no sigui possible o es tracti d'un fideïcomís sotmès a condició, si el fiduciari no presta garantia, el fideïcomissari pot demanar a l'autoritat judicial que *nomeni un administrador*.

3. Durant el període de pendència del fideïcomís, els fideïcomissaris poden pretendre la declaració judicial de llur dret o del caràcter fideïcomès dels béns.

4. Els fideïcomissaris poden impugnar judicialment els actes de disposició atorgats pel fiduciari, però, mentre no es defereixi el fideïcomís, les sentències que estimin la pretensió d'impugnació únicament es poden executar en la mesura necessària per a salvaguardar immediatament els interessos dels fideïcomissaris.

Article 426-24 Fideïcomissaris no nascuts ni concebuts

2. El fideïcomitent, en ordenar el fideïcomís, o en testament o codicil posteriors, pot nomenar un o diversos curadors i llurs suplents. Si no ho fa o si manquen els designats, llur nomenament correspon a l'autoritat judicial, *d'acord amb el procediment de jurisdicció voluntària*.

4. El curador, per a exercir les seves facultats, ha d'actuar amb autorització judicial prèvia. *Les despeses que ocasioni la seva actuació* i, si s'escau, el seu nomenament judicial són a càrrec del fideïcomís.

Article 426-30 Exercici d'accions i eficàcia de sentències, laudes i transaccions

1. El fiduciari ha d'exercir les accions que derivin del seu deure de conservar i administrar diligentment l'herència o el llegat fideïcomesos.

2. Les sentències i les altres resolucions dictades en procediments o expedients en els quals hagi intervingut el fiduciari, els laudes recaiguts en arbitratges als quals s'hagi sotmès i les transaccions que hagi convingut *no afecten els fideïcomissaris que no hagin estat citats o no hi hagin intervingut, llevat que* aquests hi assenteixin, que els dits laudes, sentències, resolucions i transaccions siguin favorables al fideïcomís, que facin referència als actes que el fiduciari pot fer per ell sol, o que s'hagin complert les normes relatives a la disposició dels béns fideïcomesos.

Article 426-40 Disposició de béns lliures de fideïcomís amb autorització judicial

1. El fiduciari pot alienar béns de l'herència o el llegat fideïcomesos, lliures del fideïcomís, per a reemplaçar-los per altres que hi restin subjectes per subrogació real, a fi d'obtenir-ne més rendiment o utilitat.

2. La facultat dispositiva a què fa referència l'apartat 1 s'ha d'exercir en els termes que hagi establert el fideïcomitent, i no és procedent si aquest l'ha prohibida expressament o ha ordenat una prohibició de disposar especial incompatible amb la subrogació. Si el fideïcomitent no ha ordenat res sobre aquesta facultat, només es pot exercir amb l'autorització prèvia del jutge competent.

3. *L'autorització judicial té lloc pel procediment de jurisdicció voluntària, amb notificació prèvia als fideïcomissaris i al curador, si n'hi ha, sense que calgui la subhasta. L'autoritat judicial ha de practicar les proves que estimi pertinents, especialment pel que fa a la justa valoració dels béns. Si autoritza la subrogació, ha d'adoptar les mesures procedents perquè sigui efectiva, perquè els béns reemplaçats s'alliberin del gravamen fideïcomissari i perquè s'hi subjectin els béns adquirits. Les despeses d'aquest procediment són a càrrec del fideïcomís.*

4. *No cal l'autorització judicial si ja no hi pot haver més fideïcomissaris cridats que els vivents i llurs descendents, i els fideïcomissaris que serien els immediatament cridats en aquell moment presten consentiment a l'acte de*

disposició. Aquest consentiment no implica renúncia al fideïcomís. A més, s'ha de notificar la voluntat d'alienar, amb el preu i les condicions, als fideïcomissaris posteriors, però no als substituïts vulgars en fideïcomís.

5. Per a l'alienació a què fa referència l'apartat 4, cal que una persona o una entitat dedicades exclusivament a l'activitat professional de taxació avaluïn els béns i que la taxació s'incorpori a la documentació de l'acte d'alienació. El preu d'alienació o el valor de la contraprestació, si s'escau, no pot ésser inferior al valor de taxació. A més, es poden adoptar les *mesures de garantia* que es creguin pertinents.

Article 426-42 Procediment de notificació i oposició judicial

1. Sempre que sigui preceptiu notificar als fideïcomissaris els actes que el fiduciari pretén fer sobre els béns del fideïcomís o si creu convenient de notificar-los-els, el fiduciari ho ha de fer per mitjà de l'autoritat judicial competent, *pel procediment de jurisdicció voluntària*, o per acta notarial.

2. Les notificacions han d'expressar les circumstàncies de l'acte projectat i s'han de fer a tots els fideïcomissaris existents i que estiguin determinats i, si escau, als ascendents més pròxims o al curador en els supòsits a què fa referència l'article 426-24. *La notificació als fideïcomissaris de parador ignorat es fa per mitjà d'edictes*. Si el testador no ha designat nominativament els fideïcomissaris, es poden determinar per mitjà d'una acta de notorietat.

3. *Les persones notificades poden formular oposició per via judicial en el termini d'un mes*. L'oposició, un cop formalitzada, s'ha de fer constar, si escau, en l'acta notarial.

4. *L'oposició s'ha de substanciar pel procediment del judici verbal*, i solament es pot fonamentar en il·legalitat o frau del fiduciari, o en el fet que aquest no s'hagi ajustat als termes de la notificació.

5. Tan bon punt hagi transcorregut el termini de la darrera notificació sense oposició, o un cop desestimada l'oposició formulada, el fiduciari pot fer l'acte projectat.

Article 426-45 Lliurament de la possessió

2. Si el fiduciari o els seus hereus no lliuren la possessió dins del termini que fixa l'apartat 1, tenen la consideració de mers detentors i deixen de fer seus els fruits. *El fideïcomissari pot reclamar judicialment la possessió dels béns pels mitjans que estableix la legislació processal.*

Article 426-49 Reclamació de la quarta trebel·liànica o quota lliure

2. *Els fideïcomissaris poden optar per fer el pagament en béns o en diners. Si opten pel pagament en béns, n'han de formar un lot que contingui, en la mesura que sigui possible, béns hereditaris de la mateixa espècie i de la mateixa qualitat, estimats per llur valor en el moment de fer el pagament.*

Article 427-23 Garanties del llegat

1. El legatari pot exigir que la persona gravada presti *caució en garantia dels llegats litigiosos* que no es puguin *anotar preventivament en el Registre de la Propietat*.

Article 427-34 Llegat d'usdefruit universal

3. El causant pot rellevar l'usufructuari de l'obligació de *prendre inventari i de prestar caució* i li pot concedir facultats dispositives sobre els béns usufructuats, a les quals s'han d'aplicar les normes que regulen el fideïcomís de residu.

Article 427-40 Dret a quarta falcídia o quota hereditària mínima

4. Per a *retenir la quarta falcídia o quota hereditària mínima*, l'hereu ha d'haver *pres inventari*, dins del termini i en la forma que estableix l'article 426-20.

Article 428-4 Garanties de compliment del mode

1. El testador pot *assegurar el compliment dels modes* facultant els marmessors per a complir-los, o mitjançant *caucions de compliment*, sancions a l'obligat o altres mesures adequades.

Article 428-5 Mode impossible o il·lícit

2. No es considera que el mode sigui de compliment impossible si es pot assolir la mateixa finalitat que perseguia el testador encara que en un grau inferior o en termes diferents dels que havia ordenat. En aquest cas, a instància de la persona gravada amb el mode o de qualsevol de les persones legitimades per a demanar-ne el compliment, l'autoritat judicial competent pot decretar, *en procediment de jurisdicció voluntària*, la commutació o la conversió del mode.

Article 429-8 Facultats del marmessor universal

1. El marmessor universal està facultat per a possessionar-se de l'herència i *administrar-la* igual que tot hereu, disposar dels seus béns amb l'abast que estableixen els articles 429-9 i 429-10 i fer els actes necessaris per a complir la seva comesa i les disposicions del testament.

2. *El marmessor universal està legitimat processalment per a actuar en tots els litigis o les qüestions que se suscitin sobre els béns hereditaris*, els fins de la marmessoria i la validesa del testament, el codicil, la memòria testamentària o el pacte successori, i per a interpretar-los.

Article 429-15 Finalització de l'encàrrec

1. Si no resta cap marmessor ni cap substituït en l'exercici del càrrec i no s'ha complert encara totalment la missió o l'encàrrec dels marmessors universals, o els encàrrecs atribuïts als particulars, qualsevol dels interessats en la successió *pot sol·licitar a l'autoritat judicial que, si ho creu procedent, designi un o més marmessors datius amb les mateixes funcions i facultats que els marmessors testamentaris.*

2. Sens perjudici del que estableix l'apartat 1, si la marmessoria acaba abans que s'hagi complert l'encàrrec o la missió, el compliment incumbeix a l'hereu.

Article 431-15.3 Exercici de la facultat de revocació

3. Si la persona afectada per la revocació s'hi oposa o si se'n desconeix el parador, o si no ha estat possible la notificació, l'acció de revocació *s'ha d'exercir davant l'autoritat judicial competent del seu domicili en el termini d'un any a comptar de l'oposició o de l'atorgament de l'escriptura pública de revocació.*

Article 451-11 Pagament de la llegítima

1. L'hereu o les persones facultades per a fer la partició, distribuir l'herència o pagar llegítimes *poden optar pel pagament, tant de la llegítima com del suplement, en diners, encara que no n'hi hagi a l'herència, o pel pagament en béns del cabal relicte, sempre que, per disposició del causant, no correspongui als legitimaris de percebre'ls per mitjà d'institució d'hereu, llegat o assignació d'un bé específic, atribució particular o donació.*

2. En cas d'optar pel pagament de la llegítima o, si escau, el suplement en béns, l'hereu o la persona facultada per a pagar ha de complir els requisits que estableix l'article 451-7.2. Un cop feta l'opció i començat el pagament d'una manera

determinada, el legitimari pot exigir que la resta li sigui pagada de la mateixa manera.

Article 451-12 Qualitat dels béns

1. Si les persones a què fa referència l'article 451-11 opten pel pagament en béns i el legitimari no es conforma amb els que hom li pretengui adjudicar, aquest *pot recórrer a l'autoritat judicial competent, que ha de decidir amb equitat i pel procediment de jurisdicció voluntària.*

2. *L'autoritat judicial pot ordenar, en qualsevol cas, que es practiqui una prova pericial per a conèixer la qualitat i el valor dels béns que componen l'herència i del lot que hom pretengui adjudicar al legitimari.*

Article 451-15 Responsabilitat

2. *El legitimari pot demanar l'anotació preventiva de la demanda de reclamació de la llegítima i, si escau, del suplement en el Registre de la Propietat.*

3. Si la llegítima s'atribueix per mitjà d'un llegat de béns immobles o d'una quantitat determinada de diners, el legitimari també pot demanar, si escau, *l'anotació preventiva del llegat.* El llegat simple de llegítima no té a aquest efecte la consideració de llegat de quantitat i no dóna lloc, per ell mateix, a cap assentament en el Registre de la Propietat.

Article 451-20 Impugnació del desheretament

1. Si el legitimari desheretat impugna el desheretament al·legant la inexistència de la causa, la prova que aquesta existia correspon a l'hereu.

2. Si el legitimari desheretat al·lega reconciliació o perdó, la prova de la reconciliació o del perdó correspon al desheretat.

3. L'acció d'impugnació del desheretament caduca al cap de quatre anys de la mort del testador.

Article 452-4 Reclamació i pagament de la quarta vidual

4. El cònjuge vidu o el convivent en unió estable de parella supervivent pot sol·licitar que la demanda de reclamació de la quarta vidual *s'anoti preventivament en el Registre de la Propietat*.

Article 461-12 Caducitat de la delació i interpel·lació judicial

2. Les persones interessades en la successió, incloent-hi els creditors de l'herència o del cridat, poden sol·licitar al jutge, un cop hagi transcorregut un mes a comptar de la delació a llur favor, que fixi un termini perquè el cridat manifesti si accepta o repudia l'herència. Aquest termini no pot excedir els dos mesos.

3. Un cop vençut el termini fixat pel jutge sense que el cridat hagi acceptat l'herència en escriptura pública o davant del jutge, s'entén que la repudia, llevat que sigui un menor d'edat o un incapac, cas en el qual s'entén que l'accepta a benefici d'inventari.

Article 461-23 Benefici de separació de patrimonis

1. Els creditors per deutes del causant i els legataris poden sol·licitar al jutge competent, *en procediment de jurisdicció voluntària*, que el patrimoni hereditari sigui considerat separat del privatiu de l'hereu, per a salvaguardar llur dret davant els creditors particulars de l'hereu. També ho poden sol·licitar els creditors de l'hereu, per a salvaguardar llur dret davant els creditors per deutes del causant.

2. Un cop pres *l'inventari de l'herència*, el jutge, amb la motivació adequada, concedeix el benefici de separació de patrimonis i adopta, si escau, les mesures necessàries per a fer-lo efectiu.

Article 464-7 Partició arbitral o judicial

1. El causant, en previsió que els hereus no arribin a un acord per a fer la partició, pot instituir un arbitratge testamentari a aquest efecte. Els hereus també poden, de comú acord, *sotmetre a arbitratge* la realització de la partició o les controvèrsies que se'n derivin, *fins i tot les relatives a les llegítimes*.

Article 465-1 L'acció de petició d'herència

1. L'hereu *té l'acció de petició d'herència contra qui la posseeix*, en tot o en part, a títol d'hereu o sense al·legar cap títol, per a obtenir el reconeixement de la qualitat d'hereu i la restitució dels béns com a universalitat, sense haver de provar el dret del seu causant sobre els béns singulars que la constitueixen.

- El judici de petició de llegítima -

ANNEXE II.- ÍNDEX DE JURISPRUDÈNCIA CITADA.

Tribunal Suprem, Sala Primera

ITS, 24 Octubre 1995, RJ 1995/10014

ITS, 22 Gener 2002, JUR 2002/35790

ITS, 24 Febrer 2004, JUR 2004/113934

ITS, 30 Novembre 2005, JUR 2006/7669

ITS, 30 Novembre 2005, Id Cendoj 28079110012005203433

ITS, 26 Febrer 2006, Id Cendoj 28079110012006200124

ITS, 27 Març 2007, RJ 2007/1635

ITS, 18 Setembre 2007, JUR 2007/299170

ITS, 29 Gener 2008, JUR 2008/54911

ITS, 29 Gener 2008, JUR 2008/54962

ITS, 17 Juny 2008, RJ 2008/5228

ITS, 11 Maig 2010, JUR 2010/182309

STS, 19 Març 1936, Aranzadi 738

STS, 21 Març 1952, núm. 35/1952, Jurisprudencia Civil, Tomo XXXVIII, Marzo-Mayo 1952 Ed. Reus, Madrid, 1954, p. 400-411

STS, 27 Setembre 1968, núm. 562/1968, Jurisprudencia Civil, Septiembre-October, Ed. Reus, Madrid, 1979, p. 100-106

STS, 22 Octubre 1974, 399/1974, Jurisprudencia Civil, Julio-Septiembre-October, Centro de Publicaciones, Madrid, 1976, p.504-511

STS, 30 Setembre 1975, RJ 1975/3408

STS, 17 Octubre 1975, RJ 1975/3675

STS, 5 Febrer 1976, núm. 29/1976, Jurisprudencia Civil, Enero-Febrero, Centro de Publicaciones, Madrid, 1977, p. 228-235

STS, 29 Novembre 1977, 396/1977, Jurisprudencia Civil, Noviembre-Diciembre, Centro de Publicaciones, Madrid, 1978, p. 359-366

STS, 15 Octubre 1979, Id Cendoj 28079110011979100045

STS, 7 Juny 1983, Id Cendoj 28079110011983100164

STS, 13 Febrer 1984, RJ 1984/651

STS, 17 Maig 1984, Id Cendoj 28079110011984100377

STS, 16 Novembre 1987, RJ 987/9988

STS, 15 Febrer 1988, RJ 1988/1987

STS, 9 Maig 1990, Id Cendoj 28079110011990101128

STS, 9 Gener 1992, RJ 1992/175

STS, 25 Maig 1992, Id Cendoj 28079110011992100997

STS, 22 Juny 1992, núm. 642 del Repertori de Jurisprudencia Civil, CGPJ BOE, Madrid, 1994.

STS, 20 Novembre 1992, RJ 1992/9421

STS, 21 Abril 1993, Id Cendoj 28079110011993101438

STS, 30 Desembre 1993, RJ 1993/9906

STS 24 Novembre 1994, RJ 1994/8632

STS, 14 Juliol 1994, RJ 1994/6396

STS, 3 Abril 1995, RJ 1995/2931

STS, 30 Gener 1995, RJ 1995/388

STS, 24 Abril 1996, RJ 1997/3398

STS, 31 Octubre 1996, RJ 1996/7731

STS, 6 Octubre 1997, Id Cendoj 28079110011997102051

STS, 6 Novembre 1998, RJ 1998/8166

STS, 1 Març 1999, RJ 1999/2245

STS, 21 Maig 1999, RJ 1999/4580

STS, 19 Juny 1999, Id Cendoj 28079110011999102338

STS, 14 Febrer 2000, Id Cendoj 28079110012000101854

STS, 11 Juliol 2000, Id Cendoj 28079110012000200888

STS, 23 Gener 2001, RJ 2001/997

STS, 19 Desembre 2001, Id Cendoj 28079110012001101780

STS, 14 Febrer 2002, RJ 2002/1345

STS, 14 Novembre 2002, RJ 2002/9919

STS, 28 Abril 2003, RJ 2003/3813

STS, 28 Maig 2004, Id Cendoj 28079110012004100401

STS, 7 Juny 2006, RJ 2006/3724
STS, 22 Juny 2006, RJ 2006/3082
STS, 5 Gener 2007, RJ 2007/321
STS, 11 Gener 2007, Id Cendoj 28079110012007100179
STS, 18 Juny 2007, Id Cendoj 28079110012007100647
STS, 7 Desembre 2007, Id Cendoj 28079110012007101312
STS, 5 Maig 2008, RJ 2008/4130
STS, 5 Juny 2008, Id Cendoj 28079110012008100317
STS, 30 Juny 2009, RJ 2009/5490
STS, 10 Febrer 2010, RJ 2010/528
STS, 31 Desembre 2010, JUR 2011/38862
STS, 7 Juliol 2011, Id Cendoj 28079110012011100433
STS, 13 Juny 2013, Id Cendoj 28079110012013100360

Tribunals Superiors de Justícia

STSJCat, 25 Gener 1990, RJ 1992/2573
STSJCat, 3 Setembre 1992, núm. 10/1992
<http://civil.udg.edu/normacivil/tsjc/92/STSJC19920903.htm>
STSJCat, 21 Desembre 1992, núm. 17/1992
<http://civil.udg.edu/normacivil/tsjc/92/STSJC19921221.htm>
STSJCat, 16 Desembre 1993, núm. 27/1993,
<http://civil.udg.edu/normacivil/tsjc/92/STSJC19921221.htm>
STSJCat, 21 Març 1994, núm. 8/1994
<http://civil.udg.edu/normacivil/TSJC/94/STSJC19940321.htm>
STSJCat, 16 Gener de 1995, núm. 2/1995
<http://civil.udg.edu/normacivil/TSJC/95/STSJC19950116.htm>
STSJCat, 29 Juliol 1996, núm. 21/1996
<http://civil.udg.edu/normacivil/TSJC/96/STSJC19960729d.htm>
STSJCat, 9 Juny 1997, núm. 16/1997
<http://civil.udg.edu/normacivil/TSJC/97/STSJC090697.html>
STSJCat, 3 Abril 1998, Id Cendoj 08019310011998100001
STSJCat, 3 Desembre 1998, núm. 32/1998
<http://civil.udg.edu/normacivil/TSJC/98/STSJC19981203.htm>
STSJCat, 21 Juny 1999, Id Cendoj 08019310011999100007
STSJCat, 3 Abril 2000, Id Cendoj 08019310012000100035

STSJCat, 12 Setembre 2002, Id Cendoj 08019310012002100083
STSJCat, 11 Novembre 2002, Id Cendoj 08019310012002100065
STSJCat, 4 Abril 2005, Id Cendoj 08019310012005100037
STSJCat, 5 Març 2007, Id Cendoj 08019310012007100039
STSJCat, 19 Juliol 2001, Id Cendoj 08019310012001100005
STSJCat, Sala 2a., 20 Febrer 2009, JUR 2009/170624
STSJCat, 7 Gener 2010, Id Cendoj 08019310012010100002
STSJCat, 10 Febrer 2011, Id Cendoj 08019310012011100014
STSJCat, 31 Gener 2011, Id Cendoj 08019310012011100002
STSJCat, 16 Gener 2012, Id Cendoj 08019310012012100003

Audiències Provincials

SAP Alacant, secció 7a., 5 Setembre 2000, Id Cendoj 03065370072000100239
SAP Alacant, secció 6a., 7 Desembre 2001, Id Cendoj 03014370062001100714

SAP Badajoz, secció 1a., 1 Juny 2001, JUR 2001/227186

IAP Bcn, secció 16a., 19 Setembre 2001, JUR 2001/316121
IAP Bcn, secció 16a., 8 Juliol 2002, Id Cendoj 08019370162002200076
IAP Bcn, secció 14a., 20 Febrer 2003, RJCcat III-2004, p.814
IAP Bcn, secció 4a., 14 Febrer 2003, JUR 2003/166035
IAP Bcn, secció 14a., 28 Octubre 2003, JUR 2003/260023
IAP Bcn, secció 14a., 20 Febrer 2004, Id Cendoj 08019370142004200018
IAP Bcn, secció 16a., 27 Febrer 2004, JUR 2004/98058
IAP Bcn, secció 12a., 28 Juliol 2005, JUR 2006/222477
IAP Bcn, secció 19a., 6 Octubre 2005, Id Cendoj 08019370192005200151
IAP Bcn, secció 16a., 22 Març 2006, JUR 2006/231548
IAP Bcn, secció 11a., 5 Abril 2006, JUR 2006/249463
IAP Bcn, secció 16a., 12 Març 2008, JUR 2008/142559
IAP Bcn, secció 1a., 2 Juny 2008, Id Cendoj 08019370012008200147
IAP Bcn, secció 19a., 22 Gener 2010, JUR 2010/113847
IAP Bcn, secció 16a., 6 Febrer 2015, núm. 41/2015, rotlle 527/2014

SAP Bcn, secció 3a., 3 Octubre 1986, RJCcat 1987, I, p. 42-43.

SAP Bcn, 5 Febrer 1988.

SAP Bcn, secció 17a., 29 Juny 1999, AC 1999/6904
SAP Bcn, secció 13a., 28 Abril 2000, Id Cendoj 08019370132000100235
SAP Bcn, secció 16a., 21 Març 2001, Id Cendoj 08019370162001100162
SAP Bcn, secció 16a., 14 Juny 2001, Id Cendoj 08019370162001100255
SAP Bcn, secció 17a., 18 Novembre 2002, Id Cendoj 08019370172002100028
SAP Bcn, secció 14a., 7 Gener 2003, Id Cendoj 08019370142003100121
SAP Bcn, secció 16a., 26 Març 2003, JUR 2003/203265
SAP Bcn, secció 4a., 17 Desembre de 2003, Id Cendoj 08019370042003100465
SAP Bcn, secció 4a., 15 Juliol 2004, Id Cendoj 08019370042004100359
SAP Bcn, secció 16a., 14 Setembre 2004, Id Cendoj 08019370162004100470
SAP Bcn, secció 17a., 14 Març 2005, RJCcat 2005 p.834,
SAP Bcn, secció 11a., 26 Octubre 2005, Id Cendoj 08019370112005100516
SAP Bcn, secció 13a., 11 Gener 2006, JUR 2006/88669
SAP Bcn, secció 12a., 20 Setembre 2006, JUR 2007/134710
SAP Bcn, secció 4a., 27 Octubre 2006, JUR 2007/144793
SAP Bcn, secció 13a., 23 Novembre 2006, Id Cendoj 08019370132006100669
SAP Bcn, secció 14a., 25 Gener 2007, Id Cendoj 08019370142007100058
SAP Bcn, secció 1a., 28 Abril 2008, Id Cendoj 08019370012008100210
SAP Bcn, secció 1a., 29 Setembre 2008, Id Cendoj 08019370012008100546
SAP Bcn, secció 15a., 11 Desembre 2008, Id Cendoj 08019370152008100261
SAP Bcn, secció 14a., 2 Febrer 2010, Id Cendoj 0801937014201010007
SAP Bcn, secció 19a., 20 Abril 2010, Id Cendoj 08019370192010100166
SAP Bcn, secció 4a., 20 Maig 2011, Id Cendoj 08019370042011100162
SAP Bcn, secció 1a., 20 Febrer 2012, 08019370012012100065
SAP Bcn, secció 3a., 19 Desembre 2012, Id Cendoj 08019370132012100685
SAP Bcn, secció 14a., 14 Febrer 2013, Id Cendoj 08019370142013100129
SAP Bcn, secció 14a., 6 Juny 2013, Id Cendoj 08019370142013100336
SAP Bcn, secció 13a., 6 Novembre 2013, Id Cendoj 08019370132013100577
SAP Bcn, secció 14a., 26 Novembre 2013, Id Cendoj 08019370142009100746
SAP Bcn, secció 17a., 18 de Març de 2014, Id Cendoj 08019370172014100077
SAP Bcn, secció 1a., 29 Abril 2014, Id Cendoj 08019370012014100184
SAP Bcn, secció 13a., 5 Novembre 2014, RJCcat 2015-2, p. 345-348
SAP Bcn, secció 16a., 7 Novembre 2014, Id Cendoj 08019370162014200007
SAP Bcn, secció 17a., 22 Gener 2015, Id Cendoj 08019370172015100058
SAP Bcn, secció 16a., 29 Gener 2015, Id Cendoj 08019370162015100034

- El judici de petició de llegítima -

SAP Bcn, secció 16a., 24 Febrer 2015, Id Cendoj 08019370162015100064

SAP Biscaia, secció 5a., 27 Abril 2005, JUR 2005/204256

SAP Biscaia, secció 3a., 24 Abril 2013, Id Cendoj 48020370032013100173

IAP Burgos, 14 Gener 1988.

IAP Burgos, secció 3a., 21 Març 2005, JUR 2005/115414

IAP Cadis, secció. 2a., 15 Març 2007, JUR 2007/253524

IAP Castelló, secció 2a., 22 Setembre 1999, Id Cendoj 12040370021999200105

IAP Castelló, secció 3a., 20 Juny 2006, AC 2006/1626

SAP Conca, secció 1a., 25 Juny 2001, Id Cendoj 16078370012001100208

SAP La Corunya, secció 4a., 27 Desembre 2002, Id Cendoj 15030370042002100181

SAP Girona, secció 2a., 20 Gener 2003, Id Cendoj 17079370022003100035

SAP Girona, secció 2a., 20 Abril 2005, JUR 2005/122504

SAP Girona, secció 2a., 6 Juny 2008, Id Cendoj 17079370022008100231

SAP Illes Balears, secció 5a., 26 Abril 2004, JUR 2004/171996

SAP Lleó, 19 Febrer 1999.

SAP Lleó, secció 1a., 30 Desembre 2010, JUR 2010/127759

SAP Lleida, secció 2a., 14 Març 2002, Id Cendoj 25120370022002100449

SAP Lleida, secció 2a., 8 Abril 2015, Id Cendoj 25120370022015100153

IAP Lugo, secció. 1a., 15 Març 2007, JUR 2007/253558

IAP Madrid, secció 8a., 29 Octubre 1999, Id Cendoj 28079370081999200016

IAP Madrid, secció 20a., 3 Novembre 2006, JUR 2007/53330

IAP Madrid, secció 9a., 6 Setembre 2007, JUR 2007/325966

IAP Madrid, secció 8a., 3 Febrer 2011, JUR 2011/127223

- El judici de petició de llegítima -

SAP Madrid, secció 11a., 22 Maig 2001, Id Cendoj 28079370012001109270

SAP Madrid, secció 9a., 27 Setembre 2002.

SAP Madrid, secció 14a., 15 Setembre 2005, JUR 2005/219785

SAP Madrid, secció 20a., 12 Desembre 2008, JUR 2009/88709

SAP Madrid, secció 9a., 25 Juny 2010, Id Cendoj 28079370092010100400

IAP Málaga, secció 6a., 31 Desembre 2002, AC 2003/1293

SAP Málaga, 15 Abril 1993.

IAP Las Palmas, secció 5a., 24 Març 2006, JUR 2006/169449

SAP Las Palmas, secció 3a., 28 Juliol 2000, Id Cendoj 35016370032000100538

IAP Santa Cruz de Tenerife, secció 3a., 11 Octubre 2008, JUR 2008/48072

SAP Segòvia, secció 1a., 29 Novembre 2002, Id Cendoj 40194370012002100601

IAP Sevilla, secció 6a., 8 Març 2004, JUR 2004/126525

IAP Sevilla, 25 Maig 2004, JUR 2004/135603

SAP Sevilla, secció 5a., 21 Novembre 2003, Id Cendoj 41091370052003100380

SAP Tarragona, secció 3a., 26 Novembre 1997, Id Cendoj 43148370031997100094

SAP Tarragona, secció 1a., 23 Març 2004, Id Cendoj 43148370012004100103

SAP Tarragona, secció 3a., 21 Novembre 2008, Id Cendoj 43148370032008100407

SAP Tarragona, secció 1a ., 20 Maig 2015, Id Cendoj 43148370012015100228

SAP Terol, secció 1a., 1 Juny 2005, Id Cendoj 44216370012005100089

SAP València, secció 9a., 10 Desembre 2001, Id Cendoj 46250370092001100680

SAP València, secció 6a., 26 Juny 2002, Id Cendoj 46250370062002100148

SAP València, secció 6a., 12 Abril 2003, Id Cendoj 46250370062003100292

SAP Zamora, 29 Juliol 2007, JUR 2005/220341

Jutjats de Primera Instància

IJ1a. Terrassa, 5, 11 Maig 2005,

- El judici de petició de llegítima -

Provisió J1a.I Terrassa, 8, 15 Maig 2015, judici ordinari 299/2012

SJ1a.I Terrassa, 2, 18 Febrer 2009, judici ordinari 277/2008

SJ1a.I Terrassa, 5, 28 Febrer 2005,

SJ1a. Barcelona, 1, 22 Desembre 2011, núm. 270/2011, judici ordinari 1596/2008

SJ1a.I Maó, 2, 3 Juny 2015, núm. 61/2015, judici ordinari 83/2015

Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya

Resolució 18 Maig 2006, JUR 2007/87344

Direcció General Registre i Notariat

Resolució 19 Maig 1947, RJ 1947/1044

Resolució 14 Juny 1977

Resolució 7 Gener 1992

Resolució 13 Gener 2006, RJ 2006/645

Resolució 18 Maig 2006, JUR 2007/87344

Resolució 11 Agost 2006, RJ 2006/6101

Resolució 15 Octubre 2007, publicada en el BOE de 20 Novembre 2007 (BOE núm. 287, pàg. 47457)

Tribunal Constitucional

STC, Ple, 27 Abril 2006, RTC 2006/135

STC, 6 Maig 2013, RTC 106/2013
