

III. DICTAMENES

Dictamen sobre mejora condicionada (1)

ANTECEDENTES.—Don J. D. falleció bajo testamento otorgado ante Notario el 31 de mayo de 1921, disponiendo lo que resulta de las cláusulas siguientes:

«Tercera.—Lega las dos quintas partes del tercio de libre disposición de su herencia a su hijo R., a quien sustituirán los demás hijos del otorgante, C. y F., sucesivamente.»

«Cuarta.—A salvo la legítima usufructuaria que a su mujer le corresponde, mejora en un tercio de su herencia a su hijo R., con la misma sustitución establecida para el legado anterior.»

Quinta.—«El legado y mejora expresados se entenderán hechos con la precisa condición de que el agraciado ha de vivir en la casa que actualmente habita el otorgante, pues de lo contrario perderá la gracia y pasará ésta al sustituto.»

Sexta.—«En el remanente de su haber instituye por únicos y universales herederos a sus hijos R., C. y F., en partes iguales.»

Antes que el testador, había fallecido su mujer y madre de los herederos de aquél. Y al cabo de poco tiempo de la muerte del primero, falleció igualmente su hija F., a la edad de siete años.

Los otros dos hijos, R. y C. fueron a vivir, a la muerte de su padre, a casa de su tutor. Casado después R. en 1929 vivió desde entonces en casa de sus suegros, en unión de su hermano C., hasta que riñó aquél con su mujer, por descubrir ésta que se hallaba amancebado.

Durante todo el tiempo en que vivieron unidos los cónyuges, nunca pernoctaron en casa del testador. Después de la separación, R. ha ido a vivir sólo, fuera de la compañía de su mujer y de sus siete hijos, a la citada casa del testador, donde pernocta, cuando no lo hace (cosa frecuente) en el domicilio de su concubina.

En alguna ocasión R., que se halla en posesión de todos los bienes de la herencia, entregando parte de los frutos de la misma a su hermano C., ha ofrecido a éste la convivencia en la casa del testador, sin que el segundo accediera a tal invitación.

CONSULTA.—Pregúntase: Si subsiste actualmente la mejora otorgada por el padre, o si ha quedado sin efecto, y en el primer supuesto quién de los dos hijos supérstites tiene derecho a ella, y en otro caso, destino que debe darse a los bienes objeto de la misma.

DICTAMEN

I

Para dar cumplida respuesta a la pregunta que el consultante formula, resulta procedente detenerse en el examen de las cláusulas testamentarias, y en especial de la quinta, para determinar la naturaleza, requisitos, alcance y vir-

(1) Del bufete de don Juan Bautista Jordano Barca.

tualidad de la institución de mejora que se establece en la últimamente citada.

Pero advirtamos, desde luego, que por ser claro y expresivo el texto de dichas cláusulas, en cuanto que basta la simple lectura de las mismas para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, deberemos atenernos en un todo a ese literal contexto, para dar cumplimiento al precepto contenido en el artículo 675 del Código Civil, suficientemente interpretado por el Tribunal Supremo, entre otras en sus sentencias de 3 de junio de 1942 y 6 de marzo de 1944.

II.

El testador instituye una mejora en favor de sus tres hijos; señala que tal beneficio corresponderá sucesivamente a R. C. y F., por vía de sustitución; y subordina la dicha mejora a «la *precisa condición* de que el agraciado ha de vivir en la casa que actualmente habita el otorgante, *pues de lo contrario perderá la gracia y pasará ésta al sustituto*».

Resulta, pues, que la mejora puede llegar a los instituidos en segundo y tercer término, por vía de sustitución (a tenor de la cláusula cuarta), y por vía de sanción (en cumplimiento de la cláusula quinta).

Como quiera que es a esta segunda hipótesis a la que se refiere la consulta, a ella nos ceñiremos en nuestro dictamen.

III

Ante todo, conviene determinar si la disposición testamentaria contenida en la cláusula quinta entraña una condición en sentido estricto o significa más bien un modo o carga impuesta al mejorado.

A juicio del Letrado que suscribe, parece claro que nos encontremos ante un supuesto de condición en sentido técnico, y así lo entiende por los términos rotundos y categóricos en que se expresó el causante.

Bastará recordar que, según entiende CASTÁN, para que haya modo es preciso «que se trate de un *fin secundario* (para excluir la *causa* que es el fin principal del acto), que sea referente al futuro (con lo cual eliminamos los motivos del acto), que no afecte a la existencia del fin principal, o lo que es igual, que no envuelva función suspensiva (descartando con ello la idea de condición), y por último que ese fin vincule y sea obligatorio (para no confundir el *modus*, con el consejo o *mandum praeceptum*)» («El modo en los actos jurídicos», en «Revista de Derecho Privado», t. VIII, 1921, pág. 203).

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de enero de 1928, señaló con claridad las diferencias que separan la condición del modo, al establecer como doctrina:

«Que son requisitos esenciales que caracterizan la condición jurídica, que consista en un hecho futuro e incierto, y se halle determinada por la ley o por el texto del cual arranque su nacimiento, la influencia que ha de tener su cumplimiento sobre la relación a que afecte».

Que la condición suele expresarse ordinariamente, con la partícula *si*, o mediante el adverbio *cuando*, aunque se puede enunciar también en otros términos, si de que el suceso se realice se hace depender los efectos de la correspondiente relación o acto jurídico».

«Que constituyen el modo las designaciones de un fin especial para el que un acto se dispone o una convención se estipula».

«Que de la realización de la condición depende la exigibilidad o la resolución del derecho condicionado».

«Que, concurriendo el modo en los actos *mortis causa*, puede pedirse, desde luego, la efectividad del derecho otorgado, aunque subordinada al posterior cumplimiento del fin expresado en la disposición testamentaria».

IV

La condición a que subordina el testador la eficacia de la mejora, se cifra en que el agraciado por ella viva en la casa que él habitaba al tiempo del otorgamiento.

Quería sin duda el *de cuius*, siguiendo vieja costumbre en el campo gallego, vincular a la casa petrucial a aquel que, por ser mejorado, estaba especialmente llamado a continuar el recuerdo familiar. Y para eso establece como condición que habite en la casa que él habitaba, que resida en la misma como jefe de ella, a la vista de todos (Vid. FUENMAYOR, *Derecho Civil de Galicia*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t. I, págs. 245 y ss.; y, del mismo autor, *La mejora de labrar y poseer*, en «Anuario de Derecho Civil», t. I, 1948, págs. 878 y ss.).

Poco importa a los efectos de la consulta, averiguar si la condición establecida tiene naturaleza suspensiva o resolutoria, por cuanto a la hora del incumplimiento—que es lo que nos ocupa—sus efectos son equivalentes: la pérdida de la mejora y el llamamiento del sustituto.

Pero sí importa dilucidar si nos hallamos ante una condición potestativa en sentido estricto, o ante una condición casual, porque, como luego indicaremos, es distinto el régimen que establece nuestro Código Civil sobre el momento en que debe cumplirse, o en que ha de tenerse por incumplida, la condición de una y otra especie.

A nuestro juicio, no ha tenido a lo largo del tiempo una idéntica naturaleza la condición que examinamos, debiendo distinguirse dos etapas cuya línea fronteriza viene señalada por el día en que el primer instituido contrajo matrimonio, o salió de la tutela.

Durante el período en que se encontraba sujeto al poder de su tutor, la condición tenía naturaleza casual, porque no dependía su cumplimiento de la voluntad del instituido, toda vez que a tenor del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el domicilio de los menores o incapacitados sujetos a tutela es el de sus guardadores. De donde resulta que sólo pudo habitar en la casa señalada por el testador, si así lo determinaba su propio tutor. Y por eso, por no depender de su voluntad, sino de la voluntad de un extraño el cumplimiento de la condición, ésta tenía carácter casual.

Y no se diga contra el carácter casual de la condición durante este tiempo, y en defensa de su carácter potestativo, que para que tenga la primera de esas naturalezas ha de tratarse de una condición ajena a toda idea de personalidad, pues razón tiene MUCIUS SCAEVOLA, al decir que «como el término casual se contrapone al potestativo, por depender aquél de hechos extraños a la voluntad y a la actividad del sustituido, para que esta circunstancia concuerda

basta simplemente con que se trate de hechos de un tercero exclusivamente». (Código Civil comentado, 5.ª edición, tomo XIII, Madrid, 1944, pág. 834).

Pero esa condición, casual en el primer período, se convirtió en potestativa desde el día en que R. contrajo matrimonio, si es que no había salido anteriormente de la tutela, por mayoría de edad u otra circunstancia, en cuyo caso desde ese mismo momento de la emancipación, recibió el carácter potestivo a que antes nos referimos.

Tal carácter viene determinado por la razón sencilla de que, desde entonces, podía regir su persona, y podía libremente elegir su propio domicilio; lo cual es corolario de la plenitud de derechos civiles que confiere la mayoría de edad (artículo 320 del Código Civil), o de la mayor capacidad que otorga la emancipación (artículo 317 del propio Código).

V

Importa ahora—una vez determinada la naturaleza de la condición—precisar el momento en que debía cumplirla el agraciado por la mejora. Y aquí aparece ya la diferencia de régimen de nuestro Código a que antes nos hemos referido, según se trate de condición casual o potestativa.

Para la primera, ordena el artículo 796 que «basta que se realice o cumpla en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, después de ser el testamento otorgado».

Otra cosa dispone para la condición potestativa, pues a tenor del artículo 795 ha de ser cumplida por el heredero «una vez enterado de ella, después de muerto el testador».

El contraste de uno y otro régimen aparece claro: mientras la condición casual puede cumplirse en cualquier momento, la potestativa ha de ser cumplida precisamente apenas, muerto el testador, tenga de ella conocimiento el heredero.

Y se comprende, por cuanto la condición potestativa depende exclusivamente de la voluntad del instituido, que, una de dos, o cumple inmediatamente, porque acata inmediatamente también la voluntad del testador, o ha de entenderse que no quiere cumplir, porque el incumplimiento no puede tener justificación alguna.

Si aplicamos lo dicho anteriormente a nuestro caso, vemos claro que durante el tiempo en que R. se hallaba sometido al poder tutelar, por ser casual frente a él la condición, no puede hablarse de que tal condición quedara incumplida por la circunstancia de no habitar en la casa señalada por el causante.

Y decimos que faltó la condición porque el testador le había ordenado vivir en la casa dicha, y en ella no vivió porque pernoctaba habitualmente con su mujer y con sus hijos en otra casa.

¿Cabrá pensar en un cumplimiento retardado de la condición?

La respuesta debe ser negativa por varias razones.

Vemos, de una parte, que no pernocta diariamente en la casa del testador, por hacerlo muchas veces en casa de su concubina. Esto por sí solo podría ya estimarse suficiente para tener por no cumplida la condición.

Pero, además, no debe olvidarse un aspecto moral del más alto valor: la circunstancia de que su mujer y sus hijos viven alejados de esa casa, con lo cual se quiebra lo que fué indudable designio del testador: que el agraciado

por la mejora mantuviera a los ojos de todos el prestigio de la casa petrucial, ciertamente empañada por la circunstancia antes referida.

Sin embargo, prescindamos de las dos razones que acabamos de exponer y que fácilmente podrían tacharse de sutiles. Existe una razón fundamental para estimar que no se ha producido un cumplimiento retardado de la condición. No se ha producido el cumplimiento retardado, porque no puede producirse, porque tres son las únicas etapas de todo derecho condicionado: *pendente conditione*, *existente conditione*, *deficiente conditione*. O la condición pende, o se cumple, o resulta incumplida definitivamente.

La condición pendía durante todo el tiempo que tuvo naturaleza casual, porque pudiendo cumplirse en cualquier momento no se sabía si se cumpliría o no.

Pero una vez que se convirtió en potestativa, o se cumplía inmediatamente por el heredero, de acuerdo con el artículo 795 del Código Civil, o quedaba incumplida para siempre. Este último es el caso para el heredero R., que por haber incumplido la condición perdió la gracia por disposición taxativa del testador en la cláusula quinta.

VII

Incumplida por R. la condición, cabe preguntar si la mejora corresponde a C., primer sustituto.

El problema debe resolverse también negativamente, por la razón sencilla de que pudiendo cumplirla como podía, no quiso hacerlo voluntariamente. En la consulta se nos dice que R. ofreció a C. la convicción en la casa del testador, sin que el segundo accediera a tal invitación.

Para él se trata también de una condición potestativa por ser mayor de edad, lo que deducimos de la fecha en que fué otorgado el testamento, en la cual ya existía el hijo C.

VIII

Perdido el derecho a la mejora por los dos hermanos, y fallecida sin sucesión la llamada en tercer término, resta ahora averiguar el destino que ha de darse a los bienes objeto de la mejora.

Aquí podría aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 888 del Código Civil: «Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer».

De entenderlo así, se refundirá en la masa de la herencia la mejora, y deberá distribuirse en iguales partes entre los dos hermanos supervivientes de acuerdo con la cláusula sexta del testamento.

A igual conclusión se llega por otro camino, por el camino del régimen legal de la misma mejora, que resulta de los artículos 808 y 823 del Código Civil.

Es la mejora una parte de la legítima de los descendientes, que aparece con independencia cuando de ella dispone el ascendiente en favor de alguno de aquéllos. Es una porción destacada de la legítima, una segregación de la misma, y por eso cuando decae por no existir beneficiario alguno, se refunde con el resto de la legítima para integrar los dos tercios que la doctrina designa con el nombre de legítima larga.

CONCLUSION

En conclusión, y por lo que se refiere a la pregunta formulada en la consulta, entendemos que la mejora ha dejado de tener eficacia y, refundida con el resto de la legítima, corresponde por iguales partes a ambos hermanos.

Tal es mi dictamen, que con gusto someto a otro mejor fundado.

Sucesión en el arrendamiento. Prelación y su ejercicio (1)

ANTECEDENTES.—DON A., arrendatario de un piso, fallece, dejando dos hijos, don B. y don C., ambos casados, que con sus mujeres y el hijo de don B. vivían en la casa paterna. Desde la muerte de don A. en 1950 hasta hoy han continuado ocupando el piso y viviendo juntos. El único cambio ha sido que don B. ha tenido otro hijo y don C. un hijo. Han ocurrido desavenencias entre la familia que dificultan o hacen imposible la convivencia.

CONSULTA.—Se consulta: 1.º Si don B., por el hecho de tener más numerosa familia, mujer y dos hijos, tiene derecho preferente a ocupar el piso. 2.º Si puede ejercitar este derecho actualmente. 3.º Qué procedimiento judicial, en su caso, podría ejercitar.

DICTAMEN.—Para responder con la debida seguridad estas preguntas es necesario examinar previamente la naturaleza de los derechos concedidos en los artículos 71 y 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Para mayor facilidad del lector se transcriben estos artículos:

«Art. 71. Si durante la vigencia de un contrato de inquilinato falleciese el inquilino, su cónyuge, si vivía con él, y sus parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que habitaren en la vivienda con un año de anterioridad al óbito, podrán continuar ocupándola sin necesidad de celebrar nuevo contrato, quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido.

Art. 72. Si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior no desearan ocupar conjuntamente la vivienda, se seguirá el siguiente orden de prelación: cónyuge, hijos, padres, nietos, abuelos, hermanos, tíos y sobrinos. Prevalecerá el derecho de los de doble vínculo y consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad en favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con preferencia para el sexo femenino. Cuando los padres fueren septuagenarios, serán preferidos a los hijos».

Los autores han apuntado diversas soluciones, mediante las que se vienen a incluir tales derechos en alguna figura jurídica ya conocida; soluciones que contienen parte de verdad, pero que no son por completo satisfactorias al no tener en cuenta las especialidades de tales derechos o facultades.

Se ha dicho por autorizados especialistas que se trata de una sucesión hereditaria de carácter más o menos especial. Es indudable que la continuación del contrato de arrendamiento ocurre «mortis causa» y que hay una sucesión en la relación arrendaticia en favor de una o de varias personas.

(1) Del bufete de los Letrados don Antonio de Luna García y don Juan Hernández Canut.